

JOSE ANTONIO APPARECIDO JUNIOR

**Métodos e soluções para viabilização jurídica de projetos
urbanísticos: papéis públicos e privados**

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Dr. Sebastião Botto de Barros Tojal

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO - SP

2017

JOSE ANTONIO APPARECIDO JUNIOR

**Métodos e soluções para viabilização jurídica de projetos
urbanísticos: papéis públicos e privados**

Tese apresentada à 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 Doutor em Direito, na área de concentração de Direito do Estado, sob orientação do Professor Dr. Sebastião Botto de Barros Tojal.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO - SP

2017

Apparecido Junior, Jose Antonio
Métodos e Soluções para Viabilização Jurídica de Projetos
Urbanísticos: Papéis Públicos e Privados / Jose Antonio
Apparecido Junior ; orientador Sebastião Botto de Barros Tojal
-- São Paulo, 2017.
285 p.

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

1. Direito urbanístico. 2. Projetos urbanísticos. 3. Processo
administrativo. 4. Administração consensual. I. Botto de Barros
Tojal, Sebastião, orient. II. Título.

Nome: APPARECIDO JUNIOR, Jose Antonio

Título: Métodos e soluções para viabilização jurídica de projetos urbanísticos: papéis públicos e privados

Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração de Direito do Estado.

Aprovado em: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Sebastião Botto de Barros Tojal (Orientador)

Instituição: FDUSP

Assinatura: _____

Julgamento: _____

Prof. _____

Instituição: _____

Assinatura: _____

Julgamento: _____

Prof. _____

Instituição: _____

Assinatura: _____

Julgamento: _____

Prof. _____

Instituição: _____

Assinatura: _____

Julgamento: _____

Prof. _____

Instituição: _____

Assinatura: _____

Julgamento: _____

Prof. _____

Instituição: _____

Assinatura: _____

Julgamento: _____

AGRADECIMENTOS

Sou muito grato. A vida me proporcionou muitas vitórias e derrotas, que me forjaram e me trouxeram até este momento, o da conclusão de um trabalho de doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. É uma honra e uma alegria poder vivenciar este instante: me sinto recompensado pelos anos de dedicação, e feliz por ter completado mais este ciclo.

A incrível série de acontecimentos que me trouxe até aqui começou no seio da minha família. Não há como mensurar o quanto devo a estas pessoas. Gente honrada, digna, que me proporcionou as condições para que iniciasse meu caminho, desde a bela e um pouco distante Avaré. Agradeço à minha mãe, Alzira, que sempre será minha referência. À Margarida, que me acolheu em São Paulo, e ajudou a manter meu sonho vivo. À Márcia, olhar sempre presente e carinhoso, que construiu sua história também com muita luta e valentia. A meus sobrinhos William e João Pedro, continuação da vida, que já iniciam sua caminhada. Ao meu pai José, de quem carrego o nome e a história, e que partiu tão cedo, e à minha tia Nele, que junto com a Cidinha e a então pequena e hoje doutora Maria Alice, que fizeram o recém-chegado sentir-se em casa. A todos, meu muito obrigado, com muito amor.

Aqui em São Paulo, nos estudos da Faculdade Paulista de Direito da Pontifícia Universidade Católica, além do aprendizado e da formação, tive a imensa alegria de encontrar muitos amigos, a quem agradeço pelas horas de companheirismo, camaradagem e de trabalho. Da sensacional Seiva Jurídica, agradeço ao Fábio Tavares, ao Guilherme Ricci, ao Mauro Spalding, ao Eduardo Siqueira, ao Roberto Contreras, ao Renato Martins e ao Alexandre Moraes, verdadeira legião estrangeira em solo paulistano (Freguesia do Ó é uma cidade a parte), que se uniu e fez coisas tão bacanas no glorioso 22 de Agosto. Na minha nova casa, a Universidade de São Paulo, também tive a felicidade de encontrar amigos que me proporcionaram uma experiência ainda mais rica no doutorado. Agradeço a todos citando os infalíveis Giuliano Deliberador, Emanuel Pessoa, Alexandre Cunha e Fernando Couto. Todos brilhantes, com quem pude aprender muito.

Agradeço também a todos os mestres que tive em minha vida. Sou afortunado, pois sempre encontrei pessoas dedicadas a esta verdadeira missão que é o magistério, e que me auxiliaram em todos os passos nesta caminhada de décadas. É impossível nomear a cada um, mas gostaria, ainda assim, de tecer alguns agradecimentos especiais: primeiramente, à Profa. Lucia Valle Figueiredo, inesquecível educadora, que nos deixou precocemente, e à Profa.

Daniela Libório, que tão generosamente me acolheu e me permitiu completar o ciclo do mestrado na PUC/SP; agradeço, também, ao Prof. Fernando Menezes de Almeida, raro exemplo em que a gentileza e humildade se ombreiam com a capacidade intelectual, e aos Profs. Vitor Schirato, meu lente mais constante nas disciplinas do doutorado, e Rodrigo Pagani, que transformaram meu exame de qualificação em um momento de ampla revisão e reflexão do trabalho então em curso. Por derradeiro, deixo meu agradecimento às duas pontas desta estrada: à Dona Maria Elisa Martins, minha primeira professora, que me abriu as portas de um mundo totalmente novo, e ao Prof. Sebastião Tojal, que me deu a honra de ser seu orientando no doutorado. Agradeço ao Professor Tojal pela confiança, pela franqueza e pelo auxílio durante todo o meu inesquecível trajeto na Universidade de São Paulo. Espero, sinceramente, ter produzido um trabalho à altura de seu conhecimento e da sua qualidade como educador: muitos dos acertos desta tese são dele; os erros, todos meus.

Ainda no tocante ao processo de produção da tese, tenho dois agradecimentos especiais a fazer. O primeiro ao amigo Alexandre Rocha Almeida de Moraes, que, em mais uma das nossas sempre ricas conversas, acabou disparando as ideias que se transformaram nas linhas gerais deste trabalho. O outro, ao amigo José Fernando Ferreira Brega, que foi incrivelmente paciente, generoso e incansável na revisão do texto, elevando, em muito, seu nível final. Ao amigo que acendeu a luz, e ao outro que iluminou o caminho, minha sincera gratidão.

Agradeço, por fim, à minha esposa Fernanda. Agradeço, primeiramente, pela nova família que me deste, que enche ainda mais de amor minha vida: sua mãe Vanda, que tanto tem nos ajudado na nossa caminhada, sua irmã Juliana, casada com o sensacional Sérgio e pais do lindo Felipe, e ao Ângelo, o avô da nossa pequena. Agradeço, também, pelos anos de dedicação e carinho, e por você ter trazido ao mundo a razão da minha vida, algo que transformou nossa existência de uma forma completa. Por nossa filha Heloísa, e por tanto e tudo que já fizeste por mim e para mim, minha enorme e eterna gratidão. Te amo imensamente.

Aos grandes amores da minha vida,
Fernanda e Heloísa.

“Coragem!” , animou-me o Mestre. “Não é cedendo ao ócio nem refestelando-se sobre plumas que se conquistam os prêmios de valor. Aquele que à inatividade se entregar, de si deixará sobre a terra memória igual ao traço que fumo risca no ar e a espuma traça na onda. Supera a fadiga, vence o torpor, recobra o ânimo, que das vitórias sobre os perigos, a primeira é a da vontade sobre o corpo”.

Dante Alighieri

A Divina Comédia, Canto XXIV

RESUMO

APPARECIDO JUNIOR, Jose Antonio. **Métodos e soluções para viabilização jurídica de projetos urbanísticos**: papéis públicos e privados. 2017. 285 p. Doutorado - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

O presente trabalho propõe-se a analisar métodos e soluções jurídicas para a viabilização de projetos urbanísticos, considerada a alternativa de atuação concertada entre o Poder Público e o setor privado. Para realizar esta tarefa, inicia colacionando fundamentos para a discussão da eficácia dos instrumentos de transformação e qualificação urbana, incluindo o debate sobre o subsistema jurídico-urbanístico brasileiro, formado a partir da Constituição Federal de 1.988, o novo paradigma da atuação consensual da Administração Pública, a propriedade urbana e sua função social e os deveres compartilhados, em termos de desenvolvimento urbano, entre o setor privado e o Estado. Realiza, a seguir, a avaliação do atual estágio da regulação jurídico-urbanística em nosso país, trazendo, além da abordagem de seus aspectos formais, reflexões tendentes a revelar oportunidades para o aprimoramento de sua utilidade no processo de desenvolvimento urbano, especialmente tendo em vista os papéis dos setores público e privado nesta tarefa. Em seguida, identifica, de forma mais específica, fatores que geram ineficiências nos processos de elaboração e implantação dos projetos urbanísticos em nosso país, oferecendo contributos para que os aspectos jurídicos de tais processos sejam aprimorados, destacando-se, dentre estes, a necessidade de ser estabelecido um processo administrativo amplamente público e marcado pela atuação consensual do Poder Público como veículo indispensável à construção e implantação de projetos urbanísticos, e o fortalecimento da atuação estatal na função de arbitrar as disputas havidas na arena de debates referente à formação e aplicação do planejamento urbanístico, bem como do direito urbanístico tendente a implantá-lo. Conclui-se, desta forma, pela possibilidade de aumentar-se a eficácia das iniciativas voltadas ao desenvolvimento urbano por meio da implantação de projetos urbanísticos em atuação concertada entre o Poder Público e o setor privado.

Palavras-chave: Direito urbanístico. Projetos urbanísticos. Processo administrativo. Administração consensual.

ABSTRACT

APPARECIDO JUNIOR, Jose Antonio. **Methods and solutions for the legal feasibility of urban projects**: public and private roles. 2017. 285 f. Doctorate - Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2017.

The present work intends to analyze legal methods and solutions for the feasibility of urban projects, considered the alternative of concerted action between the Public Power and the private sector. In order to accomplish this task, it begins by collating fundamentals for the discussion about the effectiveness of the instruments for urban transformation and qualification, including the debate on the Brazilian legal-urbanistic subsystem, formed by the Federal Constitution of 1988, the new paradigm of the consensual administrative function, urban property and its social function, and the shared responsibilities, in terms of urban development, between the private sector and the state. It then carries out an evaluation of the current stage of legal-urbanistic regulation in our country, bringing, in addition to the approach to its formal aspects, reflections aimed at revealing opportunities for improving its usefulness in the urban development process, especially with regard to the roles of the public and private sectors in this task. Then, it identifies, in a more specific way, factors that generate inefficiencies in the processes of elaboration and implementation of the urban projects in our country, offering contributions in order to improve the legal aspects of such processes, emphasizing, among these contributions, the need to establish an administrative process widely public and marked by the consensual function of the Public Power as an indispensable vehicle for the construction and implementation of urban projects, and the strengthening of State action in the role of arbitrating the disputes which take place in the arena of debates regarding the formation and implementation of planning, as well as of the urban planning law that should implement it. It is concluded, therefore, that is possible to increase the effectiveness of initiatives aimed at urban development through the implementation of urban projects in a concerted action between the Public Power and the private sector.

Keywords: Urbanistic law. Urbanistic projects. Administrative process. Consensual administration.

RIASSUNTO

APPARECIDO JUNIOR, Jose Antonio. **Metodi e soluzioni per l'attuabilità giuridica de progetti urbanistici**: ruoli pubblici e privati. 2017. 285 p. Dottorato – Facoltà di Giurisprudenza, Università di São Paulo, São Paulo, 2017.

Il presente lavoro si propone di analizzare i metodi e soluzioni legali per la fattibilità di progetti urbani, considerata l'alternativa di concertazione tra il potere pubblico ed il settore privato. Per svolgere questo compito, si comincia con l'esame dei fondamenti per la discussione dell'efficacia degli strumenti di trasformazione e di qualificazione urbana, tra cui il dibattito sul sottosistema legale-urbanistico brasiliano, formato dalla Costituzione federale del 1988, il nuovo paradigma della azione amministrativa consensuale, la proprietà urbana e la sua funzione sociale, e le responsabilità condivise, in termini di sviluppo urbano, tra il settore privato e lo stato. E poi esegue una valutazione della fase attuale di regolamentazione giuridica-urbanistica nel nostro paese, portando, oltre all'approccio ai suoi aspetti formali, riflessioni volte a rivelare le opportunità per migliorare la sua utilità nel processo di sviluppo urbano, soprattutto per quanto riguarda i ruoli dei settori pubblici e privati in questo compito. Poi, si identifica, in modo più specifico, i fattori che generano inefficienze nei processi di elaborazione ed attuazione dei progetti urbani nel nostro paese, oltre che se offrono contributi al fine di migliorare gli aspetti legali di tali processi, sottolineando, tra questi contributi, il bisogno di stabilire un procedimento amministrativo ampiamente pubblico e segnato dalla azione consensuale del potere pubblico come un veicolo indispensabile per la costruzione e l'attuazione di progetti urbani, ed il rafforzamento dell'azione dello Stato nel ruolo di arbitrare le dispute che si svolgono nel campo dei dibattiti sulla formazione ed all'esecuzione dei piani urbanistici, nonché del diritto urbanistico che dovrebbe attuarlo. Si conclude, quindi, che è possibile aumentare l'efficacia delle iniziative volte allo sviluppo urbano attraverso la attuazione di progetti urbani in un'azione concertata tra il potere pubblico ed il settore privato.

Parole chiave: Diritto urbanistico. Progetti urbanistici. Procedimento amministrativo. Amministrazione consensuale.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
-------------------------	-----------

CAPÍTULO 1 – FUNDAMENTOS PARA DISCUSSÃO SOBRE A EFICÁCIA DOS PROJETOS URBANÍSTICOS NO BRASIL

17

1.1 O direito urbanístico e o dever de instrumentar juridicamente os processos de desenvolvimento urbano	18
1.1.1 Por que deve haver uma instrumentação jurídica do desenvolvimento urbano?	21
1.1.2 Eficiência e eficácia	26
1.1.3 Planejamento urbanístico, planos e projetos urbanísticos, normatividade e processualidade	30
1.1.4 O subsistema jurídico-urbanístico	36
1.1.5 Os princípios fundamentais da Constituição Federal e o direito urbanístico	42
1.1.6 A instrumentação jurídica do desenvolvimento urbano e o interesse público a ser tutelado.....	47
1.2 Política de desenvolvimento urbano e a nova forma de atuação da administração pública.....	54
1.2.1 Políticas públicas e política de desenvolvimento urbano	54
1.2.2 A Escola do Serviço Público e suas relações com o direito urbanístico.....	61
1.2.2.1 Serviço público e direito urbanístico	67
1.2.3 Princípio da Legalidade e direito urbanístico	69
1.3 Propriedade, função social da propriedade e propriedade urbanística.....	76
1.3.1 Propriedade	76
1.3.2 Função social da propriedade.....	80
1.3.3 Propriedade urbanística.....	87
1.4 Livre iniciativa e direito urbanístico: deveres compartilhados	90
1.4.1 Confiança e Accountability.....	90
1.4.2 A Análise Econômica do Direito	92
1.4.3 Competências públicas e privadas no desenvolvimento urbano.....	94

CAPÍTULO 2 – OS INSTRUMENTOS JURÍDICO-URBANÍSTICOS NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA.....

101

2.1 O estado da arte.....	102
2.1.1 Os instrumentos jurídico-urbanísticos do Estatuto da Cidade	102
2.2 Plano diretor.....	106
2.2.1 Aspectos formais.....	106
2.2.2 O plano diretor na transformação ou qualificação do território urbano.....	115
2.3 Zoneamento	116
2.3.1 Aspectos formais.....	116
2.3.2 Direito adquirido em face de alteração de zoneamento por nova lei de zoneamento ou por leis especiais	120

2.3.3 O zoneamento na transformação ou qualificação do território urbano.....	125
2.4 Outorga onerosa de potencial construtivo e transferência de potencial construtivo	125
2.4.1 Preliminarmente: coeficiente de aproveitamento dos lotes e natureza jurídica do potencial construtivo.....	127
2.4.1.1 Coeficientes de aproveitamento dos lotes.....	127
2.4.1.2 Natureza jurídica do potencial construtivo	130
2.4.2 Outorga onerosa do direito de construir	137
2.4.2.1 Outorga onerosa e os incentivos positivos e negativos ao desenvolvimento urbano	138
2.4.2.2 Quem pode adquirir o potencial construtivo adicional?	140
2.4.2.3 Contraprestação do particular ao potencial construtivo adicional	141
2.4.2.4 Outorga onerosa e alteração de uso	143
2.4.3 Transferência do direito de construir	144
2.4.3.1 Esclarecimentos preliminares acerca do instrumento da transferência de potencial construtivo	145
2.4.3.2 A transferência de potencial construtivo e o plano diretor	147
2.4.3.2.1 Sobre as possibilidades de pleitear a transferência de potencial construtivo dos lotes.....	147
2.4.4 Outorga onerosa de potencial construtivo adicional e transferência de potencial construtivo adicional e a transformação ou qualificação do território urbano.....	154
2.5 Operação urbana consorciada	155
2.5.1 A origem do instrumento brasileiro	155
2.5.2 A operação urbana consorciada e o seu projeto urbanístico	158
2.5.2.1 O programa mínimo do projeto urbanístico da operação urbana consorciada...	162
2.5.3 Os Certificados de Potencial Adicional de Construção – CEPAC	176
2.5.4 Operação Urbana Consorciada e a transformação ou qualificação do território urbano	181
2.6 Desapropriação urbanística.....	182
2.6.1 Breve esboço histórico.....	182
2.6.2 Aspectos gerais do instituto da desapropriação	186
2.6.2.1 Algumas discussões importantes sobre o tema das desapropriações.....	193
2.6.3 A desapropriação urbanística.....	198
2.6.4 Desapropriações urbanísticas e a transformação ou qualificação do território urbano	206
2.7 Parcerias público-privadas e concessões urbanísticas	206
2.7.1 Concessão	206
2.7.2. As concessões para transformação ou requalificação urbanística	211
2.7.3 A velocidade da implantação da política de desenvolvimento urbano em parcerias público-privadas e concessões urbanísticas	217
2.7.4 O instrumento nominado “concessão urbanística”	220
2.7.5 Parcerias público-privadas e concessões urbanísticas e a transformação ou qualificação do território urbano.....	224

CAPÍTULO 3 – FUNDAMENTOS PARA A EFICÁCIA DOS PROJETOS URBANÍSTICOS 226

3.1 Ineficácia na elaboração e implantação de projetos urbanísticos	226
---	-----

3.1.1	Indefinição de funções e competências e carências de quadros técnicos na Administração Pública	226
3.1.2	Falta de confiança e déficit de accountability	235
3.1.3	Base de dados deficientes e estudos ineficientes	239
3.1.4	Risco de captura da ação administrativa.....	243
3.1.5	Controle ineficiente da Administração Pública	246
3.2	O dever: métodos e soluções para viabilização jurídica de projetos urbanísticos....	250
3.2.1	Dois principais contributos	250
3.2.2	Competências, funções e Reserva de Plano	253
3.2.3	Informações mais qualificadas, estudos mais eficientes.....	255
3.2.4	Custos e responsabilidades	257
3.2.5	Transparência, accountability e controle	260
3.2.6	O Poder Público e o setor privado: a busca da eficácia dos projetos urbanísticos	264

CONCLUSÃO	270
------------------------	------------

REFERÊNCIAS	274
--------------------------	------------

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1.988 trouxe as disposições básicas da política pública para o desenvolvimento urbano do país. Em seu art. 182, determinou que tal seria executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, com o objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. O instrumento básico eleito a tanto, ainda de acordo com a Carta Magna, foi o plano diretor.

As disposições do texto constitucional, inovadoras em conteúdo, determinaram a necessidade de criação de uma verdadeira agenda de desenvolvimento urbano por parte dos municípios brasileiros. Para dar suporte a tal agenda, e em observância ao disposto no art. 24, inc. I da Constituição Federal, a União editou sua normatização geral no campo do direito urbanístico, o Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2.001). Tal diploma legal estabeleceu os padrões mínimos pelos quais esta política pública deveria ser elaborada e implantada, criando uma possibilidade de sistematização do direito urbanístico nunca antes delineada. Com efeito, o direito urbanístico, que anteriormente versava eminentemente sobre a regulação de interesses locais - com raras exceções, como a legislação federal referente a parcelamento do solo -, ganhou *status* de normatização abrangente, com diretrizes e institutos aplicáveis a todo país. A estipulação de diretrizes urbanísticas de observância obrigatória a todos os municípios brasileiros, tendo por objetivo o cumprimento de determinados padrões de desenvolvimento urbano, exsuruiu, desta forma, como característica de um subsistema jurídico de caráter nacional: a partir do Estatuto da Cidade, tornou-se exigível a produção de uma regulação urbanística padronizada e minimamente suficiente a promover as funções sociais da cidade.

É possível afirmar, de outra parte, que o processo de formação e implantação da política pública de desenvolvimento urbano se apresenta como um complexo e dinâmico arranjo, que envolve de forma indissociável o Estado e sociedade. É certo, ainda, que o setor público e os atores privados têm atuações imbricadas na sua conformação (em termos materiais), em sua estruturação jurídico-urbanística e na realização dos efetivos processos de transformação ou qualificação do território, veiculados pelos projetos urbanísticos. A política de desenvolvimento urbano, desta forma, é consubstanciada pelo conjunto coordenado das unidades de planejamento urbanístico - planos e projetos urbanísticos - e construída pela atuação conjunta entre o Poder Público e o setor privado.

Por outro lado, a despeito das diretrizes, regras, institutos e instrumentos previstos na legislação federal, os municípios brasileiros ainda enfrentam grande dificuldade em transformar o direito urbanístico em uma regulação eficaz no tocante à promoção da qualificação e transformação do território. Tal dificuldade, aponte-se, ocorre a despeito de os processos de planejamento urbanístico serem realizados sob as luzes da normatização jurídico-urbanística instituída a partir do texto constitucional e pelo Estatuto da Cidade já há mais de 15 anos - se é certo que há uma crescente compreensão da importância do plano diretor, e que temas como a regularização fundiária têm tido avanços importantes, os resultados da implantação dos projetos urbanísticos destinados a transformar ou qualificar porções específicas do território dos municípios continuam gerando resultados insatisfatórios.

É importante destacar, neste passo, que o Direito em geral, e especialmente o direito urbanístico, tem hoje como uma de suas principais características o fato de ser um método de composição em realidades complexas, como é o caso da conjugação de esforços entre o setor público e o setor privado na tarefa de desenvolver as cidades. Tendo em vista tal condição, mostra-se pertinente investigar se a observância de determinadas práticas e pressupostos tende a tornar a instrumentação jurídica do desenvolvimento urbano mais eficaz, fazendo com que, por consequência, o próprio planejamento urbanístico esteja mais apto a atingir seus fins. Em outros termos, considerando que o planejamento conforma a multifacetada política de desenvolvimento urbano e que é o direito urbanístico que veiculará a regulação tendente a implantá-lo, insta avaliar se, de fato, é possível a construção de padrões normativos e práticas inspiradas em concepções jurídicas que possibilitem a diminuição das ineficiências inerentes aos processos de elaboração e implantação de projetos urbanísticos, de modo a aumentar as possibilidades de implantação exitosa do planejamento entabulado.

O presente estudo, para tanto, avalia métodos e soluções jurídicas para que haja o aprimoramento da elaboração e implantação dos projetos urbanísticos em nosso país, por intermédio do aumento da eficácia da implantação de seus projetos urbanísticos, especialmente considerando as interações possíveis entre o setor público e o setor privado. Nesta linha de ideias, o trabalho utiliza o método dedutivo para alcançar os objetivos a que se propõe, partindo de premissas detalhadas para estabelecer conclusões sobre o tema investigado. Seu objeto de estudo é o ordenamento jurídico nacional, mais especificamente o subsistema jurídico-urbanístico, sendo sua pesquisa direcionada precipuamente à doutrina

e às experiências brasileiras sobre o tema. Utiliza, também, referências de projetos urbanísticos já implantados ou em implantação em nosso país, além de colacionar, quando pertinente e útil aos fins do trabalho, experiências estrangeiras sobre o assunto. Para atingir seus objetivos, parte de uma análise teórica, arrolando fundamentos para uma discussão sobre a eficácia da elaboração e implantação dos projetos urbanísticos e sua relação com o instrumental jurídico disponível a tanto, analisa de forma crítica institutos e instrumentos jurídico-urbanísticos brasileiros e, finalmente, identifica elementos que geram ineficiências na elaboração e implantação de projetos urbanísticos em nosso país, propondo métodos e soluções para que haja o aprimoramento do instrumental jurídico destes processos, especialmente considerando os papéis dos atores públicos e privados envolvidos.

O tema tratado neste trabalho, verifica-se, tem grande importância no cotidiano da população brasileira, especialmente das grandes e médias cidades. Demanda, portanto, atenção da ciência jurídica, que deve oferecer fundamentos para que o direito urbanístico possa, de fato, auxiliar na busca do ideal de cidades cada vez mais sustentáveis, com um desenvolvimento equilibrado e justo.

CAPÍTULO 1 – FUNDAMENTOS PARA DISCUSSÃO SOBRE A EFICÁCIA DOS PROJETOS URBANÍSTICOS NO BRASIL

A Constituição Federal de 1.988 foi a primeira Carta brasileira a tratar especificamente de direito urbanístico. Tal medida representou uma espécie de reação da ordem jurídica estatal ao fenômeno da urbanização em nosso país, que se tornou agudo a partir da metade do Século XX. Em 1.940, o Brasil contava com uma população de 41.169.321 pessoas, com 12.880.790 de habitantes das cidades (31,28% do total) e 28.288.531 (68,72% do total) vivendo no campo. No ano 2.000, observou-se uma importante transformação deste quadro: do total de 169.799.170 brasileiros, 137.953.959 (81,24%) residiam em cidades, e 31.845.211 (18,76%) viviam no campo¹. A necessidade de produzir um mínimo de regulamentação jurídica a tal situação explica a preocupação do legislador constituinte com o tema, anteriormente tratado de maneira tímida pelo ordenamento constitucional².

A simples leitura de tais números, contudo, não revela o fenômeno em sua completude. A questão da urbanização em nosso país, até mesmo pela sua diversidade cultural e social, guarda uma série de elementos que demandam um olhar mais atento para sua compreensão. O Geógrafo Milton Santos, em sua obra “A Urbanização Brasileira”, traça minuciosa análise deste processo sob a ótica social, econômica e territorial. Uma das conclusões a que chega é a de que não é mais correto dividir o espaço brasileiro em “urbano” e “rural”, e sim em “regiões urbanas” e “regiões agrícolas”. Em sua visão, região urbana tem como característica sobretudo a inter-relação das atividades de fabricação ou terciárias em seu território, com as quais as atividades agrícolas se relacionam. A região agrícola, por sua vez, tem como principal aspecto a inter-relação entre o mundo rural e o mundo urbano, representado por cidades que abrigam atividades diretamente ligadas às atividades agrícolas circundantes e que dependem, segundo graus diversos, dessas atividades. Nas regiões

¹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Tendências Demográficas: uma análise da população com base nos censos demográficos de 1940 e 2000**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/tendencia_demografica/analise_populacao/1940_2000/analise_populacao.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2016.

² Destaca-se, neste sentido, a Lei 4.380/64, que criou o Banco Nacional de Habitação (BNH), as Sociedades de Crédito Imobiliário e o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo (SERFHAU). Tal lei deu competência ao BNH para promover e estimular o planejamento local integrado e as obras de infraestrutura urbana. Com base em tal delegação, o BNH elaborou “Programas de Desenvolvimento Urbano”, como objetivo principal de racionalizar o crescimento das áreas urbanas brasileiras. Também podem ser consideradas normas de direito urbanístico de caráter nacional, especificamente no tocante ao parcelamento do solo urbano, as referentes aos loteamentos, veiculadas por intermédio da Lei Federal n. 6.766/1979.

agrícolas, é o campo que comanda a vida econômica e social do sistema urbano; nas regiões urbanas, são as atividades secundárias e terciárias que têm este papel³. Uma condição decorrente desta conformação é a presença da denominada “população agrícola”, formada em boa parte por trabalhadores urbanos estacionais (boias-frias), que residem nas cidades. A população rural, nos Estados mais desenvolvidos, decai em taxas cada vez mais rápidas, enquanto a agrícola aumenta⁴.

Outros exemplos poderiam ser dados - as cidades-dormitório, os centros desocupados das grandes cidades -, mas esta brevíssima nota já é capaz de demonstrar que a simples leitura estatística não atende ao desafio de fornecer as informações necessárias a realizar um planejamento jurídico-urbanístico coerente com a realidade do país. Além de necessário e urgente, tal deverá considerar as especificidades das parcelas de nosso território e as condições sociais, urbanísticas e econômicas das cidades que pretende regular, assim como a capacidade de agentes públicos e privados efetivamente produzirem respostas satisfatórias às demandas de fato existentes. O Capítulo 1 desta tese, assim, tem por finalidade trazer elementos que revelem o arcabouço teórico e normativo que dá ensejo ao atual quadro jurídico-normativo existente em nosso país e que fundamentará as finais proposições deste trabalho.

1.1 O direito urbanístico e o dever de instrumentar juridicamente os processos de desenvolvimento urbano

O termo “desenvolvimento sustentável” ganhou destaque a partir do ano de 1.983, por ocasião dos trabalhos da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, criada pela ONU. Presidida pela então primeira-ministra da Noruega, Gro Harlem Brundtland, essa comissão propôs que o desenvolvimento econômico fosse integrado à questão ambiental, estabelecendo-se, assim, no que ficou conhecido como “Relatório Brundtland”⁵ (de 1.987) o conceito de “desenvolvimento sustentável”.

O Relatório Brundtland indica ser o desenvolvimento sustentável aquele que tem em conta as necessidades do presente sem pôr em risco a capacidade das futuras gerações em satisfazer as suas próprias necessidades. Em termos de desenvolvimento urbano, é possível

³ SANTOS, Milton. **A Urbanização Brasileira**. 5. ed. São Paulo: EDUSP, 2013. p. 76.

⁴ *Ibidem*, p. 36.

⁵ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Relatório Brundtland**. Disponível em: <<https://ambiente.files.wordpress.com/2011/03/brundtland-report-our-common-future.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

realizar a distinção entre os conceitos de sustentabilidade urbana e de desenvolvimento urbano sustentável: sustentabilidade urbana é o conjunto de condições desejadas (ambientais, socioeconômicas, políticas e culturais) que persistem ao longo do tempo, e desenvolvimento urbano sustentável é o processo de acordo com o qual a sustentabilidade urbana pode ser atingida. A sustentabilidade urbana tem por características a equidade intergeracional e intrageracional (incluindo equidade social, equidade geográfica e equidade no poder de decisão - governança democrática), a preservação do meio-ambiente, a utilização mínima de recursos não renováveis, a autoconfiança comunitária, a vitalidade e diversidade econômica, bem-estar coletivo e individual, satisfação das necessidades individuais, poder local com autonomia de decisão e preservação da diversidade cultural⁶.

Importante destacar, como bem assevera SOTTO, que “não há hierarquia entre os três pilares da sustentabilidade - econômico, social e ambiental - tampouco predomínio de qualquer um deles sobre os outros”, não havendo que se falar, portanto, em sobrepor a preservação ambiental ao desenvolvimento econômico e à inclusão social⁷. O crescimento urbano desordenado, que não atenda a estes três apontados pilares, não é sustentável, e tende a comprometer a capacidade dos futuros habitantes da cidade em satisfazer suas próprias necessidades. Na mesma linha de ideias, SILVA assevera que se o desenvolvimento “não elimina a pobreza absoluta, não propicia um nível de vida que satisfaça as necessidades essenciais da população em geral, ele não pode ser qualificado como sustentável”⁸. A realidade, contudo, é preocupante.

Segundo a Organização das Nações Unidas, metade da população mundial vive em áreas urbanas, sendo que um terço destas está em favelas e assentamentos informais. O número de pessoas morando em favelas aumentou de 760 milhões, em 2.000, para 863 milhões, em 2.012⁹. Segundo LEITE, dois terços do consumo mundial de energia advêm das cidades, e 75% dos resíduos são nelas gerados¹⁰. Em pesquisa realizada pela Fundação SOS Mata Atlântica em 69 rios e lagos, feita em 70 cidades de 15 estados brasileiros e no Distrito Federal, constatou-se qualidade da água péssima em 4% das amostras, ruim em 28% e

⁶ MACLAREN, Virginia W. Urban Sustainability Reporting. In: WHEELER, Stephen M.; BEATLEY, Timothy. **The Sustainable Urban Development Reader**. London: Routledge, 2004. p. 203-210.

⁷ SOTTO, Debora. **Mais-valia urbanística e desenvolvimento urbano sustentável: uma análise jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 79.

⁸ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 10. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 28.

⁹ Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/onu-mais-de-70-da-populacao-mundial-vivera-em-cidades-ate-2050/>>. Acesso em: 18 mai. 2016.

¹⁰ LEITE, Carlos. **Cidades sustentáveis, cidades inteligentes**. Porto Alegre: Bookman, 2012. p. 8.

regular em 68%, não tenho havido nenhum caso de água boa ou ótima¹¹. No começo do ano de 2016, o Brasil tinha nada menos que 21 cidades em ranking que listava as 50 cidades mais violentas do mundo¹².

Tendo em vista este quadro, verifica-se que é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a garantia do desenvolvimento nacional (art. 3º, inc. II). Distinguindo “desenvolvimento social” (aspecto qualitativo do avanço da sociedade) do “crescimento econômico” (aspecto quantitativo, apenas parcial desta realidade), GRAU assevera que¹³

[...] a ideia de desenvolvimento supõe dinâmicas mutações e importa em que se esteja a realizar, na sociedade por ela abrangida, um processo de mobilidade social contínuo e intermitente. O processo de desenvolvimento pode levar a um salto, de uma estrutura social para outra, acompanhado da elevação do nível econômico e do nível cultural-intelectual comunitário.

Na Constituição Federal, o tema do desenvolvimento é especialmente tratado em seu Título VII, dedicado à Ordem Econômica e Financeira. No art. 174, após determinar que o Estado, na qualidade de agente normativo e regulador da atividade econômica, exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento (sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado), a Carta Magna esclarece que a lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento. (§ 1º). Nesta linha de ideias, é possível sugerir até mesmo um “direito fundamental ao desenvolvimento”, que toma por pressuposto o fato de que o Estado somente cumprirá sua tarefa constitucional de efetivação dos direitos sociais se impulsionar o crescimento econômico, desde que tal seja o suporte para a promoção do desenvolvimento em todas as dimensões socioambientais. Nesta mesma linha de ideias, não é razoável abandonar projetos e iniciativas pertinentes a políticas de desenvolvimento por razões conjunturais, devendo o

¹¹ ESTUDO inédito mostra a poluição de rios e lagos no Brasil. **Jornal Nacional**. Rio de Janeiro: Rede Globo de Televisão, 7 jan. 2011. Disponível em: <<http://glo.bo/fcBcrz>>. Acesso em: 17 dez. 2016. A pesquisa “Observando os rios” é permanentemente atualizada, e seus resultados estão disponível no web-site da Fundação SOS Mata Atlântica. Disponível em: <<https://www.sosma.org.br/projeto/rede-das-aguas/>>. Acesso em: 17 dez. 2016.

¹² O cálculo foi realizado com base em dados de taxas de homicídio em 2015, e a lista inclui cidades com 300 mil habitantes ou mais e exclui áreas de guerra. G1. **Brasil tem 21 cidades em ranking das 50 mais violentas do mundo**. Disponível em: <<http://glo.bo/1UmSQ3o>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

¹³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 259.

Poder Público organizar-se de forma a propiciar à sociedade condições de auferir este direito.

Nestes termos,¹⁴

Isso significa que mesmo diante da escassez de recursos públicos - fato que eventualmente pode ser tido como obstáculo para a efetivação de direitos sociais pela via direta da prestação de serviços públicos - o Estado não pode isentar-se de suas responsabilidades nesse campo. A ele cumpre promover uma série de outras ações (v.g. fomento, regulação, parcerias), as quais igualmente visam promover os valores fundamentais constitucionalmente consagrados.

O “caput” do art. 182 da Constituição Federal, por sua vez, determina que o município execute uma certa “política de desenvolvimento urbano”, conforme diretrizes gerais fixadas em lei e que tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade¹⁵ e garantir o bem-estar de seus habitantes. A missão do arcabouço jurídico-urbanístico, portanto, deve partir de um claro pressuposto: deve ser cumprido o mandamento constitucional de realizar o desenvolvimento das cidades, proporcionando aos seus habitantes os benefícios de tal medida decorrentes. Tal constatação, por sua vez, abre uma nova questão preliminar, e que se refere ao modo pelo qual tal determinação deverá ser cumprida, e que versa sobre a necessidade de haver uma instrumentação jurídica para o desenvolvimento urbano.

1.1.1 Por que deve haver uma instrumentação jurídica do desenvolvimento urbano?

Para responder à questão sobre a necessidade de haver uma instrumentação jurídica do desenvolvimento urbano, cumpre fazer uma rápida digressão sobre o direito administrativo, especialmente para fins de debater o tema da processualidade dos ritos de tomada de decisão pelo Poder Público, fundamentais ao direito urbanístico.

¹⁴ JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo Henrique. Direito ao Desenvolvimento da Constituição Brasileira de 1988. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo e Econômico**. Salvador: Bahia, n. 16, p. 10-12, nov/dez/jan, 2009. No mesmo sentido, cf. MACIEL, Fabianne Manhães. Direito da cidade e função social da cidade. In: MOTA, Maurício; TORRES, Marcos Alcino. **Transformações do Direito de Propriedade Privada**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 193-196.

¹⁵ No ano de 1.931 realizou-se, em Atenas, o IV Congresso Internacional de Arquitetura Moderna. As discussões havidas em tal evento subsidiaram a edição, no ano de 1.933, de um documento histórico para o Urbanismo, a chamada “Carta de Atenas”. Em tal epístola, os seus subscritores, após análise das condições de desenvolvimento de 33 cidades de diferentes latitudes e climas do mundo, com o desiderato de responder aos problemas causados pelo rápido crescimento dos centros urbanos, declararam as quatro funções básicas na cidade: habitação, trabalho, diversão e circulação. A Carta de Atenas propunha, em termos sociais, que cada indivíduo tivesse acesso às comodidades fundamentais da vida, ao bem-estar do lar e à beleza da cidade. Em 1.988 editou-se a denominada “Nova Carta de Atenas”, que propõe novos sistemas de governança e métodos de atuação que permitam o envolvimento dos cidadãos nos processos de tomada de decisão, utilizando as vantagens das novas formas de comunicação e as tecnologias de informação.

Nesta linha de ideias, cumpre inicialmente lembrar o asseverado por ENTERRÍA, de que o direito administrativo é um “direito de natureza estatutária, uma vez que se dirige à regulação das específicas espécies de sujeitos que se agrupam sob o nome de Administração Pública, subtraindo estes sujeitos da regência do direito comum”¹⁶. Como consequência deste conceito, tem-se que o direito administrativo é classificado como um ramo do direito público, do direito comum das administrações públicas (formado por regras e princípios próprios), sendo certo que é necessária a presença da Administração Pública, ainda que atuando por intermédio de seus delegados, para que exista uma relação jurídico-administrativa. Esclarece o autor, ainda, que este ramo do direito é caracterizado por um equilíbrio entre privilégios e garantias, esclarecendo que “em última instância, todos os problemas jurídico-administrativos consistem [...] em buscar este equilíbrio, assegurando-o quando encontrado e se reconstituindo se houver perdido”¹⁷. Na busca deste equilíbrio, uma das grandes discussões hoje em curso no direito administrativo brasileiro é sobre a revisão da doutrina tradicional adotada no país, calcada nos princípios da “Supremacia do Interesse Público” e “Legalidade”¹⁸. O debate não é gratuito ou meramente acadêmico, e sim reflexo da mudança do papel do Estado atualmente em curso. Essa mudança, por sua vez, não ocorreu de forma gratuita ou voluntária, representando o resultado da crescente complexidade social, desencadeadora de um processo que faz emergir cada vez mais polos legítimos de interesses, que apresentam ao Estado demandas de atuação que podem ser até

¹⁶ No original: “[...] Derecho de naturaleza estatutaria, en cuanto se dirige a la regulación de las singulares especies de sujetos que se agrupan bajo el nombre de Administraciones Públicas, sustrayendo a estos sujetos singulares del Derecho común”. (ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo I**. 15. ed. Madrid: Thomson-Reuters, 2011. p. 57). Há vários conceitos de direito administrativo. Ainda que se considere o alerta realizado por ESCOLA, de que o interesse público é a verdadeira razão de ser e verdadeira explicação do direito administrativo, esclarecendo que é preciso substituir a afirmação de que o direito administrativo é o direito da Administração para a de que o direito administrativo é o direito do interesse público, realizado por intermédio da atividade administrativa. (ESCOLA, Hector Jorge. **El interés público como fundamento del Derecho Administrativo**. Buenos Aires: De Palma, 1989. p. 236), o conceito proposto é útil a afirmar o que objetivamente regula este ramo do direito. No mesmo sentido, “Direito Administrativo é o ramo do Direito Público que estuda os princípios, regras e institutos que regem as atividades jurídicas do Estado e de seus delegados, as relações de subordinação e de coordenação delas derivadas e os instrumentos garantidores da limitação e do controle de sua legalidade, legitimidade e moralidade, ao atuarem concreta, direta e imediatamente, na prossecução dos interesses públicos, excluídas as atividades de criação da norma legal e de sua aplicação judiciária contenciosa”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 106).

¹⁷ No original: “En ultimo término, todos los problemas jurídico-administrativos consisten [...] en buscar ese equilibrio, aseguralo cuando se ha encontrado y reconstruirlo cuando se ha perdido”. (ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Loc. cit.).

¹⁸ Sobre o tema, MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 328 e ss., BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 9-42.

mesmo contraditórias¹⁹ - num exemplo simples, e já pertinente ao direito urbanístico, é tão legítima a demanda de preservação das características de ocupação residenciais de um bairro quanto a de instalação de uma estação de metrô, de grande repercussão do ponto de vista urbanístico.

Essa multiplicidade de demandas coloca o Estado em uma situação singular: além de oscilar entre os tradicionais polos da garantia dos direitos e do exercício da autoridade, recebe a incumbência de exercer o papel de árbitro no que pode ser denominado como “arena pública”²⁰. Neste ambiente surge o campo da Administração Pública consensual.

A consensualidade na Administração Pública, no dizer de JUSTINO DE OLIVEIRA e SCHWANKA, pode apresentar-se em duas formas de expressão, assim entendidas como o “modo de atuação dos órgãos e entidades administrativas a partir de bases e de procedimentos que privilegiam o emprego de técnicas, métodos e instrumentos negociais, visando atingir resultados que normalmente poderiam ser alcançados por meio da ação impositiva e unilateral da Administração Pública”. Tais formas de expressão, segundo os autores, são a concertação administrativa e a contratualização administrativa. Na primeira, a Administração renunciaria ao emprego de seus poderes com base na imperatividade e unilateralidade, aceitando realizar acordos com os particulares destinatários da aplicação concreta desses poderes, ganhando assim uma colaboração ativa dos administrados. Na segunda, verifica-se uma substituição das relações administrativas baseadas na unilateralidade, na imposição e na subordinação por relações fundadas no diálogo, na negociação e na troca²¹. Para MOREIRA NETO, a consensualidade se apresenta como gênero de pacto, ao lado dos contratos administrativos, destes se distinguindo em razão de as prestações serem recíprocas nos contratos administrativos (interesses distintos e contrapostos) e integrativas nos acordos caracterizadores da consensualidade administrativa (interesses comuns)²². A consensualidade administrativa se relaciona, nesta linha de ideias,

¹⁹ Neste sentido, SCHWIND esclarece que o caráter multifacetado da Administração Pública decorre da existência de uma multiplicidade de interesses públicos legítimos, que podem ser conflitantes entre si, embora igualmente relevantes e protegidos pelo ordenamento. (SCHWIND, Rafael Wallbach. Resolução consensual de controvérsias administrativas: elementos para a instituição da “Conferência de Serviço” no direito brasileiro In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MENEZES DE ALMEIDA, Fernando; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (orgs.). **Direito e Administração Pública. Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella di Pietro**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 835).

²⁰ MARQUES NETO, op. cit., p. 343.

²¹ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 104, p. 303-322, jan. 2009. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67859>>. Acesso em: 26 dec. 2016.

²² MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Novas Tendências da Democracia: consenso e Direito Público na virada do século - o caso brasileiro. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador:

com o conceito de democracia substantiva, se afastando do conceito de democracia formal, meramente procedimental²³.

Este modo de atuação estatal, por sua vez, representa uma verdadeira quebra de paradigma. Não basta mais à Administração impor sua vontade, manejando seu poder de se constituir, unilateralmente, obrigações para terceiros - de utilizar, em síntese, o denominado “poder extroverso”. Atuar o Poder Público nesta conformidade, sem ouvir e dialogar com os interessados, significaria, pelo simples fato de assim se conduzir, fulminar aspectos deste mesmo interesse público ao qual tem por função primordial promover. É preciso reconhecer, neste passo, que a definição do interesse público a tutelar é, ordinariamente, tarefa que consiste em arbitrar acerca de temas controversos, o que acaba por gerar novas demandas ao corpo administrativo, especialmente referentes a seu dever de imparcialidade e transparência.

Com efeito, o dever de imparcialidade na Administração Pública tem dois vieses principais: aquele que determina a participação dos administrados na formação dos atos administrativos, para que, tomando ciência dos interesses em disputa no tocante à atividade administrativa em discussão, possa decidir de forma impessoal, isenta e objetiva, e o que veda ao servidor público permitir que perseguições, simpatias, antipatias etc. tenham relevância no trato com os administrados e com o patrimônio público. Na medida em que tais interesses interfiram com a Administração Pública, estará o administrador agindo com base em razões impróprias e, por isso mesmo, incidindo no vício da parcialidade²⁴.

O dever de transparência, por sua vez, é conexo ao dever de imparcialidade. A transparência viabiliza a participação dos administrados, e possibilita a ciência, por parte da Administração Pública, de suas demandas²⁵; da mesma forma, informa o dever de motivação dos atos praticados pelo Poder Público, ao obrigar que “o órgão administrativo indique as

Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, março/abril/maio 2008. p. 10-11. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C7O-2008-DIOGO-DE-FIGUEIREDO-MOREIRA-NETO.PDF>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

²³ Leciona GORDILLO que é patente a necessidade de se criarem novas formas de participação do povo no poder, sendo derivados desta necessidade os princípios do consenso e da adesão (que repele a decisão unilateral do órgão estatal), da motivação ou explicação (que exige, mais que a fundamentação dos atos administrativos, que tais sejam explicados ao cidadão) e da participação administrativa (que prevê a realização de audiências públicas e da gestão participativa nos diversos serviços públicos). (GORDILLO, Augustin. **Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Parte General**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003. p. 14-15).

²⁴ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **O Princípio da Impessoalidade na Administração Pública**: Para uma Administração Imparcial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 54-55.

²⁵ *Ibidem*, p. 76.

razões de facto e de direito que determinam a prática do acto, nos seus traços decisivos, o procedimento interno de formação da vontade decisória”²⁶.

É preciso salientar que, mesmo ouvidas e ponderadas todas as razões e argumentos daqueles que serão influenciados pelo ato administrativo haverá, ao ser finalmente adotada a decisão necessária, o privilégio a determinados interesses em detrimento de outros, ambos, *a priori*, igualmente legítimos²⁷ - na verdade, a busca da consensualidade, baseada em procedimentos formais e abertos de participação e interação, revelará o interesse público a ser tutelado no caso concreto, afastando-se, ainda que legítimos por si, os interesses com tal contrastantes²⁸. Em que pese a eventual insatisfação dos interessados não privilegiados em

²⁶ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **O dever de fundamentação expressa dos actos administrativos**. Coimbra: Almedina, 1992. p. 13.

²⁷ “A democracia é um processo, que se aperfeiçoa na prática. Assim, conforme os participantes forem sentido que suas opiniões influenciam nas decisões do governo, dentro da noção de persuasão racional (consenso que se pauta na força dos argumentos apresentados), eles acabam se interessando mais pelas questões coletivas. Também não se pode esquecer que políticas públicas que são construídas a partir de consensos, dentro do que se chama de construções *bottom up* (de baixo para cima), são consideradas para parcela dos gestores públicos geralmente mais eficazes, tendo em vista a colaboração espontânea dos cidadãos. Em suma, a processualização do agir administrativo tem potencial de modificar as práxis autoritárias, sem a necessidade de se excluir o caráter de imperatividade dos atos administrativos, pois o poder legítimo do Estado é aquele que se orienta para a realização de interesses públicos primários. Após a Administração Pública abrir os canais de interlocução comunitária ela terá condições de impor decisões consensuais mesmo contra a vontade individual arbitrária de algum administrado isoladamente.” (NOHARA, Irene Patrícia. Consensualidade e gestão democrática do interesse público no Direito Administrativo contemporâneo. **Interesse Público**. Belo Horizonte: Fórum, ano 15, n. 78, mar/abr 2013).

²⁸ “O momento consenso-negociação entre Poder Público e particulares, mesmo informal, ganha relevo no processo de identificação e definição de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. O estabelecimento dos primeiros deixa de ser monopólio do Estado, para prolongar-se num espaço público não estatal, acarretando com isso uma expansão dos chamados entes intermediários. Há um refluxo na imperatividade, e uma ascensão da consensualidade; há uma redução da imposição unilateral e autoritária de decisões para valorizar a participação dos administrados quanto à formação da conduta administrativa. A Administração passa a assumir o papel de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Disto decorre uma nova maneira de agir focada sobre o ato como atividade aberta à colaboração dos indivíduos.” (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A Participação Popular e a Consensualidade na Administração Pública. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Renovar, 2003. p. 648). Na França, esclarece MORAND-DEVILLER, “a administração cultivava um prolongado apreço sigilo pela decisão da autoridade. A elaboração dos atos administrativos se fazia à porta fechada dos escritórios e sem consulta prévia com os interessados que não podiam reclamar por informações sobre suas pastas. Depois dos anos 1970, a situação se inverteu: transparência e consulta se infiltraram nas várias fases do procedimento administrativo contencioso. Impulsionada pelo aumento da pressão associativa e o progresso da comunicação, a administração compreendeu a vantagem das decisões ‘aceitas’, antes ‘impostas’. Informação e consulta fizeram progressos notáveis”. (no original: “L’administration cultivait longtemps le goût du secret et de la décision d’autorité. L’élaboration des actes administratifs se faisait dans le huis clos des ‘bureaux’, sans concertation préalable avec les intéressés qui ne pouvaient réclamer des informations sur leurs dossiers. Depuis les années 1970, la situation s’est inversé: transparence et concertation ont infiltré les différentes phases de la procédure administrative contentieuse. Poussée par le montée de la pression associative et le progrès de la communication, l’administration a compris l’intérêt de décisions ‘acceptées’ plus qu’ ‘imposées’. Information et concertation ont fait des remarquable progress”). (MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Droit Administratif**, 12. ed. Paris: Montchrestien, 2011. p. 327).

suas pretensões, a decisão será a mais eficiente em termos de conformação e aplicação da política de desenvolvimento urbano.

1.1.2 Eficiência e eficácia

Ao tratar do tema da eficiência da atuação do Poder Público, é útil lembrar que a Emenda Constitucional n. 19/1998 arrolou o “Princípio da Eficiência” como princípio expresso regente da atividade administrativa. A doutrina realiza considerações a respeito deste assunto trazendo comparativos do tema na legislação estrangeira, apontando, como correlatos, o “bom andamento” da Constituição Italiana (art. 97, 1²⁹), a “eficácia” da Constituição da Espanha (art. 103, 1³⁰) e a prossecução do interesse público, em Portugal (art. 266, 1 e 2³¹). Em geral, no direito europeu, o Princípio da Eficiência busca a superação do formalismo para o atingimento da qualidade, o alcance efetivo dos fins e objetivos, enquanto nos Estados Unidos da América o conceito está diretamente ligado à noção de custo-benefício da atuação administrativa³².

Se é certo que a eficiência da atuação administrativa auxilia (ou mesmo determina) a fundamentação de determinadas escolhas discricionárias do Administrador, tendentes a racionalizar o uso dos cada vez mais escassos recursos disponíveis no erário (com foco principal na utilização ótima destes recursos), a abordagem a realizar neste trabalho busca discutir um outro ângulo desta realidade, distinto do primeiro, ainda que dele complementar: o que analisa a atuação mais eficaz do Poder Público, ou seja, aquela mais apta a cumprir as finalidades de suas funções. Neste sentido, MODESTO, ao dissertar sobre o este Princípio da Eficiência, atesta que a imposição de atuação eficiente estatal, do ponto de vista jurídico, refere a duas dimensões indissociáveis da atividade administrativa: a dimensão da racionalidade e otimização no uso dos meios e a dimensão da satisfatoriedade dos resultados

²⁹ Os serviços públicos organizam-se de acordo com a lei, de modo a assegurar "*il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione*".

³⁰ "*La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho*".

³¹ 1. A Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos" e "2. Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício de suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça e da imparcialidade".

³² Para um relato completo sobre o apontado, cf. BOCKMAN MOREIRA, Egon. **Processo Administrativo. Princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 4. ed. atual. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 177-223.

da atividade administrativa pública. Para o autor, eficiência, para fins jurídicos, não é apenas o razoável ou correto aproveitamento dos recursos e meios disponíveis em função dos fins prezados: para o universo jurídico, diz respeito tanto à otimização dos meios - eficiência como qualidade da ação administrativa que maximiza recursos na obtenção de resultados previstos - quanto à qualidade do agir final - obtenção de resultados satisfatórios ou excelentes, constituindo a obtenção de resultados inúteis ou insatisfatórios uma das formas de contravenção mais comum ao princípio. A atuação eficiente da Administração Pública, desta forma, impõe, em termos simplificados: a) ação idônea (eficaz); b) ação econômica (otimizada); e c) ação satisfatória (dotada de qualidade)³³. A ação estatal ótima, assim, englobaria estes aspectos, que passariam a ser objetivos juridicamente perseguidos pelo Princípio da Eficiência. O sentido de eficiente, nesta leitura, acaba por confundir-se com o de eficácia, embora nele não se esgote.

Adotados tais pressupostos, e já no aspecto que se apresenta mais importante para fins deste trabalho, cumpre destacar o alertado por ARAGÃO sobre o Princípio da Eficiência. O autor informa que os resultados práticos da aplicação das normas jurídicas, longe de serem uma preocupação apenas do cientista social, “são elementos essenciais para determinar como, a partir desses dados empíricos, devam ser interpretadas (ou reinterpretadas), legitimando a sua aplicação”³⁴. A aptidão da norma jurídica de surtir seus efeitos desejados concreta e materialmente deve ser considerada como a interpretação no momento de definir-se a sua interpretação mais correta. Os resultados práticos da aplicação da norma terão relevante papel na determinação de qual, entre as diversas interpretações plausíveis existentes, deverá ser adotada.

Este ponto é relevante: a adoção do Princípio da Eficiência não significa abandonar o Princípio da Juridicidade (ou Legalidade, como expresso no texto constitucional). Ao contrário, a eficiência da atuação administrativa parte da extração do significado jurídico mais adequado da norma positiva, de modo a dar à sua aplicação a amplitude ótima em termos de eficácia do conjunto dos comandos normativos envolvidos na conformação da hipótese legal aplicável ao caso concreto. Na mesma linha de ideias, DALLARI relaciona a

³³ MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. **Revista do Serviço Público**. Brasília: ENAP, ano 51, n. 2, abr/jun 2000. Disponível em: <<http://migre.me/vLATc>>. Acesso em: 31 out. 2016.

³⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos. O Princípio da Eficiência. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, nov/dez 2005, jan 2006. Disponível em: <<http://migre.me/vLATy>>. Acesso em: 31 out. 2016.

eficiência aos postulados da legalidade e do interesse público³⁵:

Não basta atuar de maneira conforme a lei. Não faz sentido emperrar a Administração para dar estrito cumprimento à literalidade da lei. Agora é preciso mais: a Administração deve buscar a forma mais eficiente de cumprir a lei, deve buscar, entre as soluções teoricamente possíveis, aquela que, diante das circunstâncias do caso concreto, permita atingir os resultados necessários à satisfação do interesse público.

Tal linha de raciocínio, fácil é constatar-se, mostra-se de grande relevância especialmente para o direito urbanístico, que tem o significado de seus comandos jurídicos diretamente influenciado pelas condições do território que pretende regular. A dogmática da interpretação e aplicação do arcabouço jurídico-urbanístico depende deste elemento, sendo certo que a avaliação das circunstâncias do caso concreto inclui tanto a análise do impacto da aplicação da regulação urbanística quanto as aspirações da sociedade em relação a tal impacto.

É importante destacar, neste passo, que a elaboração e implantação de projetos urbanísticos é sujeita a exigência de eficácia. O planejamento urbano deve produzir resultados efetivos, de transformação ou qualificação do território, de maneira que seja possível detectar, ao final de seus ciclos, relação entre o que foi idealizado, debatido e estipulado e a realidade físico-territorial e social da cidade. O planejamento urbanístico não pode se restringir a produzir textos legais, mapas e maquetes, resultados mínimos do complexo arranjo institucional tendente a elaborar e implantar planos e projetos urbanos: o fato de haver um projeto e ele ser em tese aplicável não pode ser a medida da eficácia deste processo, e sim os efetivos resultados obtidos com a utilização da regulação jurídico-urbanística do desenvolvimento urbano. Todo este processo, também merece atenção, deve ser realizado com a preocupação da relação custo-benefício, ou seja, todos os processos pertinentes às atividades de elaboração e implantação de projetos urbanísticos devem ser realizados com o menor sacrifício possível para o erário e para sociedade.

Nesta linha de ideias, é importante avaliar se os métodos da confecção e aplicação dos projetos urbanísticos e dos instrumentos jurídico-urbanísticos a tais relacionados, por algum motivo, deixaram de proporcionar a maior eficácia possível no resultado final de seus ciclos de elaboração e implantação. Serão considerados ineficientes os processos de utilização de tais instrumentos que, por razões quaisquer, acabaram por frustrar a expectativa

³⁵ DALLARI, Adilson Abreu. Alterações dos contratos administrativos – economicidade, razoabilidade e eficiência. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, n. 40, 2002. p. 11.

da sociedade de obter a maior transformação ou qualificação territorial possível, nos moldes planejados, com o menor dispêndio de recursos - tanto financeiros quanto sociais.

É preciso apontar, neste ponto, haver relação entre a eficácia do desempenho do Poder Público na tarefa de elaborar e implantar seus projetos urbanísticos e a sua atuação pautada na consensualidade. Considerando-se que o princípio da eficiência, como bem lembra MOREIRA NETO, nada mais é que “a melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, posta em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade”³⁶, observa-se que a consensualidade na Administração Pública se revela um método de procedimento administrativo tendente a maximizar a eficiência no exercício de suas funções. Tal constatação equivale a dizer que não adotar a consensualidade gerará, em maior ou menor grau, a depender do tema tratado em concreto, prejuízos à Administração e aos administrados. Em outras palavras, é defeso ao corpo administrativo não atuar consensualmente nas hipóteses em que este modo de agir se mostrar evidentemente mais útil aos fins colimados ao Poder Público³⁷.

A adoção de tal premissa tem impactos relevantes no campo de atuação do direito urbanístico. De fato, tal ramo do Direito se apresenta, a partir da entrada em vigor do atual texto constitucional, não só como um dos mais modernos ramos do direito público, mas também como um dos que apresentam maior evolução em seus conceitos e aplicações. Estruturado a partir do art. 182 da Constituição Federal, tem por desiderato implantar a já citada política de desenvolvimento urbano, com a finalidade de efetivar a função social da propriedade e garantir o bem-estar dos habitantes das cidades. Este ramo do direito expõe a necessidade de observância de novos paradigmas de atuação pelo Poder Público: a necessidade de prover-se habitação, transporte, lazer e trabalho aos habitantes das cidades exige compreensão do ambiente urbano e ponderação de todos os interesses afetados pelo processo de urbanização ou reurbanização. Da mesma forma, a gestão democrática das

³⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. rev. refund. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 117.

³⁷ MONTEIRO pondera que é possível antever dois grandes problemas decorrentes da articulação de mecanismos de consenso (notadamente os que envolvam relações contratuais entre a Administração Pública e particulares): o questionamento sobre a necessidade da lei autorizar a inserção de mecanismos de consenso para cada tipo contratual e a indagação sobre a real eficácia destes mecanismos, no tocante à sua capacidade de absorver as crises que sobrevirão durante a execução contratual. (MONTEIRO, Vera. **Concessão**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 59). Sobre consensualidade administrativa, cf. DI PIETRO, Maria Sylvania. **Parcerias na Administração Pública**: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e Outras Formas. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015 e MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. Mecanismos de consenso no direito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ciudades demanda a participação de todos os interessados na elaboração e implantação dos planos e projetos urbanos.

O regramento afeto ao regime jurídico-urbanístico deve, desta forma, determinar que Administração Pública, cada vez mais, motive suas decisões considerando explicitamente as legítimas pretensões dos mais diversos polos de interesses, que disputam os benefícios advindos da vida nas cidades. Neste ambiente, a busca da consensualidade no processo de decisão administrativa referente às questões de direito urbanístico passa a ser não mais uma opção da Administração Pública, mas sim um indispensável elemento para legitimação das decisões a todos vinculantes, tanto sob o aspecto formal (do direito ao processo administrativo consensual) quanto material (a justiça da decisão adotada pela Administração Pública após a ponderação dos diversos interesses envolvidos).

1.1.3 Planejamento urbanístico, planos e projetos urbanísticos, normatividade e processualidade

Os planos urbanísticos, em sentido amplo, são o resultado do processo de planejamento urbanístico, caracterizando-se como o registro do conjunto consolidado de medidas que visam a objetivos determinados e fins pretendidos em termos de desenvolvimento urbano. A atividade promovida pelo Poder Público, em parceria com a sociedade, de diagnose da situação do sítio urbano a ser planejado e de prognose sobre a evolução futura dos processos urbanísticos resulta em um instrumento chamado “Plano Urbano”, ou “Plano Urbanístico”, que terá suas disposições transformadas em comandos jurídicos por intermédio de leis e regulamentos pertinentes ao direito urbanístico.

Aponte-se, desde já, que para fins deste trabalho a diferença fundamental entre planos urbanísticos (ou planos urbanos) e projetos urbanísticos é que os primeiros consubstanciam-se em instrumentos formalmente elaborados de proposições sócio-urbanísticas em parcelas do território urbanizado³⁸, enquanto os projetos urbanísticos podem ser entendidos como o

³⁸ São consideradas proposições sócio-urbanísticas, por exemplo: a indicação de diretrizes de atuação urbanística com fins de renovação urbana e a fixação de objetivos gerais e específicos, metas e estratégias; a proposição de parâmetros de uso e ocupação de solo propriedade pública e privada; a indicação da densidade de ocupação; a proposta de disposição espacial e encadeamento das redes viária, hídrica e de espaços públicos estruturais e, por fim, a definição de estoque de potencial construtivo sobre a área objeto de planejamento.

conjunto de propostas destinadas à correção de urbanização outrora implementada e à melhoria das condições ambientais, formalmente representados em instrumento próprio³⁹⁻⁴⁰.

Segundo CORREIA, os planos urbanísticos têm as seguintes funções⁴¹:

- a) a inventariação da realidade urbanística, assim entendida como a necessidade de que os planos contenham um levantamento da situação existente, bem como das respectivas causas no que diz respeito aos vários aspectos da utilização do território em que incide. A implementação desta tarefa tem por escopo precípua conferir realismo ao plano, isto é, sua finalidade é fazer com que o planejamento e o plano subsequente reflitam a realidade do sítio planejado, de modo a possibilitar a sua eficácia instrumental;
- b) a conformação do território, isto é, a definição dos princípios e regras que dizem respeito à organização do território e à racionalização da ocupação e utilização do espaço;
- c) a conformação do direito de propriedade do solo, isto é, o estabelecimento de prescrições relativas à própria essência do direito de propriedade, por intermédio da classificação do uso e do destino do solo, da divisão do território em zonas de uso e da definição dos parâmetros a que deve obedecer a ocupação, uso e transformação de cada uma delas⁴²; e
- d) a gestão do território, assim entendida como a definição das bases da sua transformação, com a instituição de princípios de coordenação e compatibilização das iniciativas públicas e privadas com repercussão no espaço municipal, bem como a fixação de um faseamento correspondente à sua realização no tempo.

As funções do plano urbanístico apontadas pelo autor português indicam o amplo espectro de atribuições do planejamento urbano em termos técnicos, bem como demonstram a gama de responsabilidades do plano urbano no que toca à proposição de orientações e soluções urbanísticas para a cidade. É preciso destacar, contudo, que as funções assinaladas pelo autor português se limitam a arrolar um conteúdo mínimo material do planejamento e dos planos urbanos, não se referindo ao sistema de gestão do plano em si, ou da sua forma de elaboração. Tais elementos, no Brasil, também estão expressamente arrolados entre as funções afetas à atividade urbanística e aos planos urbanísticos (por exemplo, no art. 2º, incs.

³⁹ Incluem-se, neste rol, as peças gráficas que traduza as diretrizes de atuação urbanística estabelecidas em formas, funções, dimensões e volumetrias, por meio da elaboração de projetos de intervenções urbanísticas ou propostas de transformação do uso do solo e dos padrões construtivos.

⁴⁰ Para CARVALHO PINTO, “em urbanismo aplica-se a expressão ‘plano’ com diversos qualificativos, para designar a ordenação físico-territorial de determinada área, ou a destinação urbanística do terreno. Assim, se diz, corretamente, ‘Plano Regional’, ‘Plano Diretor’, ‘Plano Viário’, ‘Plano de Zoneamento’, ‘Plano de Loteamento’ etc. Os projetos contêm todos os elementos necessários para a execução da obra projetada (urbanização, edificação, sistema viário etc.). Já os planos estabelecem as regras a serem observadas na elaboração dos projetos, a fim de que eles formem um todo harmônico e coerente”. (CARVALHO PINTO, Victor. **Direito Urbanístico: plano diretor e direito de propriedade**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 209).

⁴¹ CORREIA, Fernando Alves. **O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 181 e ss.

⁴² Em nosso país, como sabido, é tarefa da lei em sentido estabelecer as prescrições indicadas neste item, cabendo ao plano urbanístico indicar as razões e diretrizes para a atuação do legislador positivo.

II e XIII, e 43 e ss. da Lei n. 10.257/01), incluindo-se no próprio conceito de política de desenvolvimento urbano construído a partir do texto da Constituição Federal

É preciso asseverar, ainda, que obedecidas as disposições constitucionais e legais que orientam a sua elaboração e execução, o plano urbanístico deverá também atentar para a necessidade da organicidade e coerência material de suas disposições. O tema é tratado de maneira bastante específica por CORREIA, para quem⁴³

O plano, enquanto instrumento simultâneo de criação e aplicação do direito, não pode ser ilógico e as medidas que prescrevem um tratamento diferenciado dos proprietários do solo têm de basear-se em fundamentos objectivos evidentes. Trata-se do princípio da igualdade imanente ao plano e que está envolvido na sua própria lógica de índole racional-teleológica. A violação deste princípio da igualdade 'imanente' ao plano urbanístico tem como consequência a invalidade das correspondentes disposições do plano, por ofensa directa ao preceito constitucional que consagra o direito fundamental da igualdade. O seu âmbito de aplicação prática será, contudo, reduzido, pois será preciso demonstrar que as prescrições do plano urbanístico são totalmente ilógicas, tendo em conta os fins do plano, irrazoáveis, objectivamente infundadas e arbitrárias.

O plano urbanístico veicula disposições gerais e fundamentais da regulação urbanística, conforma em linhas gerais a propriedade urbanística e os instrumentos jurídico-urbanísticos aplicáveis no município, estabelece padrões e metas de desenvolvimento urbano etc.

Os projetos urbanísticos, por sua vez, atuam mais directamente ao território, utilizando o ferramental disponibilizado pelo plano urbanístico ou dele decorrente, interferindo de forma mais aguda no processo de transformação e qualificação urbana. São elaborados a partir das informações fornecidas pelos planos urbanísticos, detalhando suas disposições de modo a dar-lhes eficácia da forma mais completa e adequada possível. Como exemplos, o plano diretor é um plano urbanístico, e a lei da operação urbana consorciada veicula um projeto urbanístico.

No momento da realização do planeamento urbanístico o Poder Público detém um quadro de situações físicas, sociais e ambientais do município condicionantes das definições de destinações urbanísticas do território, que serão consolidadas no futuro plano urbanístico. Também influenciarão nesta final conformação do plano o regramento jurídico já incidente e as informações colhidas nos necessários processos de participação popular. Tais elementos balizarão, em termos de valor e de fato, o planeamento urbanístico a ser realizado, devendo as decisões técnicas e de cunho estruturante do plano urbanístico refletir a sua conjunção.

⁴³ CORREIA, Fernando Alves. Op. cit., p. 457.

De fato, o respeito a tais elementos estruturantes proporcionará que o futuro plano urbanístico possua as condições mínimas de cumprir as funções que lhe são cometidas.

Haja vista o caráter eminentemente cogente da legislação urbanística, é preciso ainda apontar que o plano ou projeto urbanístico veicula posicionamentos e decisões em matéria de desenvolvimento urbano que terão intensa repercussão econômica e social no município e, a depender da importância econômica e populacional da cidade, em sua região de entorno⁴⁴. O planejamento urbanístico, desta forma, apresenta-se como um processo técnico

⁴⁴ Interessante discussão, ainda incipiente no Brasil, é a que existe sobre eventuais medidas acauteladoras de transformação do território urbano no período em que está em curso o processo de elaboração de planos ou projetos urbanísticos. Durante este período, em que ainda não há normatização que reflita a construção do planejamento urbanístico em elaboração, pode ocorrer a implantação de empreendimentos que impactem de tal forma o meio ambiente urbano que acabem por influenciar todo o planejamento urbanístico do território (a instalação de um grande shopping-center, ou de uma estação de metrô, por exemplo). Anota ALOCHIO que estas medidas de moratória de implantação de desenvolvimento urbano são muito comuns no exterior, indicando: a) nos Estados Unidos da América, o *Development Moratorium*, que se caracteriza como uma vedação temporária de utilização do solo, suspendendo os direitos dos proprietários de obter licenças para o seu aproveitamento. Para que a suspensão seja indene, não caracterizando violação ao direito de propriedade sem indenização, a medida tem que ser excepcional e o seu prazo tem que ser razoável. O tema foi admitido à Suprema Corte, que decidiu, por maioria, não ter havido a apontada violação; na Itália, *Misure de salvaguardia*, que tem por escopo evitar que, no período entre a elaboração e a aprovação dos planos urbanísticos, tais possam ser comprometidos com a eventual concessão de licenças que vulnere a ordem urbanística prevista em tais planos – a medida tem por objetivo prevenir a alteração drástica do território no período entre dois planos urbanísticos (o vigente e o em elaboração); c) *Suspensión del otorgamiento*, na Espanha, que preveem a análise de aspectos no âmbito objetivo (em quais instrumentos pode incidir a medida), no âmbito subjetivo (o órgão competente para suspender as licenças é o responsável por expedi-las), o âmbito espacial (perfeitamente delimitado e referente à finalidade da medida) e âmbito temporal (tanto no que toca ao momento do início da suspensão quanto à sua duração); d) na Alemanha, *Veränderungssperre* e *Zurückstellung von Baugesuchen*, que exigem que já haja o conhecimento de como deverá ser a proposta de plano futuro, a fim de possibilitar a análise da proporcionalidade da medida adotada; e) em Portugal, o que há é a determinação para que a Administração realize a análise do pedido de empreendimento já tendo por base o provável planejamento futuro. As medidas são de caráter facultativo; por fim, f) na França, há o *sursis à statuer*, que permite que a Administração não se pronuncie, positiva ou negativamente, sobre o pedido realizado, enquanto o plano estiver em elaboração, destacando-se que as diretrizes do plano são cogentes a partir do anúncio do início de sua elaboração. (ALCHIO, Luiz Henrique de Antunes. **Plano Diretor Urbano e Estatuto da Cidade: Medidas cautelares e moratórias urbanísticas**. Belo Horizonte: Forum, 2010. p. 181-206). No Brasil o tema ainda não é tratado com profundidade pela legislação. O Plano Diretor Estratégico de São Paulo (Lei n. 16.050/2014) traz duas disposições que podem ser consideradas referentes ao tema: primeiramente, o art. 134, que autoriza lei específica a estabelecer, nos perímetros definidos para a elaboração de projetos de intervenção urbana, “medidas preventivas destinadas a evitar a alteração das circunstâncias e das condições de fato existentes que possam comprometer ou tornar mais onerosa a intervenção prevista para o local”. As medidas serão as suficientes para a garantia da integridade de tais projetos, respeitando-se os alvarás de execução já expedidos pela Municipalidade. Ao lado desta medida – que pode ser considerada tímida – a lei paulistana prevê, no art. 83, que as condições de instalação de usos e atividades e os índices e parâmetros de ocupação estabelecidos na lei para as áreas de influência dos eixos de estruturação da transformação urbana planejados (índices de ocupação mais intensa), somente passarão a vigorar após a emissão da Ordem de Serviços das obras das infraestruturas do sistema de transporte que define o eixo, após a emissão pelos órgãos competentes de todas as autorizações e licenças, especialmente a licença ambiental, correspondentes à obra em questão, sendo tal disciplina vigente a partir da emissão de decreto, que indicará qual a área de influência do eixo ou trecho de eixo em que a autorização incide.

instrumentado, que manifesta sua utilidade na implementação de suas disposições pelas leis urbanísticas correspondentes. Para SILVA⁴⁵,

[...] na medida em que este processo [de planejamento] tende a consubstanciar-se em planos é que permite afirmar que o planejamento urbanístico não é um simples fenômeno técnico, mas um verdadeiro processo de criação de normas jurídicas, que ocorre em duas fases: uma preparatória, que se manifesta em planos gerais normativos; e outra vinculante, que se realiza mediante planos de atuação concreta, de natureza executiva [...].

A instrumentalidade da função de planejamento é confirmada, em termos jurídicos, pelo Princípio da Reserva de Plano, que assim é conceituado por CARVALHO PINTO⁴⁶,

O princípio da reserva de plano é o que garante institucionalmente que as diversas demandas setoriais sejam coordenadas pelo órgão de planejamento. Ele consiste na exigência de que as medidas que possam vir a afetar a transformação do território constem dos planos urbanísticos, como condição para que possam ser executadas. A coordenação entre as limitações e obras públicas demandadas pelos diversos órgãos setoriais é operacionalizada pela exigência de que constem no plano urbanístico. [...] O princípio da reserva de plano é o que permite a articulação entre o ordenamento jurídico e o planejamento. Este opera não tanto pela imposição de obrigações aos agentes públicos e privados, mas pela proibição de ações não planejadas. O que se exige é que as ações sejam decididas após cuidadosa ponderação das alternativas e avaliação de seus efeitos.

Acrescenta o mesmo autor que tal princípio foi consagrado pela Constituição Federal no art. 182, § 2º (obrigatoriedade do plano diretor), que estatui o regime da propriedade urbana⁴⁷, evidenciando o caráter preponderante deste instrumento urbanístico no arcabouço jurídico-normativo do direito urbanístico que, desta forma, deverá fazer direta referência ao planejamento entabulado - em verdade, dele será o reflexo no mundo jurídico. O instrumental jurídico-urbanístico será utilizável tão somente considerada e prestigiada tal realidade.

O Princípio da Reserva de Plano, em termos de urbanismo, está diretamente vinculado ao caráter de publicidade e consensualidade de atuação administrativa. Este ponto, fundamental a este estudo, impõe reconhecer que o processo administrativo, atendidas tais características, se convola no veículo formal do planejamento urbanístico, condição indispensável para que as informações, fundamentações e decisões deste sejam hábeis a se

⁴⁵ SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 95. O autor refere-se à hipótese de plano diretor que, por si, não contenha planos de atuação concreta, isto é, não veicule projetos urbanísticos. Tal situação pode ocorrer ou não, a depender do planejamento realizado e positivado pela lei do Plano Diretor.

⁴⁶ CARVALHO PINTO, Victor. **Direito Urbanístico: plano diretor e direito de propriedade**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 181-182.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 184 e ss.

transformar em normas jurídicas de ordem pública. Toda e qualquer decisão adotada em termos de elaboração e implantação da política de desenvolvimento urbano, desta forma, passará por este crivo. De fato, como ensina MEDAUAR, os objetivos dos processos administrativos evoluíram de mera metodologia de aferição da validade dos atos administrativos para um veículo de legitimação do exercício do poder, e do próprio poder em si. As finalidades do processo administrativo, assim, seriam, cumulativamente, (i) a garantia jurídica dos administrados, (ii) a obtenção do melhor conteúdo das decisões, (iii) a legitimação do poder (especialmente no tocante ao seu controle de finalidade), (iv) o correto desempenho da função administrativa, (v) a justiça na Administração Pública (com o sopesamento dos interesses colocados à sua avaliação), (vi) a aproximação entre Administração Pública e cidadãos, mediante colaboração individual ou coletiva nos processos administrativos, (vii) a sistematização de atuações administrativas, gerando práticas estabelecidas e sindicáveis e, neste aspecto (viii) facilitar o controle da Administração Pública⁴⁸. Na visão de BOCKMANN MOREIRA, o que hoje há de essencial no processo administrativo é a efetiva participação das pessoas privadas na formação dos atos estatais, se configurando como um “direito-garantia”⁴⁹.

A publicidade e consensualidade do atuar administrativo, assim, somente poderão constatadas na atuação administrativa se perfeitamente sindicáveis em procedimentos formalizados e com regras predeterminadas.

É certo que nem todas as decisões referentes aos processos de desenvolvimento urbano podem ser tomadas de uma só vez. É da própria característica do desenvolvimento urbano, inclusive, que o planejamento urbanístico possa ser adaptado, de modo a privilegiar a realidade que pretende transformar ou preservar. Concordar com esta premissa, todavia, não representa aceder a um conceito que desvalorize o Princípio da Reserva de Plano: ao contrário, fortalece a compreensão de que os eixos fundamentais de decisões em termos de planejamento urbanístico estarão preservados, até ao menos sua próxima revisão geral.

A constatação acerca das peculiaridades a que se submetem a formação e aplicação das normas jurídicas urbanísticas, por sua vez, nada mais faz que indicar a condição de conjunto regras, princípios e institutos próprios de um subsistema jurídico específico - o subsistema jurídico-urbanístico.

⁴⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 186-188.

⁴⁹ BOCKMANN MOREIRA, Egon. **Processo Administrativo. Princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 4. ed. atual. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 74.

1.1.4 O subsistema jurídico-urbanístico

A estruturação do direito urbanístico em nosso país, como já exposto, ocorre a partir das disposições fundamentais da Constituição Federal acerca do tema, especialmente as constantes no art. 30, incs. I e VIII, e no art. 182. As condições em que o dever do município de implantar a política de desenvolvimento urbano nos termos das premissas expostas no texto constitucional, por sua vez, são expostas no Estatuto da Cidade (Lei Federal n. 10.257/2001). A partir destes dois marcos normativos, a tarefa de efetivar a função social da propriedade e garantir o bem-estar dos habitantes das cidades, sob princípios jurídicos, diretrizes de política urbana e institutos próprios, é realizada pelos planos diretores municipais e pela legislação deste decorrente.

Cuida-se, desta forma, da formação do que pode ser definido como ordem urbanística, que pode ser definida como “o conjunto de normas de ordem pública e de interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança, do equilíbrio ambiental e do bem-estar dos cidadãos”⁵⁰, expressamente incorporada ao rol de bens jurídicos a serem defendidos pela ação civil pública (art. 1º, inc. VI, da Lei 7.347/1985). Isso, por sua vez, autoriza a conclusão de que existe (ou é necessário) um subsistema jurídico de direito urbanístico, capaz de tutelar de forma eficiente este bem jurídico?

Para responder a esta indagação, são necessários alguns esclarecimentos preliminares. Inicialmente, é preciso relembrar que a expressão “ordenamento jurídico”, na esteira da escola kelseniana, deve ser dado o sentido de “complexo de normas jurídicas efetivas” ou, simplesmente, “direito positivo”⁵¹. Em que pese a crítica apontada por BOBBIO a esta noção de ordenamento jurídico (que surgiu a partir da exigência prática de dar unidade ao conjunto de normas jurídicas fragmentárias, que constituía um risco constante de incerteza e arbítrio⁵²), a ideia aproveitada a este estudo em razão de permitir reconhecer a

⁵⁰ LEME MACHADO, Paulo Affonso. **Direito Ambiental Brasileiro**. 17. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 392.

⁵¹ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 4. ed. Martins Fontes: São Paulo, 2005. p. 161 e ss.

⁵² BOBBIO esclarece que a teoria do ordenamento jurídico idealizada por KELSEN, especialmente importante para o positivismo jurídico, está baseada em três caracteres fundamentais àquele atribuídos: a unidade, a coerência e a completude. A análise citada no texto e nesta nota de rodapé pode ser encontrada em BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006. p. 199 e ss. Não é desconhecida a discussão existente entre as teorias de ordenamento e sistema jurídico, especialmente entre as propostas por Kelsen, Hart e Canaris. Foge ao escopo deste trabalho, contudo, aprofundá-las, tomando-se como

existência dos denominados “sistemas jurídicos”. Com efeito, tendo em vista que a referida noção de “ordenamento jurídico” expressa uma noção de direito em sentido objetivo, como conjunto de normas jurídicas, e dada a complexidade das relações sociais (que acabam por demandar uma multiplicidade de normas de direito), surge a necessidade de identificar algum critério que reúna ou agrupe as diversas facetas da realidade normativa que, em conjunto, formam o ordenamento jurídico. O termo “sistema”, assim, para fins do desenvolvimento deste texto, indica um conjunto de normas jurídicas ligadas por caracteres jurídico-formais e doutrinários ou, nos termos mais precisos apontados por BOBBIO, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem, de modo que “não estejam somente em relacionamento com o todo, mas que exista coerência entre si. Pensar o direito como sistema é fornecer critérios de pertinência das normas que compõem a ordem jurídica, já que o que define um conjunto como sistema são as relações entre seus membros, ou seja, a estrutura do conjunto, pelo estabelecimento de sua pertinência ao sistema”⁵³. Interessa ao presente trabalho, para fins de auxiliar no fundamento das reflexões em si expostas, analisar o subsistema jurídico-urbanístico, tanto acerca de sua efetiva existência quanto das consequências deste fato.

Prosseguindo, na esteira do exposto por CANARIS, quando se “ordena sistematicamente” um fenômeno jurídico, realiza-se, em regra, uma afirmação sobre seu conteúdo teleológico⁵⁴. A sistematização de um fenômeno jurídico integra a discussão sobre a sua “essência”, auxiliando a identificação do real significado de um dispositivo jurídico. Tal condição interessa ao direito urbanístico, que labora com institutos que detém construções doutrinárias e dogmáticas já consolidadas em outros ramos do direito - como, por exemplo, a propriedade, que é analisada sob a ótica própria do subsistema do direito

ponto de partida a noção kelseniana em razão da sua utilidade ao desenvolvimento do tema, considerada, a despeito das críticas, ainda ser importante referência para os modernos estudos acerca do assunto.

⁵³ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994. p. 184. ÁVILA relembra que, considerados os postulados normativos como as condições de possibilidade do conhecimento do fenômeno jurídico (uma vez que apenas explicam como pode ser obtido o conhecimento do Direito), o “postulado da coerência” informa que o conhecimento da norma pressupõe o do sistema, e o entendimento do sistema só é possível com a compreensão de suas normas. (ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. **Revista Trimestral de Direito Público (RTDP)**, São Paulo: Malheiros, n. 24, p. 159-180, 1999. p. 161-162).

⁵⁴ No mesmo sentido, GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 24. Esclarece o autor que não se trata de ordem de normas, conceitos, institutos, valores ou axiomas, mas de ordem de princípios gerais, que são a conexão aglutinadora de cada sistema jurídico.

urbanístico para que possa significar o conteúdo pertinente a este subsistema. Assevera, nesta linha de ideias, o referido autor:⁵⁵

No entanto, este processo de “determinação da essência” não é, por assim dizer, um processo de sentido único, pelo qual o objecto seja, primeiro, totalmente desconhecido e, depois, de repente, através da ordenação sistemática, se tornasse compreensível. Existe, antes, um efeito mútuo entre o conhecimento do objecto em causa e a sua qualificação sistemática. [...] Além disso - o que ainda é mais importante - só a ordenação sistemática permite entender a norma questionada não apenas como um *fenômeno isolado, mas como parte de um todo*. [...] Inversamente, o sistema sofre, através da ordenação de uma nova previsão normativa, em certas circunstâncias, um enriquecimento ou uma modificação interiores, pois o especial não é, aqui, uma mera sub-espécie, antes exurgindo como um elemento constitutivo do geral. Existe, portanto, um *processo dialéctico de esclarecimento duplo*. (grifos do autor)

Na mesma linha de raciocínio, e já identificando o subsistema jurídico-urbanístico, RABELLO destaca a importância, do ponto de vista metodológico, de se afirmar que um conjunto de normas forma um ramo, ou um novo subsistema jurídico. Um novo subsistema deverá ter premissas metodológicas próprias que organizam a interpretação e a operacionalidade prática das normas. Esclarece a autora⁵⁶:

Estamos nos referindo aqui em consistência de sistema e subsistemas. Isto é, considerando que o conjunto de normas, conceitos e categorias jurídicas formam um determinado sistema jurídico, e que este sistema é formado por subsistemas que podem ter campos específicos de atuação, mas por pertencerem ao grande sistema, há regras básicas comuns que viabilizam o seu funcionamento enquanto sistema, sem as quais este perde a consistência, e não mais funciona como tal. Assim, se o direito brasileiro é um todo, isto é, um sistema que se pretende uno, é necessário estabelecer as relações de consistência (tangência e subordinação) entre os vários subsistemas, que podem estar classificados como tal em função de pressupostos diferenciados, como entendemos ser o caso do direito administrativo e do direito urbanístico.

BOBBIO também identifica esta função do ordenamento jurídico, que vai além do mero estabelecimento de regras de conduta. Para o autor⁵⁷

A função de um ordenamento jurídico não é somente controlar o comportamento dos indivíduos, o que pode ser obtido por meio da técnica e das sanções negativas, mas também direcionar os comportamentos para certos objetivos preestabelecidos. Isso pode ser obtido, preferivelmente, por meio da técnica das sanções positivas e dos incentivos.

⁵⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 155-157.

⁵⁶ RABELLO, Sonia. Direito Urbanístico e Direito Administrativo: Imbricação e Inter-Relações. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro: UERJ, v. 1, n. 1, abr. 2014. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/10492/8264>>. Acesso em: 31 mai. 2016.

⁵⁷ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do Direito**. Barueri: Manole, 2007. p. 79.

No mesmo sentido, entende SILVA que o direito urbanístico objetivo tem por objeto regular a atividade urbanística, sendo normas de direito urbanístico⁵⁸

[...] todas aquelas que tenham por objeto disciplinar o planejamento urbano, o uso e a ocupação do solo urbano, as áreas de interesse especial (como a execução das urbanizações, o disciplinamento dos bens urbanísticos naturais e culturais), a ordenação urbanística da atividade edilícia e a utilização dos instrumentos de intervenção urbana.

Do ponto de vista científico, assinala o autor ser o direito urbanístico o “ramo do direito público que tem por objeto expor, interpretar e sistematizar as normas e princípios reguladores da atividade urbanística”⁵⁹, com princípios informadores⁶⁰, institutos⁶¹ e procedimentos próprios. SILVA destaca, ainda, uma característica que se destaca nas normas de direito urbanístico: a da coesão dinâmica.

Segundo o autor, a eficácia das normas de direito urbanístico decorre somente (ou especialmente) de grupos complexos de normas de aspecto transformador da realidade. Citando MAZZONI, esclarece ser a norma urbanística, por natureza, transformadora da realidade, sendo certo que a normatividade urbanística impõe uma visão dinâmica, dirigida ao complexo de normas e dos instrumentos urbanísticos e não à norma singular e à consequência que a mesma produz⁶². Em que pese, em princípio, esta característica de cotejo do conjunto das normas e instrumentos jurídicos ser predicado de qualquer sistema ou subsistema jurídico, o que SILVA parece querer destacar é a importância do processo

⁵⁸ SILVA, Jose Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 38.

⁵⁹ LIBÓRIO prefere usar a expressão “atividades urbanísticas”, tendo em vista que estas se destinam a realizar todas as ações destinadas a realizar o urbanismo e a urbanização (entendida como a correção da urbanização). Para a autora, estas atividades podem ser divididas em etapas: plano urbanístico, elaboração de normas jurídicas específicas, execução da atividade urbanística e, dentro da execução, a utilização dos instrumentos urbanísticos. (LIBÓRIO, Daniela Campos. **Elementos de Direito Urbanístico**. São Paulo: Manole, 2004. p. 62).

⁶⁰ SILVA cita como princípios informadores do direito urbanístico a) princípio de que o urbanismo é função pública, o que permite conferir ao direito urbanístico sua característica de instrumento normativo pelo qual o Poder Público atua no meio social e no domínio privado com o desiderato de ordenar a realidade no interesse coletivo, sempre observada a legalidade; b) princípio da conformação da propriedade urbana pelas normas da ordenação urbanística; c) princípio da coesão dinâmica das normas urbanísticas, cuja eficácia se observa em conjuntos normativos ao invés de normas isoladas; d) princípio da afetação das mais-valias ao custo da urbanização (entendida como o processo deliberado de correção da urbanização, consistente na renovação urbana), de acordo com o qual os proprietários dos terrenos devem satisfazer os gastos da urbanização, dentro dos limites dos benefícios decorrentes do processo de renovação urbana individualmente auferidos, como compensação pela melhoria das condições de edificabilidade geradas para seus lotes; e e) princípio da justa distribuição dos benefícios e ônus derivados da atuação urbanística (SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 44-45).

⁶¹ São institutos próprios do direito urbanístico, entre outros, o arruamento, o loteamento, a outorga onerosa do direito de construir, o direito de superfície, o direito de preempção e os índices urbanísticos, o planejamento urbanístico, a regulação do uso do solo, a ordenação do sistema viário, os zoneamentos, a estipulação de áreas *non aedificandi*, o parcelamento, edificação e utilização compulsórios e potencial construtivo adicional.

⁶² *Ibidem*, p. 61.

contínuo de avaliação do significado do conjunto normativo urbanístico tendo em vista a realidade que pretende transformar ou qualificar. Uma vez que o direito urbanístico labora com conceitos e noções da técnica do urbanismo, a coesão dinâmica (nos termos expostos por SILVA) parece apontar para a necessidade de ponderar-se o significado das normas jurídicas não somente em função do conjunto de disposições de aspecto formal que caracterizam o arcabouço jurídico-urbanístico, mas sim do significado destas disposições tendo em vista o contínuo processo de desenvolvimento urbano - por exemplo, uma vez que a licitude de determinada medida ou conduta depende da sua adequação ao planejamento urbanístico, a transformação do território poderá alterar a valoração jurídica a ser dada a esta conduta quanto à sua licitude.

Ainda nesta linha de raciocínio, cumpre trazer à baila os ensinamentos de ENGISCH, para o qual somente a leitura do ordenamento jurídico como um todo estabelecerá algo que denomina como a “Hipótese Legal” aplicável ao caso concreto em exame pelo aplicador do Direito. Em suas palavras⁶³,

Uma primeira e mais complicada tarefa de que o jurista tem de se desempenhar para obter a partir da lei a premissa maior jurídica consiste em reconduzir a um todo unitário os elementos ou partes de um pensamento jurídico-normativo completo que, por razões ‘técnicas’, se encontram dispersas - para não dizer violentamente separadas. Mais exatamente, é tarefa do jurista reunir e conjugar pelo menos aquelas partes constitutivas do pensamento jurídico-normativo que são necessárias para a apreciação e decisão do caso concreto.

A “hipótese legal” é a reunião de elementos normativos aplicáveis a determinada relação de vida, gerando, assim, consequências jurídicas positivas ou negativas (direitos, deveres, responsabilidades e sanções). Como num quebra-cabeça, ENGISCH propõe que o jurista organize os fragmentos de norma esparsos pelo ordenamento, realizando um trabalho de coleta de elementos para a formação de um produto final.

A proposta teórica de ENGISCH parece ser compatível com o conceito de coesão dinâmica trazido por SILVA especialmente no tocante ao aspecto de cogitar a avaliação integral do conjunto normativo para a construção da norma jurídica aplicável em concreto considerando, entre outros elementos, a transformação da sociedade advinda da aplicação das normas jurídicas coligidas. Com efeito, é indispensável tarefa do jurista que se debruça sobre análise de um caso em que haja a aplicação de direito urbanístico conhecer o subsistema jurídico-urbanístico para enunciar a norma jurídica (a “Hipótese Legal”)

⁶³ ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 116.

aplicável ao caso concreto. Em que pese esta tarefa de “conhecer o direito” seja ordinária na dogmática jurídica, para o direito urbanístico, que labora em atividade de diagnose e prognose dos processos de desenvolvimento urbano, a teoria de ENGISCH mostra-se especialmente interessante porque reconhece que a leitura do ordenamento se torna cambiante em razão de modificações não só advindas da Lei, mas também dos valores e fatos sociais que induzem à confecção e leitura da norma. Neste sentido, afirma o autor⁶⁴:

As novas disposições legais reflectem sobre as antigas o seu conteúdo e modificam-nas. Mas não é só uma mudança no todo do Direito que arrasta atrás de si, como por simpatia, o Direito preexistente: também o fluir da vida o leva atrás de si. Novos fenômenos técnicos, econômicos, sociais, políticos, culturais e morais tem de ser juridicamente apreciados com base nas normas jurídicas preexistentes”...”<<A lei, logo que surge na existência, insere-se num campo de forças social do qual, de agora em diante, ... ela vai retirar a nova configuração do seu conteúdo >> (MEZGER) ”...” Logo: *interpretatio ex nunc* e não *interpretatio ex tunc*. A partir da situação presente é que nós, a quem a lei se dirige e que temos de afeiçoar de acordo com ela a nossa existência, havemos de retirar da mesma lei aquilo que para nós é racional, apropriado e adaptado às circunstâncias.

Partindo-se da premissa de que a norma de direito urbanístico é revelada pela avaliação do conjunto de comandos normativos de cunho urbanístico aplicáveis à realidade que pretende transformar, e sendo certo que tais comandos dependem de informações advindas da dinâmica socioeconômica para sua perfeita caracterização, conclui-se que o conteúdo das normas de direito urbanístico depende do influxo de informações do meio social que pretende regular, em uma dinâmica constante. Exsurge, destarte, a relação direta entre aplicação da teoria de ENGISCH, aplicável a todo ordenamento jurídico, e a característica (entendida por SILVA como princípio) da coesão dinâmica das normas de direito urbanístico. O resultado destas reflexões, por sua vez, evidencia outro elemento relevante a ponderar na hermenêutica jurídica do direito urbanístico: a constante atualização dos seus comandos normativos por mutação advinda da alteração ontológica e axiológica do seu objeto de regulação.

A somatória de todos estes elementos (princípios e institutos próprios, coesão dinâmica, finalidade específica de sua atuação etc.) faz caracterizar um subsistema jurídico-urbanístico, estruturado a partir do art. 182 da Constituição Federal⁶⁵, passando pelas

⁶⁴ ENGISCH, Karl. Op. cit., p. 175.

⁶⁵ A Constituição Federal, na visão de BARROSO, tem normas de organização (cujo objeto é estruturar e disciplinar o exercício do poder político), normas definidoras de direitos (que geram direitos subjetivos, investindo o cidadão no poder de exigir do Estado – ou de outro eventual destinatário da norma – prestações positivas ou negativas, que proporcionem o desfrute dos bens jurídicos nelas consagrados (direitos individuais, políticos, sociais e difusos) e, finalmente normas programáticas, que traçam fins sociais a serem alcançados pela atuação futura dos poderes públicos. (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional**

determinações da Lei Federal n. 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) e pelos planos diretores e legislações urbanísticas destes decorrentes, em nível municipal. Esta assertiva, neste ponto deste estudo, merece maiores considerações.

1.1.5 Os princípios fundamentais da Constituição Federal e o direito urbanístico

Para se obter a exata noção de como se consubstancia o subsistema jurídico-urbanístico no ordenamento brasileiro, é preciso avaliar a relação entre os princípios fundamentais expostos na Constituição Federal e tal conjunto de normas. Com efeito, “os valores consagrados na Constituição, inclusive os princípios fundamentais e as normas dedutíveis do Preâmbulo, informam o conceito de justiça que orientará a atuação jurisdicional. Na justiça e na racionalidade residem os fatores legitimadores da atuação jurisdicional do Estado Democrático de Direito”⁶⁶⁻⁶⁷.

A Constituição Federal brasileira enunciou, formal e solenemente, os valores dominantes no contexto político e cultural havido quando de sua promulgação e, ao adotar tal providência, acabou por evidenciar sua condição de diploma fundamental da ordem jurídica de nosso Estado Democrático de Direito, pois demonstrou sua preocupação em ordenar tais atributos tanto como metas do desenvolvimento nacional quanto como orientação de como devem ser interpretados seus comandos normativos. Mais que meramente veicular a disciplina das relações políticas no país, e buscar fornecer estabilidade

Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 235-237). O art. 182, nesta linha de raciocínio, se apresenta como uma espécie híbrida de norma constitucional, parecendo englobar as três características citadas pelo autor: estabelece o dever de elaborar uma política de desenvolvimento urbano pelo Estado, estatui o direito às funções sociais da cidade pelos seus habitantes e a necessidade de observar-se a função social da propriedade na legislação urbanística.

⁶⁶ CLÉVE, Clèmerson Merlin. **Temas de direito constitucional**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 182.

⁶⁷ Hoje não parece mais haver discussão relevante sobre o caráter jurídico das normas constitucionais (ao revés de um caráter meramente político e estruturador do Estado). Destarte, “desse reconhecimento de caráter jurídico às normas constitucionais resultam consequências especialmente relevantes, dentre as quais se podem destacar: a) a Constituição tem aplicabilidade direta e imediata às situações que contempla, inclusive e notadamente as referentes à proteção e promoção dos direitos fundamentais. Isso significa que as normas constitucionais passam a ter um papel decisivo na postulação de direitos e na fundamentação das decisões judiciais; b) a Constituição funciona como parâmetro de validade de todas as demais normas jurídicas do sistema, que não deverão ser aplicadas quando com ela incompatíveis. A maior parte das democracias ocidentais possui supremas cortes ou tribunas constitucionais que exercem o poder de declarar leis e atos normativos inconstitucionais; c) os valores e fins previstos na Constituição devem orientar o intérprete e o aplicador do Direito no momento de determinar o sentido e o alcance de todas as normas jurídicas infraconstitucionais, pautando a argumentação jurídica a ser desenvolvida”. (BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 232)

a tais relações, a Carta Magna brasileira expõe a sua concepção de porvir ideal para sua sociedade⁶⁸.

São, destarte, os “Princípios Fundamentais” da República Federativa do Brasil os seus fundamentos (art. 1º), a separação de poderes (art. 2º), seus objetivos fundamentais (art. 3º) e os princípios que regem suas relações internacionais (art. 4º)⁶⁹. SILVA sintetiza estes elementos, dividindo-os entre⁷⁰:

a) princípios relativos à existência, forma, estrutura e tipo de Estado: República Federativa do Brasil, soberania, Estado Democrático de Direito (art. 1º);

b) princípios relativos à forma de governo e à organização dos poderes: República e separação dos poderes (arts. 1º e 2º);

c) princípios relativos à organização da sociedade: princípio da livre organização social, princípio de convivência justa e princípio da solidariedade (art. 3º, inc. I);

d) princípios relativos ao regime político: princípio da cidadania, princípio da dignidade da pessoa, princípio do pluralismo, princípio da soberania popular, princípio da representação política e princípio da participação popular direta (art. 1º, parágrafo único);

e) princípios relativos à prestação positiva do Estado: princípio da independência e do desenvolvimento nacional (art. 3º, inc. II), princípio da justiça social (art. 3º, inc. I) e princípio da não discriminação (art. 3º, inc. IV);

Segundo o autor⁷¹,

[...] os princípios constitucionais fundamentais, pelo visto, são de natureza variada. Não será fácil, pois, fixar-lhes um conceito preciso em um enunciado sintético.

⁶⁸ “Devem ser postos em relevo os valores que norteiam a Constituição e que devem servir de orientação para a correta interpretação e aplicação das normas constitucionais e apreciação da subsunção, ou não, da Lei 8.899/1994 a elas. Vale, assim, uma palavra, ainda que brevíssima, ao Preâmbulo da Constituição, no qual se contém a explicitação dos valores que dominam a obra constitucional de 1988 (...). Não apenas o Estado haverá de ser convocado para formular as políticas públicas que podem conduzir ao bem-estar, à igualdade e à justiça, mas a sociedade haverá de se organizar segundo aqueles valores, a fim de que se firme como uma comunidade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...). E, referindo-se, expressamente, ao Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988, escolia José Afonso da Silva que ‘O Estado Democrático de Direito destina-se a assegurar o exercício de determinados valores supremos. ‘Assegurar’ tem, no contexto, função de garantia dogmático-constitucional; não, porém, de garantia dos valores abstratamente considerados, mas do seu ‘exercício’. Este signo desempenha, aí, função pragmática, porque, com o objetivo de ‘assegurar’, tem o efeito imediato de prescrever ao Estado uma ação em favor da efetiva realização dos ditos valores em direção (função diretiva) de destinatários das normas constitucionais que dão a esses valores conteúdo específico’ (...). Na esteira destes valores supremos explicitados no Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 é que se afirma, nas normas constitucionais vigentes, o princípio jurídico da solidariedade.” (ADI 2.649, voto da Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 8.5.2008, Plenário, DJE de 17.10.2008).

⁶⁹ Não interessa ao presente estudo analisar os princípios pelos quais o Brasil se rege em suas relações internacionais, previstos em seu art. 4º.

⁷⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 94.

⁷¹ Idem.

Recorreremos, no entanto, mais uma vez, à expressiva lição de Gomes Canotilho e Vital Moreira, segundo a qual os «princípios fundamentais visam essencialmente definir e caracterizar a colectividade política e o Estado e enumerar as principais opções político-constitucionais», Relevam a sua importância capital no contexto da Constituição e observam que os artigos que os consagram «constituem por assim dizer a síntese ou matriz de todas as restantes normas constitucionais, que àquelas podem ser directa ou indirectamente reconduzidas»⁷²

No que interessa à estruturação do subsistema jurídico-urbanístico, cumpre destacar alguns dos elementos expostos. O primeiro deles diz respeito à forma federativa de Estado. A República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º da Carta Magna, é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal. Em que pese a discussão sobre a condição ocupada pelo município na federação brasileira (se ente federado ou mero integrante da entidade, sem *status* de ente federado por não ter representação na vontade geral da nação), o fato é que a Constituição Federal de 1.988 conferiu aos municípios competências exclusivas, não compartilháveis com as outras pessoas políticas. No que tange ao direito urbanístico, a despeito da competência da União para a edição de normas gerais sobre o tema (art. 24, inc. I), o município exerce protagonismo incontestado, haja vista sua atribuição para edição do plano diretor (art. 182), índice para a aferição do cumprimento da função social da propriedade imobiliária urbana⁷².

Outro elemento a ser destacado é a previsão estabelecida, no art. 2º, “caput”, da independência e harmonia entre os poderes, da qual decorre o sistema de freios e contrapesos no exercício do poder estatal entre suas diversas funções. No que é pertinente ao presente estudo, a independência e harmonia entre poderes é especialmente relevante na busca, pelos municípios, da conformação de estruturas jurídicas de seus instrumentos de qualificação e transformação urbana - não raro a discussão sobre o tema da reserva de lei é levada ao centro do debate dos processos de estabelecimento da normatização urbanística, especialmente no tocante aos limites de delegação de funções públicas a particulares. Da mesma forma, judicialização do processo de elaboração e implantação de projetos urbanísticos traz a lume o conflito entre a competência dos municípios de estabelecer e implantar o planejamento urbanístico e a atuação do Judiciário no papel de garantidor da observância da ordem urbanística.

⁷² Sobre o tema, cf. APPARECIDO JÚNIOR, José Antônio. Plano Diretor como parâmetro de aferição de validade material das leis urbanísticas municipais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RTSP, v. 2, n. 5-6, p. 71-96, mar/abr/mai/jun 2014.

O “Estado Democrático de Direito”, por sua vez, configura-se como uma evolução dos conceitos de “Estado de Direito” e “Estado Democrático”⁷³. A democracia do Estado Democrático de Direito tem características que influenciam de forma intensa ao direito urbanístico, que tem por princípio a Gestão Democrática das Cidades. Tais características são sintetizadas por SILVA⁷⁴:

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, diretamente ou por seus representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo, pluralista porque respeita a pluralidade de ideias, cultura e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.

O Princípio da Gestão Democrática das Cidades demanda a participação dos interessados na elaboração e implantação do planejamento urbanístico⁷⁵. Tal princípio, por sua vez, tem por fundamento axiológico a constatação fática de que o atendimento da necessidade de prover-se habitação, transporte, lazer e trabalho aos habitantes das cidades exige compreensão do ambiente urbano e ponderação de todos os afetados pelo processo de urbanização ou reurbanização. Neste sentido, privilegiando-se o princípio constitucional da cidadania (art. 1º, inc. II do texto constitucional), a Administração Pública passa, cada vez mais, a ter de motivar suas decisões considerando as legítimas pretensões pelos mais diversos polos de interesses que disputam os benefícios advindos da vida nas cidades - como já exposto retro, a busca de um ambiente de formação de consensos democráticos no processo de decisão administrativa passa a ser não mais uma opção do Poder Público, mas sim um indispensável elemento para legitimação formal e material das decisões a todos vinculantes.

⁷³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 112.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 119-120.

⁷⁵ Sobre a eficácia da participação popular no tocante à atividade administrativa, cf. SEVERI, Fabiana Cristina. Participação popular em órgãos da Administração Pública: perspectivas e desafios à luz dos debates sobre as características gerais e efetividade das instituições participativas brasileiras. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MENEZES DE ALMEIDA, Fernando; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (orgs.). **Direito e Administração Pública** - Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella di Pietro. São Paulo: Atlas, 2013. p. 171-187. Sobre a importância da participação dos interessados nos processos de planejamento urbanístico, considerados o reflexo de uma aliança entre a cidade e o cidadão, cf. CASTRO, José Nilo de. Planejamento cidadão. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa (coord.). **Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 391-399.

Ainda nesta análise sobre os elementos jurídico-axiológicos trazidos no Título I da Constituição Federal, verifica-se que o Princípio da Justiça Social, que é expressamente referido nos arts. 170, “caput” e 193, pode ser traduzido na determinação de que sejam adotadas as medidas jurídicas e promovidas políticas que busquem fornecer acesso aos bens imprescindíveis à satisfação das necessidades humanas fundamentais. Tal princípio é baseado na justiça distributiva, que tem por característica a “repartição de bens e encargos entre todos os membros da sociedade, promovida pelo Poder Público, garantindo-se uma igualdade proporcional entre os mais e os menos favorecidos, em contraposição com a justiça comutativa”⁷⁶.

Fácil é observar, nos dispositivos constitucionais referentes ao direito urbanístico, especialmente no art. 182, a influência de tal princípio. Tal artigo determina tanto a efetiva formulação de uma política de desenvolvimento urbano (isto é, torna obrigatória esta medida de planejamento estatal), como estabelece que seu objetivo é ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes - o subsistema jurídico-urbanístico é estruturado para que sejam atingidos estes específicos fins, que detém, também, caráter institucional e político. A diretriz de recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos (art. 2º, inc. XI do Estatuto da Cidade) parece ser reflexo direto deste princípio constitucional fundamental.

No que toca ao Princípio da Solidariedade, sua conceituação remete aos direitos humanos de terceira dimensão, referentes à fraternidade entre os seres humanos e atribuíveis genericamente a todas as formações sociais, protegendo interesses de titularidade coletiva ou difusa, e compreende a responsabilidade recíproca entre as pessoas. Os objetivos de erradicar a pobreza e a marginalização, de reduzir as desigualdades sociais e regionais e de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, incs. III e IV da Constituição Federal) caracterizam este princípio que, no subsistema jurídico-urbanístico, integra o fundamento axiológico de diretrizes como a da justa distribuição dos ônus e benefícios do processo de urbanização.

Por fim, como último elemento a colacionar nesta breve análise (de caráter meramente exemplificativo), cumpre destacar que, ao definir como fundamento da República Federativa do Brasil o valor social da livre iniciativa, o texto constitucional dá suporte à diretriz de desenvolvimento urbano como atividade concertada entre o Poder

⁷⁶ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 64.

Público e o setor privado - se é certo que as atividades urbanísticas dependem da atuação estatal para diversos de seus elementos (especialmente a formulação do planejamento urbanístico), a concretização dos projetos urbanísticos cada vez mais depende da iniciativa privada. Definir os limites e interfaces entre a atuação do setor público e do setor privado é tema relevante no subsistema jurídico-urbanístico, e essencial para a busca de soluções juridicamente mais eficientes no processo de desenvolvimento urbano.

Com tais informações, já é possível analisar a instrumentação jurídica do desenvolvimento urbano, que viabiliza o exercício das funções públicas referentes à elaboração e implantação dos projetos urbanos, e a identificação do interesse público a ser tutelado por tal instrumentação.

1.1.6 A instrumentação jurídica do desenvolvimento urbano e o interesse público a ser tutelado

As funções estatais representam os modos pelos quais o Estado distribui, em sua estrutura, as competências para o exercício de suas tarefas básicas (produzir leis, executar leis, e julgar as questões advindas da execução das leis). Como bem esclarecia CAVALCANTI já em meados do século passado, ainda que a teoria da separação de poderes não guarde mais a fórmula clássica preconizada por Montesquieu ou Locke, é possível observar uma distribuição de funções de acordo com a natureza específica de cada poder, isto é, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário⁷⁷. Ao que interessa a este estudo, insta afirmar que as funções estatais representam o exercício de ações ou condutas voltadas a finalidades determinadas *a priori*.

O exercício de funções, nesta linha de ideias, ocorre tanto no campo privado quanto no público. No caso do Poder Público, o exercício de funções por seus agentes é a regra - a função pública da atuação administrativa, enquanto conjunto de tarefas acometidas a seus agentes para o alcance das finalidades estatais, acaba por identificar-se com a própria existência da Administração Pública⁷⁸.

⁷⁷ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Teoria do Estado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1969. p. 243. Uma crítica contundente à realidade prática da separação de poderes é realizada por GORDILLO, que afirma ser ter o Executivo visível proeminência em relação às outras duas funções estatais (GORDILLO, Augustin. **Princípios Gerais de Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 54-57).

⁷⁸ “A função pública é aquela que se desenvolve na consecução dos misteres tipicamente do estado em sua atividade propriamente soberana, e que se manifesta fundamentalmente por meio das normas jurídicas. Sua titularidade é, por essência, própria do Estado.” (GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 111).

A relevância do estabelecimento do regramento referente aos limites e condições do exercício das funções públicas, por sua vez, é evidente: o ordenamento jurídico confere prerrogativas aos entes estatais para o exercício de suas finalidades, muitas vezes autorizadoras da utilização do denominado poder extroverso da Administração Pública, isto é, confere-se ao Estado a capacidade jurídica de impor obrigações, ônus, restrições etc. aos particulares, mesmo sem sua concordância. Tais prerrogativas se espraiam por todas funções públicas - como visto, em sentido amplo, administrar, legislar e julgar.

Uma vez que as finalidades a serem perseguidas pelo Estado são as estipuladas pelo ordenamento jurídico (a “vontade” do Estado, em termos gerais, é por tal definida), as funções públicas correlatas, isto é, o feixe de atribuições estatais destinados a realizar seus fins, se apresentam como verdadeiros deveres jurídicos impostos aos seus agentes, tanto para privilegiar o interesse público primário (referente às necessidades, valores, aspirações da sociedade) quanto para atender ao interesse público secundário, referente às necessidades do Estado em si considerado⁷⁹.

A instrumentação jurídica dos mecanismos que tem por objeto promover o desenvolvimento urbano, por sua vez, se realizará tanto por normas de direito público quanto de direito privado. Com efeito, além de regras de conformação da propriedade urbanística, os planos e projetos urbanísticos detém, em sua dinâmica de implantação, a previsão de realização de atos administrativos com elementos de imperatividade, exigibilidade e auto-executoriedade, típicos de direito público⁸⁰ e que impõe aos particulares deveres inescusáveis. A par de tais comandos, contudo, e sem que esta constatação altere a natureza de direito público do subsistema, haverá dispositivos que preveem atividades eminentemente negociais envolvendo a Administração Pública e os particulares, sem que seja possível apontar qualquer relação vertical, de exercício de poder extroverso por parte do Poder Público. A aferição da finalidade da atuação estatal, em qualquer caso, é relevante, pois o

⁷⁹ “Para tanto, deve-se partir da ideia de que o interesse público primário é um conceito substantivo, definido a partir das necessidades, das aspirações, dos valores, dos anseios, das tendências e das opções gerados e manifestados numa sociedade, enquanto o interesse público derivado ou secundário é um conceito adjetivo, definido ou inferido a partir das necessidades organizativas e funcionais do Estado.” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 709).

⁸⁰ Numa visão esquemática, a distinção entre direito público e direito privado tem como um dos seus elementos de distinção a natureza das relações jurídicas que regula: se a posição dos sujeitos se articular em termos de igualdade jurídica e coordenação, teremos o direito privado; caso contrário, se a posição dos sujeitos se articular em termos de superioridade jurídica e subordinação, teremos uma relação de direito público. Também haverá relação de direito público se ambos sujeitos da relação jurídica, bem como se o objeto da relação jurídica disser respeito a interesse predominantemente de natureza geral, da sociedade como um todo. (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 79-80).

exercício da função pública sempre deverá ter por escopo atender, direta ou indiretamente, o interesse público primário.

A tarefa de identificar o interesse público primário a atender, por sua vez, é cumprida por intermédio da ponderação de uma série de elementos presentes na sociedade e trazidos à apreciação estatal. Aos agentes públicos que cuidam da elaboração e implantação projetos urbanísticos, tal ponderação tende a concretizar o Princípio da Gestão Democrática das Cidades, sendo utilizáveis as instâncias participativas formalmente estabelecidas com tal finalidade (colegiados, congressos, audiências públicas etc.) como também as advindas da participação espontânea dos munícipes, por intermédio dos canais de comunicação colocados à sua disposição e utilizando-se dos competentes processos administrativos, que poderão ser objeto de controle interno e externo.

Especificamente no tocante à identificação do interesse público primário em processos referentes à política de desenvolvimento urbano, mostra-se adequado lembrar o alerta realizado por BARROSO: em um Estado Democrático de Direito, a realização do interesse público primário muitas vezes se consuma apenas pela satisfação de determinados interesses privados. Segundo o autor⁸¹

[...] Se tais interesses forem protegidos por uma cláusula de direito fundamental, não há de haver qualquer dúvida. Assegurar a integridade física de um detento, preservar a liberdade de expressão de um jornalista, prover a educação primária de uma criança são, inequivocamente, formas de realizar o interesse público, mesmo quando o beneficiário for uma única pessoa privada. Não é por outra razão que os direitos fundamentais, pelo menos na extensão de seu núcleo essencial, são indisponíveis, cabendo ao Estado a sua defesa, ainda que contra a vontade expressa de seus titulares imediatos.

BARROSO, no trecho destacado de sua obra, centra sua atenção aos interesses privados que se caracterizam como direitos ou garantias fundamentais: segundo seu entendimento, o interesse público primário consiste na melhor realização possível, à vista da situação concreta a ser apreciada (portanto, sopesando-se os diversos interesses legítimos referentes ao caso em exame), da vontade constitucional, dos valores fundamentais, como justiça e segurança, que ao intérprete cabe preservar ou promover. Nestas condições, portanto, o interesse público secundário, da pessoa jurídica estatal, jamais desfrutará de

⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 95. BINENBOJM critica este posicionamento, afirmando que a argumentação esconde uma verdadeira tautologia: a Supremacia do Interesse Público, nos termos defendidos por BARROSO, nada mais seria uma afirmação de que “o que há de prevalecer sempre prevalecerá”, e defende o entendimento de que o problema teórico verdadeiro para o direito administrativo não é a prevalência, mas o conteúdo do que deve prevalecer, a ser revelado pelo processo de ponderação. (BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 103-104).

supremacia *a priori* e abstrata em face do interesse particular (leia-se: mesmo que seja este particular um pequeno grupo de indivíduos). É possível compreender, por extensão, que mesmo nas hipóteses em que haja confronto entre interesses públicos primários, deverá preponderar aquele que privilegie direitos ou garantias fundamentais - no subsistema jurídico-urbanístico, relacionados com as funções sociais da cidade.

Ainda de acordo com o autor, o interesse público primário deve desfrutar de supremacia em um sistema constitucional e democrático, pautando todas as relações jurídicas e sociais - dos particulares entre si, deles com as pessoas de direito público e destas entre si. O interesse público primário, nestes termos, desfrutaria de supremacia porque não seria passível de ponderação: ele é o parâmetro de ponderação⁸². O problema ganha em complexidade quando há confronto entre o interesse público primário consubstanciado em uma meta coletiva e o interesse público primário que se realiza mediante a garantia de um direito fundamental (e que, portanto, pode ser individual). Para a solução deste tipo de colisão, o intérprete deverá observar, sobretudo, dois parâmetros: a dignidade humana e a razão pública.

O Princípio da Dignidade Humana (verdadeiro paradigma de atuação do Estado Democrático de Direito) é a base do Direito à Cidade, que teve seus fundamentos lançados na Carta Mundial do Direito à Cidade, redigida no Fórum Social das Américas em Quito, em Julho 2.004, com alterações posteriores. O documento propugna o exercício pleno da cidadania e gestão democrática da cidade, a igualdade (fundada no dever de evitar a discriminação), a proteção especial de grupos e pessoas vulneráveis e a função social da cidade e da propriedade⁸³. O direito à cidade se propõe mais amplo e multifacetado que o

⁸² ÁVILA nega que a Supremacia do Interesse Público seja um princípio ou norma-princípio, alertando que tanto conceitualmente como normativamente não pode “o” interesse público (ou interesses públicos), sob o ângulo da atividade administrativa, ser descrito separadamente dos interesses privados. Da mesma forma, não é um postulado explicativo do direito administrativo, já que os interesses privados constituem uma parte do interesse público, sendo certo, ainda que não pode ser descrito sem referência a uma situação concreta (teríamos, então, ao invés de um princípio, “regras condicionais concretas de prevalência do interesse público sobre o particular”). Afirma o autor que não há uma norma-princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no direito brasileiro, não sendo exigível um comportamento do particular com base neste “princípio” – não é possível impor restrições ou sanções aos particulares tendo por base este fundamento. Entende o autor que a interpretação jurídica deve determinar quais os bens jurídicos envolvidos e as normas a eles aplicáveis, e, em seguida, procurar proteger ao máximo estes mesmos bens. Esta ponderação terá por objetivo atribuir uma máxima realização aos direitos envolvidos. (ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. **Revista Trimestral de Direito Público (RTDP)**, São Paulo: Malheiros, n. 24, p. 159-180, 1999. p. 177-178). No mesmo sentido de ÁVILA, cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações nos serviços públicos. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa (coord.). **Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 216-217.

⁸³ Como direitos advindos da assunção dos compromissos da Carta, incluem-se o direito à água, ao acesso e administração dos serviços públicos domiciliares e urbanos, o direito ao transporte público e à mobilidade

direito urbanístico, mas nele tem um de seus principais elementos: não há que se falar em uma cidade que respeite os direitos humanos de seus habitantes sem que se possibilite a justa distribuição dos benefícios e cargas decorrentes da urbanização, privilegiando-se o interesse transindividual da cidade saudável⁸⁴.

No tocante ao uso da razão pública, esclarece BARROSO que tal importa em afastar dogmas religiosos ou ideológicos - cuja validade é aceita apenas pelo grupo de seguidores - e utilizar os argumentos que sejam reconhecidos como legítimos por todos os grupos sociais dispostos a um debate franco, ainda que não concordem quanto ao resultado obtido em concreto. Segundo seu entendimento,⁸⁵

A razão pública consiste na busca de elementos constitucionais essenciais e em princípios consensuais de justiça, dentro de um ambiente de pluralismo político. Um interesse não pode ser considerado público e primário apenas por corresponder ao ideário dos grupos políticos hegemônicos no momento. O interesse público primário não se identifica, por exemplo, nem com posições estatistas nem com posições antiestatistas. Tais concepções correspondem a doutrinas particulares, como o socialismo e o liberalismo econômico. Para que um direito fundamental seja restringido em favor da realização de uma meta coletiva, esta deve corresponder aos valores políticos fundamentais que a Constituição consagra, e não apenas ao ideário que ocasionalmente agrega um número maior de adeptos.

No campo do urbanismo e direito urbanístico, respeitado o paradigma da dignidade da pessoa humana - e, portanto, a necessidade de prover-se uma cidade social e ambientalmente justa e apta a desenvolver-se de forma sustentável -, o fator preponderante na ponderação a ser realizada para a definição do interesse público primário a privilegiar é o da sua adequação ao planejamento urbanístico vigente para o território. Com efeito, a disputa entre os diversos interesses legítimos no tocante à formulação e implantação do planejamento urbanístico não raro vai levar a conflitos em que há interesses individuais pertinentes à dignidade da pessoa humana em confronto – moradia e trabalho, por exemplo.

urbana e o direito à moradia, ao trabalho e ao meio ambiente (**Carta Mundial do Direito à Cidade**. Disponível em: <<http://migre.me/vLuCQ>>. Acesso em: 24 nov. 2016).

⁸⁴ Para SAULE JUNIOR, “o direito à cidade adotado pelo direito brasileiro o coloca no mesmo patamar dos demais direitos de defesa dos interesses coletivos e difusos, como por exemplo, o direito do consumidor, do meio ambiente, do patrimônio histórico e cultural, da criança e do adolescente, da economia popular. Esta experiência brasileira é inovadora quanto ao reconhecimento jurídico da proteção legal do direito à cidade na ordem jurídica interna de um país. A forma tradicional de se buscar a proteção dos direitos dos habitantes das cidades nos sistemas legais traz sempre a concepção da proteção de um direito individual, de modo a prover a proteção dos direitos da pessoa humana na cidade. A concepção do direito à cidade no direito brasileiro avança ao ser instituído com objetivos e elementos próprios, se configurando como um novo direito humano, e na linguagem técnica jurídica num direito fundamental”. (SAULE JUNIOR, Nelson. **Direito Urbanístico: vias jurídicas das políticas públicas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007. p. 51)

⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 95-97.

Neste caso, a resposta à indagação acerca de qual interesse público primário deve ser privilegiado deve ser obtida principalmente a partir do cotejo entre os interesses em confronto com o plano ou projeto urbanístico em discussão. O fato de, não raro, também haver confronto entre interesses públicos primários que são consoantes o planejamento urbanístico (e igualmente protegidos pelo postulado da dignidade humana), por sua vez, não parece afastar a validade da metodologia ora exposta: a ponderação acerca da pertinência do interesse em questão ao plano ou projeto urbanístico deve ser a primeira, mas não é a única a ser feita nestes processos.

Esta discussão não é recente, e nem se resume ao território nacional. Nos Estados Unidos da América, resultou na célebre decisão do caso *Kelo versus City of New London*, julgado pela Suprema Corte em junho de 2005, na qual foram abordados temas como se a finalidade de desenvolvimento econômico se constituiria em um interesse público, se a desapropriação em tais circunstâncias deturparia o conceito de função social, e ainda, se era possível, por meio da desapropriação, transferir a propriedade de um particular para outro particular somente pelo fato de que o novo proprietário geraria maiores benefícios à comunidade e maior renda tributária do que os benefícios que eram gerados pelo proprietário expropriado. Alguns dos votos vencidos chegam a caracterizar a ação estatal como uma *reverse Robin Hood fashion*, já que tomaria bens dos pobres para dar aos ricos. A discussão, em última análise, versava sobre eventual destruição da fronteira entre o uso público e uso privado, com um favorecimento de um sistema em que propriedades privadas poderiam ser desapropriadas para gerar empregos e aumentar a receita de impostos para o governo⁸⁶.

Além do já exposto, a identificação do interesse público primário no campo do urbanismo guarda outra peculiaridade: o planejamento urbanístico é instrumentado pelo ordenamento jurídico-urbanístico, isto é, o resultado do planejamento urbanístico (os planos e projetos urbanos) tem no ordenamento jurídico-urbanístico o meio para sua concretização. As finalidades públicas a perseguir, desta forma, em grande parte das vezes encontram-se expostas em normas jurídicas formalmente editadas, o que acarreta a constatação que parte

⁸⁶ O processo questionava a desapropriação de 15 propriedades pertencentes a 9 pessoas, das quais 10 serviam de moradia aos proprietários e a seus familiares, em face do interesse público consubstanciado na efetivação de um projeto de desenvolvimento econômico para a cidade de New London, realizado por uma empresa privada sem fins lucrativos estabelecida com o propósito de auxiliar o governo da cidade a elaborar uma política de desenvolvimento econômico para o lugar (a New London Development Corporation – NLDC). Tal projeto de desenvolvimento econômico incluía a instalação de uma grande empresa privada no lugar em que estavam situadas as tais propriedades cujas desapropriações estavam sendo almejadas. A decisão e os votos do caso podem ser encontrados no website da Universidade Cornell, no link disponível em: <<http://migre.me/vLuHk>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

da assimilação dos anseios da população no tocante à política de desenvolvimento urbano é compilável *a priori*, nos diplomas legais e regulamentares que integram o subsistema de direito urbanístico local. Detectadas as demandas de prestação estatal atualmente havidas, será possível alinhar (nos termos da Hipótese Legal de ENGISCH, e sob o influxo da coesão dinâmica de SILVA) os dispositivos legais e regulamentares regentes da matéria em discussão e realizar a apreensão dos anseios e aspirações da sociedade civil no momento da decisão administrativa, definindo-se, ao final, o interesse público primário a tutelar.

É preciso considerar, ainda, que o possível grau de eficácia na implantação dos projetos urbanísticos terá grande importância na tomada das decisões políticas que estipularão onde a sociedade irá alocar os sempre finitos e insuficientes valores e riquezas por si produzidas ou acumuladas. A definição do interesse público primário a ser privilegiado, promovendo-se a atuação estatal mais condizente com o desiderato constitucional de prover de maneira mais eficiente às funções sociais da cidade, deve considerar a análise de custos financeiros e orçamentários de cada medida de transformação ou requalificação do tecido urbano, ponderando-se a capacidade de investimento e de esforço coordenado das diversas esferas de atuação estatal (isoladamente ou em parceria com o setor privado) tendo em vista os resultados esperados pela implantação das medidas pretendidas.

A avaliação dos aspectos financeiros, sociais, ambientais e jurídicos nos processos de elaboração e implantação de projetos urbanísticos, com especial valoração dos direitos e garantias pertinentes à dignidade da pessoa humana, proporciona a construção da razão pública que indicará os interesses públicos primários a serem privilegiados na política de desenvolvimento urbano, seja no planejamento de grande escala (como no caso dos planos diretores), seja no pertinente aos instrumentos específicos de qualificação e transformação urbanística do território (como operações urbanas, concessões urbanísticas etc.). A eficiente instrumentação jurídica dos projetos urbanísticos deve reconhecer tais condicionantes e propor soluções que sejam adequadas ao alcance das metas estipuladas, até mesmo proporcionando a estruturação de soluções jurídicas específicas (*taylor-made*) para incentivo, fomento⁸⁷ ou desestímulo de iniciativas promovidas pelos particulares,

⁸⁷ MOREIRA NETO oferece o seguinte conceito de fomento público: “É a função administrativa através da qual o Estado ou seus delegados estimulam ou incentivam, direta, imediata e concretamente, a iniciativa dos administrados ou de outras entidades, públicas e privadas, para que estas desempenhem ou estimulem, por seu turno, as atividades que a lei haja considerado de interesse público para o desenvolvimento integral e harmonioso da sociedade”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 674). Para SANTAMARÍA PASTOR, “a partir do momento em o estado começa a considerar como um objetivo primordial o bem-estar de seus súditos e aumentar a sua riqueza, torna-se claro que as várias atividades

isoladamente ou em conjunto com o Poder Público.

1.2 Política de desenvolvimento urbano e a nova forma de atuação da administração pública

1.2.1 Políticas públicas e política de desenvolvimento urbano

As políticas públicas referem-se às ações promovidas pelo Estado, que buscam alocar os ordinariamente poucos recursos disponíveis para atendimento das demandas da sociedade. São iniciativas promovidas por todos os níveis de governo e por todas as pessoas jurídicas dele integrantes, idealmente planejadas para o alcance de objetivos de médio e longo prazo, caracterizando-se como estratégias orientadas à solução de problemas públicos ou à obtenção de maiores níveis de bem-estar social.

Considerando como primordial função estatal a garantia do bem comum, é possível considerar “política pública” tanto “o processo de escolha dos meios para a realização dos objetivos do governo com a participação dos agentes públicos e privados”, como os “programas de ação do governo para a realização de objetivos determinados num espaço de tempo certo”⁸⁸. Em um conceito⁸⁹,

política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados [...] visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos

realizadas por sujeitos privados mostrar um grau de coincidência natural com metas institucionalmente interesse geral perseguidas pela Administração: são atividades cuja realização é desejável do ponto de vista do Estado, mas o último, por várias razões, não pode empreender sozinho. Portanto, frente a tais atividades não pode haver outra atitude que não incentivar estes sujeitos a desenvolvê-las e, neste caso, orientar estas ações de modo a que se otimize o benefício coletivo que geram e se evitem eventuais desvios em sua execução”. No original: “Desde los tiempos em que el Estado comienza a considerar como um objetivo primordial el bienestar de los súbditos y el incremento de su riqueza, se pone de manifiesto que diversas actividades que llevan a cabo los sujetos privados presentan un grado de coincidencia natural con los objetivos de interés general que persigue institucionalmente la Administración: son actividades cuya realización es deseable desde el punto de vista del Estado, pero que éste, por razones muy diversas, no puede emprender por sí solo. Por ello, frente a dichas actividades no cabe otra actitud posible que estimular a dichos sujetos a desarrollarlas y, em su caso, orientarlas de manera que se optimice el beneficio colectivo que generan y se eviten eventuales desviaciones em su ejecución.”. (SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. **Principios de Derecho Administrativo**. 2. ed. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2000. p. 344). ARAGÃO, por fim, relembra que no fomento a atividade continua sendo privada, apenas apoiada pelo Estado. Se a subvenção estatal passar a ser de tal monta que a Administração Pública de fato se substitua ao particular, estaremos diante de prestação de atividades pela própria Administração Pública, podendo o particular ser caracterizado como um delegatário atípico (por exemplo, como uma OSCIP – Organização da Sociedade Civil de Interesse Público) ou como um ente terceirizado (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 168).

⁸⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas públicas e direito administrativo**. Brasília: Revista de Informação Legislativa, 1997. p. 95.

⁸⁹ Idem. O Conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39.

socialmente relevantes e politicamente determinado. Como tipo ideal, a política pública deve visar à realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades e reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atendimento dos resultados.

A mais conhecida classificação de políticas públicas é a formulada na “Tipologia de Lowi”⁹⁰, também conhecida como “Teoria das Arenas de Poder”, na qual as políticas públicas são divididas em razão dos grupos de interesse envolvidos, de acordo com seu posicionamento no tocante à política a ser implantada. Nesta classificação, as políticas públicas podem ser:

a) distributivas: financiadas pelo conjunto da sociedade, os benefícios atendem a parte do tecido social (subsídios, isenções tarifárias etc.);

b) regulatórias: para o atendimento das demandas que promove, estabelece controles, regulamentos e padrões de comportamento de certas atividades. Exemplos de tal política são as regulamentações dos setores econômicos e de serviços;

c) redistributivas: seu objetivo é redistribuir bens e direitos, de forma direta ou indireta, entre determinados grupos sociais, com a produção de mecanismos para a diminuição de desigualdades. Podem ser citados como exemplos de tal espécie de política pública o seguro-desemprego, cotas raciais para acesso a serviços públicos, bolsa-família etc.;

d) constitutivas ou políticas estruturadoras: são aquelas que estabelecem as regras sob as quais outras políticas públicas são selecionadas e formuladas.

Como se verá, a política de desenvolvimento urbano normalmente engloba todas estas categorias, o que, por si, evidencia a complexidade de sua formulação e implantação (que engloba as etapas identificação do problema, formulação de soluções, tomada de decisão, execução da ação e formulação de novas soluções frente aos resultados da política aplicada)⁹¹, sendo tais processos configurados por uma sucessão de negociações entre diversos interessados - os atores, no jargão comumente utilizado -, tais como agentes públicos, representantes dos setores econômicos envolvidos, entidades representantes da sociedade civil, dos movimentos sociais etc. Destaca-se, neste cenário, o papel estatal de disparador e condutor de tais processos, que devem ser orientados por critérios republicanos e impessoais, sendo as respectivas discussões efetuadas de modo equilibrado e transparente

⁹⁰ DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. **Políticas públicas**: Princípios, propostas e processos. São Paulo: Atlas, 2012. p. 18.

⁹¹ Ibidem, p. 67. Há inúmeras formulações sobre o ciclo de formação e execução de políticas públicas - DIAS e MATOS identificam ao menos 13. Não é objeto deste estudo este aspecto, sendo o ciclo proposto apenas exemplificativo de uma das abordagens possíveis do tema.

entre os diversos agentes envolvidos e, no caso do direito urbanístico, sua função de arbitrar, de maneira definitiva, o interesse público a tutelar dentre os diversos em disputa sob sua apreciação.

Tais debates, ainda, revelam-se a cada dia mais relevantes (ou até mesmo imprescindíveis) - de fato, cada vez mais o conceito de “público” se afasta da ideia de “estatal”, ganhando importância as estruturas e os mecanismos de participação dos interessados na formulação e implantação de políticas públicas. Com efeito⁹²,

No domínio público, a democracia contemporânea assumiu uma feição deliberativa, em que as decisões dos órgãos estatais são frequentemente produzidas em um ambiente de audiências e debates públicos, que incluem manifestações de diferentes segmentos sociais e ampla utilização dos meios de comunicação de massa. O jogo democrático já não é jogado apenas em uma data fixa – a dos pleitos eleitorais -, nem se limita à formação de uma vontade majoritária que reinará absoluta por prazo certo. Ao contrário, a legitimidade do poder depende da participação social permanente, produzindo uma esfera pública e informal, na qual governantes e governados estabelecem um diálogo permanente acerca da condução dos negócios públicos. Assim, à organização dicotômica clássica “público-privado”, agrega-se um novo e importante elemento: a esfera pública não-estatal.

É oportuno destacar, ainda, que em razão de tais condicionamentos impostos à elaboração e implantação de políticas públicas, o exercício político do governo e a dimensão jurídica de sua atuação cada vez mais ganham pontos de contato. De fato⁹³,

Os modos de exercício do poder se transformaram, em nome da proteção aos direitos e aos valores da cidadania, da democracia e da sustentabilidade ambiental, o que passou a reclamar a integração das dimensões política e jurídica no interior do aparelho de Estado, combinando as esferas da Administração Pública e do governo; a política imbricada com a técnica, a gestão pública institucionalizada e regrada pelo direito. A face política do governo vai se revestindo cada vez mais de uma tessitura jurídica.

Prosseguindo, como já asseverado, a Constituição Federal de 1988 elevou o Município à condição de ente da federação (art. 1º). Reitera-se, neste ponto, que independentemente de cogitar o significado exato desta disposição do texto constitucional, é fato que esta concedeu a tal entidade federativa autonomia e competências próprias, incontestáveis pelos Estados ou pela União. Esta situação, somada ao fato de que grande

⁹² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 87

⁹³ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 34.

parte das demandas sociais são realizadas perante o Poder Público municipal⁹⁴, fortalece o papel das políticas públicas de desenvolvimento local no atendimento das necessidades apresentadas pela sociedade - a gestão democrática dos recursos públicos é realizada com mais amplitude em escala local, a mais próxima dos cidadãos. Segundo DIAS e MATOS, o que deve ser considerado “é que a perspectiva de desenvolvimento local nos leva à discussão sobre a necessidade de diferentes formas de organização e estruturação dos elementos singulares de cada localidade para se obter vantagem competitiva do território em vários níveis”⁹⁵. Há uma importância crescente de estudos de desenvolvimento territorial, que ocorre, entre outros motivos⁹⁶:

a) pela necessidade de se compreenderem as mudanças estruturais que ocorrem no mundo todo, atingindo indistintamente tanto as economias desenvolvidas quanto as em desenvolvimento;

b) pelo fato de que a capacidade competitiva das empresas envolve a consideração de seu entorno tanto regional quanto local;

c) pela emergência de novas formas de produção pós-fordistas (com suprimento de demanda *just in time* e atendimento de um mercado diferenciado, dotado de públicos cada vez mais específicos), onde o entorno territorial tem importância numa concepção de competitividade que não se detém na análise micro (interna das organizações), valorizando o território e seus recursos endógenos.

Como sabido, a Constituição Federal determina que a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, sendo o plano diretor o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana (art. 182, “caput” e § 1º da CF). Tal mandamento constitucional, que, como se verá adiante, constitui verdadeiro princípio constitucional estabelecido, mostra-se consoante com a atual perspectiva otimização da elaboração e implantação de políticas públicas, considerando-se política de desenvolvimento urbano, para fins deste estudo, a soma dos meios e processos eleitos para a formulação e implantação do planejamento urbanístico geral do município (que fundamentalmente estarão consolidados

⁹⁴ Há que se apontar, ainda, políticas públicas de relevância (como a da saúde, por exemplo) são entabuladas para que a sua gestão seja realizada precipuamente pelo Município, ainda que financiada principalmente por verbas federais.

⁹⁵ DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. **Políticas públicas**: Princípios, propostas e processos. São Paulo: Atlas, 2012. p. 36.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 37.

no plano diretor) com os meios e processos eleitos para formulação e implantação de planos setoriais de desenvolvimento urbano (como transporte, saúde etc.) e projetos urbanísticos deles derivados. Em um conceito formal, útil a delimitar o objeto de estudo deste trabalho, a política de desenvolvimento urbano pode ser considerada⁹⁷

Um projeto de controle dos movimentos (evolução ou desenvolvimento) do processo de urbanização em uma sociedade, que pretende orientar a configuração espacial dessas relações, no que se refere ao meio urbano, e atua diretamente sobre as condições de apropriação, produção, uso e transformação do espaço urbano.

Como acontece com qualquer política pública, os resultados da política de desenvolvimento urbano usualmente são aferíveis somente a médio ou longo prazo. Os principais aspectos que afetarão diretamente sua qualidade podem ser assim sintetizados⁹⁸:

a) estabilidade: conceito distinto de imutabilidade. Neste caso, representa a necessidade de observância das regras previstas para sua alteração, bem como a realização de mudanças em seus conceitos e objetivos em consequência do sucesso ou fracasso da sua implantação, e não da mera substituição do poder político hegemônico em determinado momento. Este aspecto se coaduna perfeitamente com o conceito de planejamento urbanístico, especialmente caso seja considerado o permanente processo de diagnóstico e prognóstico do território urbano;

b) adaptabilidade: deve ser possível adaptar e ajustar as políticas públicas na medida em que são executadas, tendo em vista não só a sua efetivação, mas as condições externas que indiquem tal necessidade. A dinâmica das cidades torna imperativa a observância deste elemento caracterizador da política pública eficiente;

c) coerência e coordenação: raramente uma política pública de relevante impacto social depende de atuação de somente um ente federativo, ou mesmo de apenas um órgão da administração direta ou indireta. Mais: normalmente, sua efetividade é condicionada à efetiva colaboração do setor privado, nos diversos ajustes possíveis a realizar entre o Poder Público e os particulares. A atuação coordenada destes diversos atores é imprescindível para o sucesso do planejamento e da implantação da política pública, e tal se observa com muita intensidade nas atividades urbanísticas;

⁹⁷ REIS FILHO, Nestor Goulart. Urbanização e planejamento no Brasil, 1960-1983. **Cadernos de Pesquisa do LAP (USP)**, n. 11, jan.-fev. 1996. p. 10.

⁹⁸ Divisão proposta por DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. **Políticas públicas: Princípios, propostas e processos**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 16.

d) qualidade da implantação e da aplicação efetiva: diretamente ligada à qualidade da capacitação do corpo técnico administrativo na execução direta da política pública ou na fiscalização, fomento e incentivo da atuação do setor privado tendente a implementá-la;

e) consideração do interesse público: indica o vetor do resultado efetivo da implantação da política pública - nos termos expostos retro, se o atendimento a demandas sociais ou se a atenção a determinados setores privados, por exemplo. Este aspecto destaca a necessidade de a Administração Pública intervir como árbitra dos diversos interesses legítimos colocados em debate na elaboração e implantação da política de desenvolvimento urbano - em verdade, é esta atuação quem revelará o interesse público a ser tutelado, privilegiado no caso concreto;

f) eficiência: assim considerada a capacidade da política pública alocar os recursos à sua disposição de modo que as atividades desenvolvidas obtenham resultados ótimos em termos de ganhos sociais.

Os modos pelos quais se dá a conversão do impulso político em ação governamental, exposta à participação e ao contraditório social e à incidência de normas e controles de maneira geral, é tarefa de grande complexidade - especificamente no tocante às dificuldades enfrentadas na formação e implantação das políticas públicas de desenvolvimento urbano, podem ser destacados os seguintes aspectos:

a) a demanda (ou mesmo necessidade) de respostas imediatas ou ao menos em curto prazo às iniciativas do Poder Público em sede de desenvolvimento urbano, situação contrastante com o desiderato do arcabouço urbanístico brasileiro de planejamento eficaz e sustentável, e que deve ser compatibilizada também com a premência de resultados dos investimentos realizados pelo setor privado;

b) o conservadorismo no planejamento e na execução dos projetos urbanísticos, presente tanto na administração pública direta e indireta quanto em seus órgãos de controle, o que limita e por vezes inviabiliza a busca de soluções alternativas e inovadoras às questões urbanísticas;

c) a carência de quadros especializados tanto na estrutura da Administração Pública quanto no setor privado, capazes de promover adequadamente a elaboração e implantação de projetos urbanísticos, bem como cadastros e registros defasados ou pouco acessíveis pelos responsáveis pela atividade urbanística por parte do Poder Público;

d) a desarticulação entre os órgãos do Poder Público e entre estes e o setor privado na tarefa de elaborar e implantar o planejamento urbanístico;

e) a falta de continuidade na execução do planejamento urbanístico, em razão de alternância política na Administração Pública, com o abandono de políticas públicas urbanisticamente relevantes simplesmente em razão de não terem sido entabuladas pelos novos mandatários políticos;

f) a falta de recursos do Poder Público, normalmente incapaz de promover, por conta própria, as iniciativas necessárias à consolidação da política de desenvolvimento urbano positivada no plano diretor, somada à sua dificuldade em captar no setor privado o numerário necessário a tanto;

g) a falta de atenção à gestão democrática da política de desenvolvimento urbano do município, capaz de indicar a necessidade de correção do rumo de políticas públicas no campo do desenvolvimento urbano equivocadamente formuladas ou implantadas, e de diminuir a litigiosidade inerente a tal processo;

h) a ausência de positivação de instrumentos urbanísticos hábeis para a formulação e implantação de projetos urbanísticos.

Especificamente no tocante ao papel dos particulares no ciclo de elaboração e implantação de projetos urbanísticos, podem também ser apontadas as seguintes dificuldades:

a) a captura (ou ao menos a possibilidade da captura) da atividade administrativa por grupos de interesse e grupos de pressão⁹⁹, tanto da esfera do mercado imobiliário quanto de movimentos sociais com atuação na área, de modo a elidir a busca de soluções ótimas do ponto de vista urbanístico, em prol do atendimento de parcela dos interesses em disputa na arena pública de construção da ordem urbanística;

b) falta de confiança do setor privado na execução do planejamento urbanístico e orçamentário estipulados para as políticas de desenvolvimento urbano, tanto no tocante à sua eficiência como permanência;

⁹⁹ BASTOS distingue “grupos de pressão”, surgidos da confluência de propósitos e objetivos para a obtenção de medidas governamentais que atendam aos seus reclamos, dos que denomina “grupos de interesse”, formados pelas ordens ou associações profissionais que realizam a pressão ou influência em decorrência de suas finalidades institucionais. As vantagens dos grupos de pressão, ainda segundo o autor, são as seguintes: a) constituem instrumentos de informação muito útil aos parlamentares, substituindo o deficiente aparato técnico-legislativo; b) expressam interesses que, muitas vezes, passariam inadvertidos; c) o esclarecimento, pelo diálogo, de processos controvertidos; d) o reforço dos pontos de comunhão ou convergência em outras entidades, sobretudo os partidos políticos. Como inconveniências, aponta: a) o fato dos grupos de pressão estarem voltados a interesses específicos e setoriais, que pretendem vergar a si o interesse da sociedade; b) a ameaça à atuação independente dos órgãos públicos; c) os meios utilizados podem incluir a intimação, o suborno e a corrupção; d) a sua ação mistificadora, pelo uso que fazem dos meios de comunicação; e) a prevalência que resulta dos interesses que tenham maior poder econômico ou maior poder de organização. (BASTOS, Celso. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 5. ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002. p. 257-258).

c) dificuldade na construção jurídica de hipóteses de ajustes entre os setores público e privado tendentes a atender à demanda de formação e implantação das políticas de desenvolvimento urbano.

As dificuldades ora listadas serão abordadas com mais vagar adiante. Por ora insta destacar que os processos de elaboração e implantação da política de desenvolvimento urbano do município deverão ser os adequados à constituição, preservação, melhoria e restauração da ordem urbanística em prol do bem-estar da população, representando o direito urbanístico o veículo para que tais medidas se concretizem. Para tanto, a melhoria da relação entre as políticas públicas e o direito urbanístico tem que ultrapassar três desafios, na esteira do apontado por ROSILHO e SUNDFELD: (a) desafio da informação, aumentando-se a capacidade da regulação jurídico-urbanística efetivamente corresponder às decisões tomadas em sede de políticas de desenvolvimento urbano; (b) desafio da realidade, fazendo com que a regulação urbanística efetivamente tenha capacidade de qualificar ou transformar o território regulado; e (c) desafio da diminuição da complexidade, fazendo com que a previsibilidade da aplicação do ordenamento jurídico-urbanístico seja mais confiável, realizando-se, sempre que possível, a análise do seu respectivo impacto regulatório¹⁰⁰.

Estabelecidas tais premissas, é possível abordar alguns elementos que vão revelar o aspecto jurídico da política de desenvolvimento urbano, discutindo-se, a partir do debate sobre a noção de serviço público, princípios e diretrizes de direito urbanístico e sua relação com o Princípio da Juridicidade.

1.2.2 A Escola do Serviço Público e suas relações com o direito urbanístico

Em sua obra “Sobre a Liberdade”, de 1.859, MILL fazia o seguinte alerta¹⁰¹:

Se toda a humanidade menos um fosse de uma opinião e apenas uma pessoa fosse de opinião contrária, a humanidade não estaria mais justificada em silenciar esta pessoa do que ela, se tivesse o poder, estaria justificada em silenciar a humanidade. Se uma opinião fosse uma posse pessoal válida apenas ao seu possuidor, se o fato de ser privado de sua posse fosse simplesmente um dano privado, faria alguma diferença o dano ser infligido apenas sobre umas poucas pessoas ou sobre muitas. Mas o dano peculiar de silenciar a expressão de uma opinião é o de que se está roubando a raça humana, tanto a posteridade quanto a geração atual e ainda mais aqueles que discordam da opinião do que aqueles que a sustentam. Se a opinião é correta, eles são privados da oportunidade de trocar o erro pela verdade; se é

¹⁰⁰ ROSILHO, André; SUNDFELD, Carlos Ari. Direito e Políticas Públicas: dois mundos? In: ROSILHO, André; SUNDFELD, Carlos Ari (orgs.). **Direito da Regulação e Políticas Públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 77-79.

¹⁰¹ MILL, John Stuart. **A Liberdade: Utilitarismo**. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p. 44.

errônea, eles perdem - o que é quase um tão grande benefício - a percepção mais clara e a impressão mais vivida da verdade, produzidas por sua colisão com o erro.

O texto é de grande clareza: devem ser garantidos tanto o direito ao dissenso quanto o dever de quem governa considerar este dissenso em suas decisões. Mais que útil, é medida essencial para que erros sejam detectados e corrigidos. Quase dois séculos passados do aviso do ilustre autor, o ordenamento jurídico brasileiro parece, lentamente, aperceber-se desta realidade, sendo o subsistema do direito urbanístico uma das mais claras facetas desta nova condição. Tal novo panorama de entendimento, por sua vez, vem na esteira da própria redescoberta das funções estatais, e principalmente do papel da Administração Pública.

Como já apontado anteriormente, observa-se no direito brasileiro a passagem da ideia do Estado entendido como o ente caracterizado por ser o detentor da capacidade de impor decisões à sociedade para a de ator destinado a arbitrar a atuação de determinadas funções e prerrogativas para uma certa finalidade prestacional. Ocorre a constatação de que o poder estatal não se exerce por imposição divina ou meramente de acordo com o desiderato de atender a vontade da composição hegemônica dos governos, e sim para prover à coletividade uma série de prestações universais.

Para realizar um brevíssimo esboço sobre a evolução da noção de serviço público¹⁰² - útil ao desenvolvimento de uma doutrina da eficiência jurídica dos instrumentos urbanísticos - insta relembrar inicialmente que as duas mais importantes vertentes de entendimento sobre o tema são a escola europeia continental de serviço público, influenciada pelo Direito francês, e a escola norte-americana.

No Direito francês, duas foram as mais importantes escolas sobre o tema: a “Escola Institucional” e a “Escola do Serviço Público”. A denominada “Escola Institucional”, que tem como maior representante Hauriou (1856-1929), estuda as relações entre o Estado e a sociedade tendo por pressuposto que a fonte do poder estatal é a soberania, caracterizada como seu poder de império, sendo a Administração o aparato de realização desta potestade. Estariam sujeitos à jurisdição administrativa, portanto, os atos que fossem manifestação deste poder soberano, restringindo-se, em leitura contrária, a jurisdição administrativa a poucas matérias, o que limitaria, desta forma, o poder estatal.

¹⁰² Sobre o tema, cf. SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre Iniciativa nos Serviços Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 37-96, ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 115-182 e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 325-354.

A Escola Institucional surgiu em contraposição à “Escola do Serviço Público” (Escola de Bordeaux), que teve como principal expoente Duguit (1859-1928). Tal doutrina assevera que a justificativa da existência do Estado é organizar o serviço público. O Estado não se justifica em razão de seu poder de império, e sim em função de sua capacidade de organizar os serviços públicos e garantir a sua continuidade. A soberania decorreria, assim, da necessidade de implantar e gerir o serviço público, que tem caráter eminentemente utilitário - serviço público inclui todas as prestações consideradas essenciais ao bem coletivo, numa postura expansionista das funções estatais. Tal é, observa-se, uma concepção bastante ampla de serviço público, que destaca como seu traço marcante a função de interdependência social que tal deverá detectar e suprir.

A Escola de Bordeaux continuou a desenvolver-se, especialmente com o trabalho de Gaston Jèze (1869/1953). Para este autor, o serviço público tem de atender a interesses gerais, mas há o reconhecimento de que há interesses gerais que serão atendidos por particulares, sob a regência do direito privado. A par deste postulado, sua doutrina esclarece que a definição do que vem a ser tal serviço é dada pela lei, independentemente da sua essencialidade ou de suas características. De fato, o autor indica três critérios para que seja possível identificar a atividade como serviço público: o material, concernente à essencialidade da atividade para a coletividade; o orgânico, pertinente à exploração do serviço pelo Estado ou seus delegatários; e o critério objetivo, que indica ser serviço público o que a lei assim o determinar. A intenção formalmente manifestada pelo Estado, desta forma, apresenta-se como um importante ponto a considerar sobre o tema - tendo havido a denominada “publicatio”, isto é, a assunção formal da atividade a desempenhar pelo Estado, o serviço público outrora prestado pelo particular sob o regime jurídico privado está caracterizado como serviço público estatal, sob regime jurídico de direito público.

A Escola do Serviço Público, que se tornou hegemônica na França, sustenta que a noção de Administração Pública compreende dois conjuntos de regras: um de caráter organizacional, e outro voltado à prestação de serviço público. Desta concepção vem a noção de poder-dever, de função pública, e da coibição do desvio de poder. O serviço público, desta forma, apresenta-se como a atividade cuja realização deve ser assegurada ou disciplinada pelos governantes, porque sua efetivação é indispensável ao desenvolvimento e interdependência social, não podendo realizar-se sem a intervenção da força governamental. Há a separação entre o público e o privado, e, uma vez identificado o serviço como público, tal é submetido a regime jurídico próprio, publicístico. A definição de que determinado

serviço será prestado pelo Estado - a *publicatio* -, retira a atividade prestacional do âmbito da livre iniciativa. De acordo com o caráter expansionista da noção de serviço público, condizente com esta doutrina, muitas atividades econômicas que em princípio não seriam consideradas atividades estatais, e que, portanto, não pressuporiam a necessidade de atividade coativa do Estado, passam para o campo da exclusividade estatal. A ideia de coesão social, promovida pelo Estado, legitima e fundamenta a assunção da prestação do serviço, transformando-o em serviço público, exercido diretamente pela Administração Pública ou por seus delegados.

Em paralelo à construção que se realizava na França e na Europa continental em geral, nos Estados Unidos da América também se cunhou um tratamento daquilo que pode ser chamado de um regime próprio de serviço público.

Não há, no direito norte-americano, qualquer atividade de conteúdo econômico que esteja excluída do rol de negócios que podem ser realizados por particulares. Tomando-se por base julgados da Suprema Corte¹⁰³, houve a construção de uma “doutrina de serviço público”, na qual é possível identificar uma derrogação parcial do regime de liberdade em atividades que contém características de serviço público. Considerando-se regras de serviço público as derogatórias da atividade privada, nos Estados Unidos tais surgirão nas atividades reguladas - no direito anglo-saxão, e especialmente no direito norte-americano, especialmente influenciado pela doutrina liberal do pensamento político, há o repúdio à ideia de prerrogativas absolutas por parte do Estado (evitando-se a assim considerada exagerada assimetria de poder), e ao conceito de dualidade de jurisdição, sob o argumento de que sua instituição malferia a separação dos poderes.

A Constituição Norte-Americana, produzida sob as luzes da concepção liberal do Estado, impede a excessiva centralização do Poder e também privilegia concepções como liberdade de contrato, livre iniciativa e vedação à restrição da circulação de riquezas. Somente as atividades ligadas à soberania são consideradas como de privilégio estatal, afastando-se de tal domínio, reitera-se, a atividade econômica. Enquanto na Europa as utilidades públicas são atividades do Estado que são delegadas sob controle, nos Estados

¹⁰³ ARAGÃO aponta que o principal marco da afirmação da teoria norte-americana das *public utilities* foi o caso *Munn vs. Illinois*, julgado pela Suprema Corte em 1877, no qual se afirma que “quando a propriedade privada é afetada por um interesse público, deixa de ser apenas um Direito Privado. [...] A propriedade deve ser considerada embebida de interesse público quando é usada de maneira capaz de gerar consequências públicas e efeitos para a comunidade. Quando se consagra a propriedade a um uso no qual o público tem interesse, se cede ao público um interesse nesse uso, e deve se submeter ao controle pelo público para o bem comum, na extensão do interesse criado. Pode-se deixar de ceder o uso ao bem público, fazendo cessar o uso, mas enquanto houver uso deve-se admitir o controle” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 100-101).

Unidos a atividade é do campo privado, com a atuação estatal ordinariamente restrita a impor normas de regulação.

A base da denominada *public utilities doctrine* é a identificação da atividade econômica como tal. Para tanto, é preciso que a atividade seja identificada como de interesse público, sendo o serviço prestado submetido ao dever de provimento universal em condições equitativas, sendo certo que tais estão, em larga medida, alheios às regras da ampla concorrência em razão de serem monopólio natural ou sujeitas a direito exclusivo conferido pelo Poder Público. A compensação da garantia constitucional da retribuição razoável é inerente, e inclui o retorno do investimento e a sua remuneração, e tem como contrapartida a observância de regras disciplinadoras da remuneração a ser auferida pela atividade prestacional. O cerne da disciplina encontra-se em quatro elementos: (1) obrigação de servir, consubstanciada no dever de continuidade; (2) obrigação de acesso, com a determinação de vedação de impedimento irrazoável ao uso; (3) igualdade de tratamento; e (4) dever de precificação (tarifação) razoável.

São metodologias distintas para tratar do mesmo fato: na Europa (assim como no Brasil), a tutela do Estado é endógena, sendo sua atividade organizada tendo em vista seu papel de prestador do serviço em um Direito grandemente estribado em legislação positiva. Nos Estados Unidos, a disciplina é exógena, isto é, realiza-se a regulação pelas características e relevância da atividade, tendo por principais marcos definidores da amplitude e natureza do regime as decisões da Suprema Corte. Em relação à atividade econômica, o mecanismo do direito europeu continental é o de absorção de atividades, e nos Estados Unidos, de regulação: o sentido não é o de realizar a *publicatio*, excluindo a atividade do domínio privado, e sim o de intervenção subsidiária, modulando a atividade nos termos em que for necessário ao interesse coletivo. Na Europa, por derradeiro, trabalha-se o conceito de “serviço público” no singular, o que pressupõe o tratamento homogêneo para todas as atividades, enquanto nos Estados Unidos há a ideia de *public utilities*, que pressupõe tratamento diverso. Não há um regime de direito público, mas uma série de discriminações regulatórias.

Embora não se utilize da concepção europeia, o direito norte-americano cria uma série de mecanismos que permitem ao Estado disciplinar o exercício de atividades de interesse público. Tal doutrina, diga-se, aproxima-se da disciplina do regime dos serviços

econômicos de interesse geral, adotada pela União Europeia no final do século passado¹⁰⁴. Conclui-se que não é preciso adotar as premissas clássicas do serviço público europeu continental para construir uma rede de proteção aos usuários de serviço público - em outros termos, o modelo da *publicatio* não é imprescindível à atividade estatal de garantir a existência de serviços de interesse da coletividade.

A doutrina da “Escola do Serviço Público” francesa traz, consigo, algumas crises: o alargamento do conceito e de seu objeto, ocasionado pela assunção de novas tarefas pelo Estado, leva à corrosão da própria coerência conceitual do direito administrativo. Nas hipóteses em que a organização dos serviços públicos passa à incumbência de entidades não-estatais (especialmente pela via contratual), revela-se outra crise, desta feita de caráter orgânico-estrutural. A crise mais recente desafia a exclusividade do monopólio estatal no serviço público. Na União Europeia, nos já citados serviços públicos de interesse geral, a exploração das atividades pelos particulares pode ocorrer em regimes em que não necessariamente há assimetria hierárquica ou exclusividade de regimes no mesmo campo de atividades - é possível encontrar oferta da atividade como serviço público ou como atividade privada regulada (portos, transporte coletivo de passageiros etc.).

Sem que se perca, nas hipóteses cabíveis, sua atribuição de arbitrar, em caráter definitivo e auto-executório, as medidas pertinentes ao regular exercício de suas funções, a adoção da vertente prestacional como justificadora da ação estatal tende a retirar do direito administrativo a sua faceta autoritária, privilegiando sua característica de garantidor do interesse público e tornando-o mais democrático e permeável ao influxo de informações e opiniões da sociedade.

Neste ponto, cabe destacar que em nosso País a influência do direito norte-americano foi bastante importante, sendo até mesmo preponderante até o regime político do Estado Novo de Getúlio Vargas. A inflexão em direção ao direito francês ocorre neste momento,

¹⁰⁴ MOREIRA NETO sintetiza os conceitos de serviço público havidos textos normativos da União Europeia na seguinte conformidade: “1) serviço público não equivale a setor público; 2) serviço público supõe uma atividade de interesse geral que contém certas obrigações que possam ser impostas pelo Poder Público de escala nacional ou regional; 3) serviços de interesse geral se referem às atividades, públicas ou privadas, que cumprem missões de interesse geral e estão submetidas, por isso, a obrigações de serviço público em atenção a razões diversas que plasmam valores coletivos comumente assumidos: a coesão social, o meio ambiente, a proteção dos consumidores, a igualdade social, a garantia do bem-estar comum. Podem abarcar os serviços ‘de mercado e os de não mercado’, que as autoridades públicas considerem de interesse geral; e 4) finalmente, os serviços de interesse econômico geral (art. 86 do Tratado) são os serviços de mercado aos quais se impõe obrigações de serviço público em atenção a interesses gerais e que costumam ser os serviços de rede (transporte, energia, comunicações [...])”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações nos serviços públicos*. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa (coord.). **Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 224-225).

em que o regime político, de caráter totalitário, atua em sentido contrário ao ideário liberal, e se revela na construção do conceito de serviço público não tanto sob o caráter prestacional, mas sim pela lógica de identifica-lo como substituto ao regime da livre concorrência, passando a ser considerado como próprio e inerente ao Estado, enquanto os serviços de utilidade pública necessitam de um reconhecimento estatal. A forma mais simples e efetiva de realizar o serviço público, então, passa a ser considerada aquela na qual o Estado assume diretamente tais serviços, e os realiza por seus próprios meios, acentuando-se a tendência de que a atividade de serviço público deve ser retirada do domínio privado - a busca pelo lucro, inerente à atuação privada, não seria compatível com a prestação do serviço público.

Parece ser interessante destacar que tal paradigma filosófico foi sendo aprimorado e adaptado, sendo certo, contudo, que até os dias de hoje encontra ecos no ordenamento jurídico nacional e na sua interpretação pela doutrina e jurisprudência. Tal visão, contudo, como já asseverado, vem sendo progressivamente substituída por outra mais aderente às relações jurídicas havidas de fato na sociedade civil. Nesta linha de ideias, ARAGÃO, na esteira de GRAU, propõe haver, em nosso país, duas espécies de serviços públicos: (a) os serviços públicos privativos, cuja prestação é privativa do Estado, ainda que admitida a possibilidade do setor privado desenvolvê-la, apenas e tão-somente, contudo, nos regimes de concessão ou permissão (art. 175 da Constituição Federal); e (b) serviços públicos não privativos, que são aqueles caracterizados como atividade econômica que pode ser desenvolvida tanto pelo Estado, como serviço público, quanto pelo setor privado (exemplo: serviços de educação e saúde)¹⁰⁵. As atividades urbanísticas contêm serviços públicos privativos e não privativos, gerando, assim, reflexos diretos na construção e aplicação do direito urbanístico.

1.2.2.1 Serviço público e direito urbanístico

No Brasil, considerada a grande confusão conceitual no tocante à definição de serviço público¹⁰⁶, as diversas atividades urbanísticas caracterizam-se como espécies de utilidades

¹⁰⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 177-178. O mesmo autor, aponte-se, indica haver, para os serviços públicos não privativos, um núcleo essencial da iniciativa privada como limite de regulação, isto é, há um direito subjetivo à entrada e permanência no mercado, que pode ser regulado mas não eliminado (há, um “limite dos limites” da regulação (Ibidem, p. 194-195).

¹⁰⁶ Tomando por base a Constituição Federal, ARAGÃO identifica quatro conjuntos concêntricos de sentido de “serviço público”: a) serviço público em sentido amplíssimo: serviço público são todas as atividades exercidas pelo Estado – polícia, fomento, regulação, atividade prestacional etc.; b) serviço público em sentido amplo: atividades prestacionais do Estado que se convertem em utilidades fruíveis diretamente pelos indivíduos

públicas disponibilizada à sociedade. Se a elaboração de planos e projetos urbanísticos pode ser classificada como serviço público em sentido amplo ou amplíssimo, a implantação da política pública de desenvolvimento urbano pode resultar em prestação de serviços públicos em sentido restrito ou mesmo restritíssimo.

Tal condição, por sua vez, acarreta, no mínimo: (a) a dificuldade em sistematizar as possibilidades de atuação do setor público e de participação do setor privado nesta atividade - em outros termos, a identificação dos limites e condições das tarefas a empreender por cada um destes atores não são plenamente detectáveis em abstrato, dependendo do efetivo momento da elaboração ou implantação projeto urbanístico a avaliação de sua juridicidade e conveniência e (b) a necessidade de identificar-se em caráter constante o interesse público a tutelar na atuação urbanística estatal, promovendo-se a oitiva dos diversos polos de interesse que comparecem à arena pública de discussões.

Com efeito, no tocante às atividades urbanísticas, há que se ponderar que estas ações, destinadas a realizar os fins do urbanismo, e que têm por objetos o planejamento urbanístico, a ordenação do solo e da atividade edilícia e a transformação do território por intermédio dos instrumentos urbanísticos, revelam-se de interesse público, contendo elementos de cunho eminentemente prestacional. Seja sob a ótica do direito europeu continental, seja do ponto de vista das *public utilities* do direito norte-americano, desta forma, há na tarefa de desenvolvimento urbano componentes de atuação que deverão ser avaliados caso a caso, definindo-se a estratégia de política pública a adotar a partir das peculiaridades do caso concreto. Mais que isso: o modo de elaborar e implementar esta estratégia, especialmente no tocante à definição dos papéis a desempenhar pelo Poder Público e pelos particulares, será objeto de intenso controle por parte da sociedade civil e das estruturas próprias da Administração Pública. Ademais, as ações referentes à elaboração e implantação da política de desenvolvimento urbano, especificamente no tocante à confecção e concretização de projetos urbanísticos, vão constantemente trazer à baila a discussão entre a prestação estatal do serviço público ou da assunção do papel de regulador pelo ente público. A opção por um ou outro modo de atender à demanda social, por sua vez, tende a ser mais problemática especialmente nas ocasiões em que o serviço público deixa de ter aspecto prestacional e assume caráter econômico, isto é, quando o Poder Público, além de prestar atividades não

uti singuli ou *uti universi* (tanto coleta de lixo domiciliar quanto varrição de rua, iluminação de praça); c) serviço público em sentido restrito: serviços material e individualmente fruíveis pelo cidadão. Neste conceito, são excluídos os serviços fruíveis *uti universi*, mas incluídos os serviços sociais, como o de saúde pública; d) serviço público em sentido restritíssimo: serviços prestacionais *uti singuli* financiados diretamente pelos usuários, por intermédio de tarifas. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 100-101).

valoráveis economicamente (como a de fiscalização das normas de uso dos imóveis, por exemplo), passa a ser prestador de utilidades econômicas, como nas hipóteses em que realiza empreendimentos imobiliários para implantação de projetos urbanísticos . A opção entre *publicatio* e regulação, neste caso, influencia diretamente a liberdade de iniciativa dos particulares.

1.2.3 Princípio da Legalidade e direito urbanístico

A compreensão acerca da necessidade de interpretar-se o dever de atuação estatal a partir da realidade social acaba por atingir outro dos pilares da doutrina tradicional do direito público brasileiro - o do significado do denominado “Princípio da Legalidade”.

Na esteira do asseverado por CANOTILHO, o Princípio da Legalidade da Administração¹⁰⁷

[...] postula dois princípios fundamentais: o *princípio da supremacia* ou *prevalência da lei* (*Vorrang des Gesetzes*) e o *princípio da reserva de lei* (*Vorbehalt des Gesetzes*). Estes princípios permanecem válidos, pois num Estado democrático-constitucional a lei parlamentar é, ainda, a expressão privilegiada do princípio democrático (daí a sua supremacia) e o instrumento mais apropriado e seguro para definir os regimes de certas matérias, sobretudo os direitos fundamentais e da vertebração democrática do Estado (daí a reserva de lei). De uma forma genérica, o princípio da supremacia da lei e o princípio da reserva de lei apontam para a *vinculação jurídico-constitucional do poder executivo* (cfr., *infra*, Fontes de direito e estruturas normativas).

Em termos específicos, o princípio da prevalência da lei significa que a lei deliberada e aprovada pelo Parlamento tem superioridade e preferência relativamente a actos da administração (regulamentos, actos administrativos, actos pararegulamentares, actos administrativos gerais, como circulares e instruções). O princípio da prevalência da lei vincula a administração, proibindo-lhe quer a prática de actos contrários à lei (proibição do desrespeito à lei) quer impondo-lhe a adopção de medidas necessárias e adequadas ao cumprimento da lei (exigência de aplicação da lei). Por sua vez, o princípio da reserva de lei afirma que as restrições aos direitos, liberdades e garantias só podem ser feitas por lei ou mediante autorização desta. Além disso, o regime jurídico de certas matérias [...] deve também caber, prioritariamente, à assembleia representativa. (grifos do autor)

O ensinamento do autor português ilustra o afastamento da atual noção do Princípio da Legalidade da visão tradicional, na qual a Administração Pública se apresenta como nada

¹⁰⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 256.

mais que o “braço mecânico da lei”¹⁰⁸⁻¹⁰⁹. Em verdade, ora sob o rótulo de “Princípio da Juridicidade”, este norte da atuação do Poder Público corresponde “ao que se enunciava como um ‘princípio da legalidade’, se tomado em sentido amplo, ou seja, não se restringindo à mera submissão à lei, como produto das fontes legislativas, mas de reverência a toda a ordem jurídica”¹¹⁰, conjugando-se o tradicional Princípio da Legalidade com o da Legitimidade (reserva do consentimento público) e o da Moralidade¹¹¹. Nesta mesma linha de ideias, alerta SIQUEIRA CASTRO¹¹²:

Todavia, o legalismo formal e dogmático tem experimentado notória superação em face da hipertrofia do Poder Executivo e da difusão multiforme do fenômeno da normatização. Bem caracteriza o Estado contemporâneo a fragmentação normativa, pela qual a maioria dos atos regram, para utilizar a conhecida classificação cunhada por Leon Duguit, não mais promanam das assembleias de representação popular, mas sim de uma miríade de órgãos e conselhos da Administração Pública, com frequência conjugados ou em paralelo com instâncias representativas da sociedade civil, em testemunho da tendência institucional que consorcia o Poder Público com a coletividade administrada, predicado mais visível da chamada democracia participativa, de que nos ocuparemos em tópico específico, e que traduz uma espécie de reserva normativa do corpo social. A rigor, pelo expediente de toda sorte de delegações legislativas, tanto nominadas quanto inominadas, despregou-se em larga medida a função legiferante dos canais tradicionais de representação popular, para expressar-se por uma rede fragmentária de pautas normativas, de autoria plúrima e sujeitas a multiformes procedimentos de institucionalização.

¹⁰⁸ No dizer de BANDEIRA DE MELLO, “No Estado de Direito a Administração só pode agir em obediência à lei, esforçada nela e tendo em mira o fiel cumprimento das finalidades assinadas na ordenação normativa”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 976).

¹⁰⁹ A discussão não é sequer recente. Já em 1970, GIANNINI alertava que o princípio da legalidade, na experiência contemporânea do Estado de direito leva um significado diferente, mais limitado em alguns aspectos, mas mais evoluído em outros, devendo ser utilizado quando a atividade administrativa é expressa em atos que têm um conteúdo autorizativo, dizendo respeito aos procedimentos não considerados em si, mas sim quando se referem a extinção ou limitação de direitos privados. O autor arrola, como procedimentos em que especialmente não deve ser aplicado o Princípio da Legalidade em seu sentido estrito aqueles em que a atividade administrativa é expressa em módulos convencionais, onde o consentimento da outra parte é elegível também para superar a eficácia do princípio, e indica o planejamento como procedimento em que esta superação seria clara. (no original: “Attiene ai provvedimenti non già in sé, bensì in quanto abbiano come correlato una situazione soggettiva del privato, su cui incidano con un effetto di estinzione o di limitazione. [...] Là dove l'attività amministrativa non esprime tale momento dialettico, il principio non ha ragione di esser applicato: così l'attività di programmazione dello Stato e degli altri enti pubblici, finché non deve esprimersi in provvedimenti ablatori o autorizzatori, o in procedimenti formali, è al di qua del principio di legalità; così l'attività non di diritto pubblico o amministrativo, così l'attività che si esprime in moduli convenzionali, in cui l'assenso della controparte è idóneo anche a superare l'efficacia del principio”). (GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto Amministrativo**, volume primo. Milão: Giuffrè, 1970. p. 82-83).

¹¹⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 149.

¹¹¹ Para MOREIRA NETO, infringe-se a moralidade administrativa quando a atuação estatal se dá: “1.º – através de atos com desvio da finalidade pública, para perseguir interesses que não são aqueles para os quais deve agir; 2.º – através de atos sem finalidade pública; 3.º – através de atos com deficiente finalidade pública, reveladores de uma ineficiência grosseira no trato dos interesses que lhe foram afetos.”. (Ibidem, p. 168).

¹¹² SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. **O devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 86-87.

Conforme expõe SCHIRATO, continuar a entender o Princípio da Legalidade em sua acepção estrita torna-se cada vez mais inviável e ineficiente do ponto de vista da finalidade do ordenamento jurídico - uma atuação administrativa consentânea com as relações sociais subjacentes que devem ser garantidas e protegidas pelo Estado. O alargamento da noção de legalidade, referindo-se agora não só à lei formal, mas a todo um denominado “bloco de legalidade”, integrado por todas as fontes normativas que compõem o ordenamento jurídico - inclusive e especialmente a Constituição -, torna-se indispensável¹¹³. Há que atentar, ainda, que cada vez mais a Administração “não se apresenta como uma simples instância de execução de normas heterônomas, mas é, ao invés, em maior ou menor medida, fonte de normas autônomas”¹¹⁴. Como assevera MOREIRA NETO, o novo direito administrativo estabelece uma “técnica de ampliação, em escala sistêmica, do espaço decisório da Administração Pública”, por intermédio do processo de “deslegificação” ou “deslegalização”, havendo a transferência, por lei, a determinados órgãos e sob certos pressupostos, de um específico espaço decisório, dito regulatório, para que nele se produzam tanto normas secundárias como vários tipos de atos aplicativos concretos sobre as matérias deslegalizadas¹¹⁵. A construção da Hipótese Legal de ENGISCH, revela-se, assim, cada vez mais adequada.

Ainda segundo SCHIRATO, o fortalecimento do papel da Constituição como vetor da atividade do Poder Público torna premente a busca de um novo significado para o Princípio da Legalidade:¹¹⁶

O Princípio da Legalidade passaria, a nosso ver, a significar não apenas a obrigação de atuação da Administração Pública de acordo com a lei, mas sim a atuação de acordo com o Direito.

[...] A esta formulação dá-se o nome de Princípio da Juridicidade ou da legalidade em sentido amplo. Note-se que esta formulação é uma via de mão dupla: serve tanto para restringir a ação da Administração Pública não apenas pela lei, mas também pelos valores e princípios constitucionais, como para permitir a sua

¹¹³ No mesmo sentido, DI PIETRO afirma que “vale dizer que, hoje, o princípio da legalidade tem uma abrangência muito maior porque exige submissão ao Direito”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Inovações no Direito Administrativo brasileiro. **Interesse Público**. Belo Horizonte, n. 30, ano 7, mar.-abr. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=50030>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

¹¹⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 35.

¹¹⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações nos serviços públicos. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa (coord.). **Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 220-221.

¹¹⁶ SCHIRATO, Vitor Rhein. Algumas considerações atuais sobre o sentido de legalidade na Administração Pública. **Interesse Público**. Belo Horizonte, n. 47, ano, jan/fev 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=52480>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

atuação quando, mesmo diante da ausência de lei infraconstitucional específica, os valores da Constituição (lei constitucional) impuserem a sua atuação.

Em um subsistema jurídico como o do direito urbanístico, em que a necessidade de ponderação constante e efetiva da realidade social integra de maneira central a formação da própria norma jurídica, a dependência excessiva da fonte jurídica formal “lei” para a construção das hipóteses normativas aplicáveis ao caso concreto tende a tornar-se insatisfatória. Em outros termos, se é certo que os grandes arranjos institucionais devem continuar a depender da edição de legislação para sua juridicização (reservando-se determinadas matérias a uma reserva exclusiva de deliberação legislativa formal), a construção e aplicação do direito urbanístico exigem que outras fontes jurídicas (supra, infra ou mesmo extralegais) ocupem também espaço relevante.

A noção da condição estatal de prestador de serviços públicos, vinculada tal atuação ao princípio da juridicidade, tem impacto direto na formação e na aplicação do direito urbanístico. Com efeito, já analisadas suas características e objeto, evidencia-se que, neste ramo do direito público, o ordenamento jurídico traz grande número de normas que têm por objeto a regulação da atividade econômica dos agentes públicos e privados no desenvolvimento urbano, disciplinando vantagens e punições às atividades urbanísticas desenvolvidas na implantação dos projetos urbanos.

Com efeito, ao dissertar sobre o objeto da regulação normativa, BOCKMANN esclarece que há quatro subespécies de objetos a serem regulados, quais sejam:¹¹⁷

(i) o funcionamento da Administração Pública (seus órgãos e entidades); (ii) o comportamento econômico das pessoas de direito privado (incluindo-se empresas estatais); (iii) o comportamento ético de pessoas de direito privado ou de agentes públicos; e (iv) os parâmetros técnicos que devem ser atendidos no exercício de determinadas atividades.

A regulação, ainda segundo BOCKMANN, poderá ser *soft* ou *hard* – a regulação *soft* estrutura-se através de incentivos e estímulos e respectivas sanções premiais (atividade de fomento, subsídios e benefícios fiscais), e a *hard* é caracterizada pela disposição de ordens a serem obedecidas pelos agentes econômicos¹¹⁸.

Ao transportar tais noções ao campo do direito urbanístico, mostra-se medida imprescindível analisar as diretrizes gerais de política urbana trazidas no Estatuto da Cidade.

¹¹⁷ BOCKMANN MOREIRA, Egon. Qual é o futuro do direito da regulação no Brasil? In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (orgs.). **Direito da Regulação e Políticas Públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 114.

¹¹⁸ Ibidem, p. 117.

Inicialmente, assim, cumpre destacar que tais diretrizes consubstanciam a expressa obediência do legislador ao comando do § 1º do art. 24 da Constituição Federal. Com efeito, a competência da União prevista no inciso I deste dispositivo (legislar sobre direito urbanístico) é a de emitir as denominadas “normas gerais”. No dizer de BULOS¹¹⁹,

A competência suplementar é um corolário da repartição vertical de competências. Por seu intermédio estabelece-se um *condomínio legislativo* entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Mediante esse condomínio legislativo, cumpre à União estabelecer normas gerais, aqui concebidas como diretrizes essenciais de comportamento, responsáveis pela convivência harmônica das entidades federativas. São as *Rahmengesetz*, dos alemães; as *normas generales*, dos espanhóis; a *legge-cornice*, dos italianos; a *loi de cadre*, dos franceses. Recaem sobre as matérias que o constituinte considera imprescindíveis à federação. E, caso apresentem claros, vazios, cumpre aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios supri-las, a fim de satisfazer suas peculiaridades e exigências locais. As normas gerais, portanto, advêm da técnica da legislação federal fundamental. (grifos do autor)

Para SILVA, as normas gerais são exatamente as leis, ordinárias ou complementares, produzidas pelo legislador federal nas hipóteses determinadas na Carta Magna, que “estabelecem princípios e diretrizes da ação legislativa da União, dos Estados e dos Municípios”¹²⁰, sendo as normas gerais de direito urbanístico aquelas que atentem aos conteúdos e limites sintetizados por MOREIRA NETO¹²¹:

(1) Estabelecem princípios, diretrizes, linhas mestras e regras jurídicas gerais; (2) não podem entrar em pormenores ou detalhes, nem esgotar o assunto legislado; (3) devem ser regras nacionais, uniformemente aplicáveis a todos os entes públicos; (4) devem ser regras uniformes para todas as situações homogêneas; (5) devem referir-se a questões fundamentais; (6) são limitadas no sentido de não poderem violar a autonomia dos Estados (e ainda menos dos Municípios).

As disposições do art. 2º da Lei Federal n. 10.257/2001, que expressamente têm por escopo “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana” guardam direta relação de compatibilidade com o disposto no art. 182 da Constituição Federal, incluído no Título VII, da Ordem Econômica e Financeira, e que determina ter a política de desenvolvimento urbano o objetivo de “ordenar o pleno

¹¹⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 997. MORAES afirma que a Constituição Federal de 1.988 reservou ao Município uma “competência legislativa especial”, referente à edição da lei do plano diretor (MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 331). O tema será aprofundado no próximo capítulo.

¹²⁰ SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 65. Ainda sobre a definição de normas gerais, cf. FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Disciplina Urbanística da Propriedade**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 202.

¹²¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Competência Concorrente Limitada (o problema da conceituação das normas gerais)**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181992>>. Acesso em: 24 jun. 2016.

desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”. Destarte, se a política de desenvolvimento urbano constitui um conjunto de ações que pode ser descrito e compreendido como método, justificando-se como instrumento do urbanismo, as diretrizes gerais de política urbana do Estatuto da Cidade subsidiam o planejamento urbanístico, e são os elementos objetivos que permitirão aferir o alcance das metas e proposições entabuladas nos planos e projetos urbanos. Para tanto, regulamentam normativamente, em grossas linhas, a atuação estatal e dos agentes privados voltadas a tal desiderato.

No tocante especificamente ao conteúdo normativo das diretrizes urbanísticas, verifica-se que tais são preceitos jurídicos, normas de ordem pública que ocupam um espaço intermediário entre os princípios jurídicos e as regras jurídicas. De fato, nos termos já sugeridos, as diretrizes urbanísticas cumprem duas essenciais funções: são vetores de produção e de interpretação da legislação urbanística.

Com efeito, as diretrizes urbanísticas veiculam as conclusões estipuladas pelo planejamento sobre o feixe de providências, incentivos, desestímulos etc. considerados adequados, em termos de desenvolvimento urbano, ao território. Aproximam-se, nestes termos, ao definido por DWORKIN como “políticas” (*policies*), isto é, “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas)”¹²². As diretrizes urbanísticas, desta forma, acabam por dar suporte axiológico à legislação urbanística que estipula as regras que conformam a propriedade urbanística, definem as condições de parcelamento, uso e ocupação do solo, instituem os instrumentos jurídico-urbanísticos utilizáveis para a implantação do planejamento urbanístico etc.

Na hermenêutica do subsistema jurídico de direito urbanístico, as diretrizes urbanísticas não podem ser objeto de ponderação, isto é, ser afastadas em privilégio de outra diretriz urbanística no caso concreto. Como verdadeiros parâmetros de atuação do Poder Público, caso surgida no caso concreto a viabilidade de fazer incidir a diretriz urbanística, ela deverá ser necessariamente aplicada - é possível imaginar correta, *a priori*, a interpretação da lei urbanística que considera e acolhe todas as diretrizes urbanísticas aplicáveis ao caso específico. Da mesma forma, em regra, deverá atentar o legislador para as diretrizes urbanísticas já existentes (especialmente as do plano diretor) quando da

¹²² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 36.

elaboração de novas leis urbanísticas. Em outros termos, ainda que possam trazer termos genéricos e abertos (é possível interpretar o que significa aquela diretriz para o caso concreto), as diretrizes têm incidência inafastável e devem ser consideradas sempre que surgida a oportunidade de sua aplicação. Por outro lado, exatamente em razão de estipularem ideias, partidos urbanísticos, destinações urbanísticas, conceitos muito próximos do urbanismo e da política urbana, as diretrizes urbanísticas (em geral) carecem da concretude suficiente para serem identificadas como regras jurídicas¹²³.

Em síntese, as diretrizes gerais da política urbana estabelecidas no Estatuto da Cidade revelam sua função de nortear a elaboração e aplicação da legislação urbanística, e podem ser classificadas em¹²⁴:

a) diretrizes governamentais, que dependem da atuação do Poder Público, como o planejamento do desenvolvimento das cidades e das atividades econômicas do Município e a proteção ao meio ambiente;

b) diretrizes sociais, que têm por escopo proporcionar algum tipo de benefício direto à coletividade, ou que franqueiam a participação da comunidade no processo de urbanização. Exemplos de tais diretrizes são o direito a cidades sustentáveis para as coletividades presentes e futuras e a distribuição equitativa de benefícios e ônus oriundos do processo de urbanização;

c) diretrizes econômico-financeiras, que dizem respeito aos recursos e investimentos alocados ou obtidos para o fim de desenvolvimento do processo de urbanização. É possível citar, como exemplo destas diretrizes, o dever de compatibilização dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira de modo a privilegiar investimentos que propiciem o bem-estar geral;

d) diretrizes relativas ao solo urbano, que correspondem aos vários instrumentos destinados ao processo de uso e ocupação do solo urbano. Destaca-se, entre estas, a de ordenação e de uso do solo com o intuito de impedir situações nocivas à coletividade (usos incompatíveis, excessivos ou inadequados do solo, deterioração de áreas já urbanizadas, poluição ambiental, retenção especulativa de imóvel urbano e implantação de atividades que possam gerar tráfego incompatível com a respectiva infraestrutura); e

¹²³ A guisa de exemplo, o inc. I do art. 2º do Estatuto da Cidade estabelece o direito a cidades sustentáveis. Não há sanção possível ao não cumprimento desta determinação, mas haverá em razão do descumprimento de estipulações legais mais concretas estabelecidas em sua harmonia. Da mesma forma, não é possível editar-se regra de direito urbanístico que determine que o desenvolvimento não deve ser sustentável.

¹²⁴ CARVALHO FILHO, José Dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 23-25.

e) diretrizes jurídicas, assim caracterizadas as que têm pertinência com o ramo do direito urbanístico - ex.: modo de produção e execução de normas.

Sob o aspecto econômico e social, o aspecto que talvez seja o mais relevante da ordem jurídica urbanística inaugurada com a Constituição Federal de 1.988 é o da atribuição, à legislação urbanística, da conformação da propriedade urbanística.

1.3 Propriedade, função social da propriedade e propriedade urbanística

1.3.1 Propriedade

Alerta SILVA PEREIRA que não há um conceito inflexível de propriedade, consistindo em equívoco cotejar o lineamento positivo sobre o tema e supor que tais disposições constituam a cristalização dos princípios em termos permanentes, ou que o estágio atual da propriedade é a derradeira, definitiva fase de seu desenvolvimento¹²⁵. De fato, a noção do que integre a propriedade e os direitos dela decorrentes é cambiante em razão dos valores sociais cotejados para a interpretação das normas jurídicas, bem como do próprio direito positivo de cada localidade.

Para os fins deste trabalho, cumpre inicialmente colacionar o alertado por LOUREIRO:¹²⁶

Alguns autores deram-se conta de que a propriedade é uma *relação jurídica complexa*, que reúne não só um feixe de poderes, como os de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa, mas também deveres em relação a terceiros proprietários e terceiros não-proprietários. Ao lado dos tradicionais poderes que fazem da propriedade um valor de sinal positivo, há, também, valores emergentes, que têm como universo de referência o sistema social. (grifos do autor)

Tal noção é importante ao desenvolvimento do tema, pois traz ao enlevo os elementos constitutivos do domínio¹²⁷: o direito de usar, ou *jus utendi* (tirar da propriedade todos os serviços que ela pode prestar, sem que haja modificação de sua substância); o *jus fruendi* (perceber os frutos e utilizar os produtos da coisa, consistindo no direito de gozar da coisa e explorá-la economicamente); o *jus abutendi* ou *disponendi* (dispor da coisa ou poder de

¹²⁵ SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Instituições de Direito Civil: Direitos Reais**. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 4 v., p. 67.

¹²⁶ LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A Propriedade como Relação Jurídica Complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 43-44.

¹²⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro 4 - Direito das Coisas**. 25. ed. São Paulo, Saraiva, 2010. p. 114-115.

aliená-la, abrangendo o poder de consumi-la e o poder de gravá-la em ônus ou de submetê-la ao serviço de outrem; e, finalmente, o *rei vindicatio* (mover ação para obter o bem de quem injustamente o detenha, em virtude do seu direito de seqüela, que é uma das características do direito real), ao mesmo tempo em que reconhece que há também deveres em razão do domínio, exigíveis por toda a sociedade. Com tais elementos, num conceito proposto por LOUREIRO, que auxilia na compreensão dos pontos de vista esposados neste trabalho, é possível compreender a propriedade como¹²⁸

[...] a relação jurídica complexa que tem por conteúdo as faculdades de uso, gozo e disposição da coisa por parte do proprietário, subordinadas à função social e com correlatos deveres, ônus e obrigações em relação a terceiros.

Para SILVA, a Constituição Federal consagrou tese segundo a qual a propriedade não constitui uma instituição única, mas várias instituições diferenciadas, em correlação com os diversos tipos de bens e titulares. É adequado, assim, falar não em “propriedade”, mas sim em “propriedades”, pois há distinções claras entre a propriedade privada e a propriedade pública, assim como entre a propriedade social e a privada; ou a propriedade agrícola e a industrial; a propriedade rural e a urbana; a propriedade de bens de consumo e a de bens de produção etc. Segundo o autor¹²⁹,

[...] ‘no estado das concepções atuais e da disciplina positiva do instituto, não se pode falar de um só *tipo*, mas se deve falar de *tipos* diversos de propriedade, cada um dos quais assume um aspecto característico’. Cada qual destes tipos pode estar sujeito, e por regra estará, a uma disciplina particular, especialmente porque, em relação a eles, o princípio da função social atua diversamente, tendo em vista a destinação do bem objeto da propriedade.

Complementa SILVA seu raciocínio, por sua vez, lembrando que é preciso ter em mente que o regime jurídico da propriedade não é uma função do direito civil, mas de um

¹²⁸ LOUREIRO, Francisco Eduardo. Op. cit., p. 52. O conceito tradicional de propriedade de propriedade trazia já estes elementos. Como exemplo, DINIZ propriedade como “o direito que a pessoa natural ou jurídica tem, dentro dos limites normativos, de usar, gozar e dispor de um bem corpóreo ou incorpóreo, bem como reivindicá-lo de quem o injustamente detenha” (DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 114). O conceito é o mesmo adotado por SILVA PEREIRA (SILVA PEREIRA, Caio Mário da. Op. cit., p. 75). A doutrina elaborou outros vários conceitos. Como exemplos podemos citar o de “domínio geral e independente de uma pessoa sobre uma coisa, para fins reconhecidos pelo direito e dentro dos limites estabelecidos”, e o de “uma relação de direito privado, pela qual uma coisa como pertença de uma pessoa é completamente sujeita à sua vontade em tudo que não seja vedado pelo direito público ou pela concorrência do direito alheio”. (ARIMATÉA, José Rodrigues. **O Direito de Propriedade: imitações e restrições públicas**. Franca: Lemos e Cruz, 2003. p. 28), com variações entre a visão civilista e absoluta dos direitos advindos da propriedade, e a publicística, que reconhece a importância da função social da propriedade, considerando-a integrante do próprio conceito do instituto da propriedade em si.

¹²⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 274.

complexo de normas administrativas, urbanísticas, empresariais e civis, sob fundamento, isto é, diretamente referenciadas, às normas constitucionais¹³⁰.

A assertiva se relaciona diretamente com o fenômeno conhecido como “Constitucionalização do Direito Civil”, que consiste no processo de elevação, ao plano constitucional, dos princípios fundamentais do direito civil. Tal movimento faz com que tais princípios sejam obrigatoriamente condicionantes da aplicação de toda a legislação infraconstitucional - não só a do direito civil - pelos tribunais e administradores públicos. Uma das principais vertentes deste movimento pode ser detectada nos princípios referentes ao direito de propriedade. Para BARROSO, o fenômeno tem marco filosófico o pós-positivismo, que busca ir além da legalidade estrita sem abandonar o direito posto, com destaque para a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com os valores e regras. Seus marcos teóricos são o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a formação de uma nova dogmática de interpretação de seu texto¹³¹.

Ainda sobre o tema, esclarece LÔBO que a ordem jurídica infraconstitucional deve concretizar a organização social e econômica eleita pela Constituição, a qual não pode ser desconsiderada pelos juristas, como se os fundamentos do direito civil permanecessem ancorados no modelo liberal do século XIX¹³², conclusão especialmente relevante para o processo de implantação de projetos urbanísticos. Salienta LÔBO, ainda que a compreensão que se tem atualmente do processo de constitucionalização do direito civil não se resume à aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas, que é somente um dos seus aspectos, indo muito além¹³³:

O significado mais importante é o da aplicação direta das normas constitucionais, máxime os princípios, quaisquer que sejam as relações privadas, particularmente de duas formas: (a) quando inexistir norma infraconstitucional, o juiz extrairá da norma constitucional todo o conjunto necessário à resolução do conflito; (b) quando a matéria for objeto de norma infraconstitucional, esta deverá ser interpretada em conformidade com as normas constitucionais aplicáveis. Portanto, as normas constitucionais sempre serão aplicadas em qualquer relação jurídica privada, seja integralmente, seja pela conformação das normas infraconstitucionais.

¹³⁰ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 276.

¹³¹ BARROSO, Luís Roberto. A Constitucionalização do Direito e o Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito Civil Contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 239-241.

¹³² LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Constitucionalização do Direito Civil Brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito Civil Contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 20.

¹³³ *Ibidem*, p. 21.

A constitucionalização do direito civil é relevante para a interpretação da normatividade do subsistema jurídico-urbanístico em função de alargar a discussão sobre o instituto da propriedade imobiliária, não mais limitando o debate à sua regência civil. Neste sentido, aponte-se, tal não se confunda com o movimento de publicização de tal direito. Este compreende o processo de crescente regulação estatal em espaços anteriormente deixados exclusivamente à autonomia privada. Em termos de direito positivo, tal fenômeno retirou matérias outrora consideradas pertinentes ao direito civil de sua regulação - como exemplo, cita-se o direito das águas, o direito da habitação, o direito do consumidor e partes da normatização hoje pertinente ao direito urbanístico, especialmente após a edição da Constituição Federal de 1.988 e da Lei n. 10.257/01. Quanto a este ramo do direito, se é certo que regras de conformação de propriedade urbanística, de parcelamento, uso e ocupação do solo já se caracterizavam como regras de direito urbanístico muito antes destes marcos normativos, também o é que disciplinas antes pertencentes ao direito civil passaram a ter caráter de normas de direito urbanístico, tais como as que regulam certos aspectos do direito de vizinhança (emissão de ruídos, poluentes etc.).

Ambos os fenômenos - constitucionalização e publicização do direito civil - indicam a tendência a alterar a dogmática jurídica pertinente à regulação da propriedade e dos direitos a esta inerentes. Cada vez mais se reconhece que a legislação civilista tem por escopo regular as relações eminentemente privadas pertinentes à propriedade, que será perfeitamente conformada pelas normas de ordem pública sobre ela incidentes¹³⁴.

A propriedade e os poderes considerados de tal decorrentes vêm sofrendo progressivo ajustamento às conveniências sociais, passando de ser exclusivamente um direito subjetivo a um direito-dever, um *munus*, tendo por norte a sua função social - o exercício o direito de propriedade “deve desempenhar uma função social no sentido de que a ordem jurídica confere ao seu titular um poder em que estão conjugados o interesse do proprietário e o do Estado ou o social”¹³⁵.

¹³⁴ CARVALHO PINTO, neste passo, tece crítica à jurisprudência brasileira que, a despeito de toda evolução legislativa e constitucional ocorrida ao longo das últimas décadas, ainda está presa aos conceitos do Código Civil quando trata da propriedade urbana, sendo tradicional a citação de seus artigos como base para qualquer análise do assunto. Segundo o autor, os julgados ainda tomam por premissa que a faculdade de usar o bem abrange o direito de construir e compõe, em princípio, a estrutura do direito de propriedade, sendo as normas urbanísticas destinadas a restringir este direito, atuando com base no poder de polícia. Em entendimento contrário, afirma que é o texto constitucional que deve servir de base para a reflexão jurídica da propriedade urbana, e não o Código Civil. (CARVALHO PINTO, Victor. **Direito Urbanístico: plano diretor e direito de propriedade**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 180).

¹³⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro 4: Direito das Coisas**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 109-110.

Os temas da constitucionalização e da publicização da normatização referente ao direito de propriedade, verifica-se facilmente, têm por pano de fundo a discussão de sua função social, de relevância central para o Direito moderno. Sem dúvida, foi a partir do reconhecimento do princípio da função social da propriedade que se tornou possível cogitar e desenvolver os novos institutos jurídicos referentes ao direito urbanístico, bem como estabelecer uma nova hermenêutica acerca da compreensão da tutela da ordem urbanística alinhavada no texto constitucional, e que ora se espalha no ordenamento jurídico vigente no País.

1.3.2 Função social da propriedade

A discussão sobre a função social da propriedade surge a partir da constatação de que as necessidades sociais e econômicas da sociedade exigiam cada vez mais que a propriedade deixasse de ter caráter individualista, devendo, pois, servir não só aos interesses de seu proprietário, mas também de toda coletividade. A construção jurídica deste princípio inicia com DUGUIT, que contestava até mesmo a condição do proprietário como sendo titular de direito subjetivo - este seria, em verdade, mero detentor de riqueza, pois a propriedade seria, ela mesma, função social. Assim, enquanto o proprietário cumprisse a função social da propriedade (plantasse, conservasse o bem) ele deteria a riqueza; quando ele permitisse seu malbaratamento, ficaria sujeito à intervenção dos governantes para que a propriedade sob sua posse cumprisse a sua função social. O proprietário, assim, tem tanto o dever de dar à propriedade função que aproveite a si próprio quanto à coletividade¹³⁶.

A tese da função social da propriedade, positivada já na Constituição alemã de Weimar de 1.919, foi expressamente mencionada pela primeira vez em texto constitucional brasileiro na Carta de 1.967, como princípio da ordem econômica (art. 157, III), sendo certo que a Emenda Constitucional nº 01/69 fez menção ao tema nos mesmos moldes do texto de 1.967 (art. 160, III). A Constituição Federal de 1.988, por sua vez, deu nova dimensão ao tratamento da matéria ao determinar serem tanto a propriedade quanto a sua função social direitos individuais (art. 5º, XXII e XXIII). É preciso compreender, destarte, o atual sentido de “função social da propriedade” no Brasil.

¹³⁶ HUMBERT, George Louis Hage. **O Direito urbanístico e a função socioambiental da propriedade urbana**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 92.

Já alertava BANDEIRA DE MELLO mesmo antes da entrada em vigor do atual texto constitucional que o entendimento acerca do tema da função social da propriedade deve ter por pressuposto que “não se trata apenas de coibir o uso antissocial da propriedade, mas de fazer com que cumpra tal função, já que passa a ser um bem jurídico conaturalmente definido a nível constitucional, como teleologicamente orientado para este destino”¹³⁷. Para LOUREIRO, a função social da propriedade é o concreto modo de funcionar a propriedade, seja como exercício do direito de propriedade ou não, exigido pelo ordenamento jurídico, direta ou indiretamente, por meio de imposições de obrigações, encargos limitações, restrições, estímulos ou ameaças, para satisfação de uma necessidade social, temporal e especialmente considerada. Em sua dicção¹³⁸:

Disso decorre que a função social não pode ser encarada como algo exterior à propriedade, mas sim como um elemento integrante de sua própria estrutura. Os limites legais são intrínsecos à propriedade. Fala-se não mais em atividade limitativa, mas sim conformativa do legislador. São, em última análise, características do próprio direito e de seu exercício, que, de tão realçadas, compõe o próprio conteúdo da relação.

O subsistema jurídico-urbanístico veicula um regramento jurídico que põe em evidência a ideia de conformação da propriedade em virtude de sua função social e da necessidade de seu aproveitamento não só pelo proprietário, mas sim por toda a coletividade. A propriedade urbana é, assim, formada e condicionada pelo direito urbanístico a fim de cumprir o exigido pelo texto constitucional: realizar as funções sociais da cidade¹³⁹. Nesta linha de raciocínio, afirma SILVA, a determinação do direito de propriedade urbana é o fruto dos planos urbanísticos e de outros procedimentos e normas legais que definem a qualificação urbanística para cada parcela de terreno, determinando-se, assim, o objetivo da propriedade¹⁴⁰.

Interessante citar, ainda sobre o tema, o entendimento de CORREIA, estudioso dos sistemas jurídicos continentais europeus. Para o autor, da própria possibilidade conferida ao

¹³⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Novos Aspectos da função social da propriedade no direito público. **Revista de Direito Público**, v. 20, n. 84, out/dez 1987. p. 39.

¹³⁸ LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A Propriedade como Relação Jurídica Complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 123.

¹³⁹ Não por outra razão, LIBÓRIO afirma que o proprietário do imóvel é “figura ativa” na realização dos objetivos urbanísticos, vinculando sua condição a assunção de obrigações que tornem a utilização do bem “adequada e conveniente” à localidade em que se insere. (LIBÓRIO, Daniela Campos. **Elementos de Direito Urbanístico**. São Paulo: Manole, 2004. p. 41).

¹⁴⁰ SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 77.

legislador de conformar os limites e os conteúdos do direito de propriedade privada (ou dos vários tipos de propriedade privada), derivam duas consequências:¹⁴¹

[...] em primeiro lugar, a negação do caráter absoluto do direito de propriedade, tal como tinha sido gizado pelas constituições liberais, e a consagração da natureza relativa do seu conceito. O direito de propriedade privada passa a estar dependente de uma pluralidade de leis ordinárias, que fixam conteúdos diversos e impõe limites de vária ordem aos diferentes tipos de propriedade privada. Em segundo lugar, a recusa da concepção do direito de propriedade como algo de fixo ou imutável. Com efeito, o seu conteúdo fica à mercê do legislador, que poderá ampliá-lo ou comprimi-lo em função das concepções políticas, económicas e sociais do momento.

Na Itália, a Sentença da “Corte Costituzionale” italiana nº 55, de 29 de Maio de 1968, determina que¹⁴²

[...] segundo conceitos sempre mais progressivos de solidariedade social, fica excluído que o direito de propriedade possa ser entendido como domínio absoluto e ilimitado sobre bens próprios, devendo-se, ao invés, considerá-lo subordinado no seu conteúdo a um regime que a Constituição deixa determinar ao legislador. Ao definir tal regime, o legislador pode inclusive excluir da propriedade privada de certas categorias de bens e impor, sempre para categorias de bens, algumas limitações por via geral [...].

A literatura jurídica alemã, ainda, salienta que a intensidade vinculativa da garantia da propriedade em relação à atividade de conformação do legislador não é a mesma em todos os casos. Explica CORREIA que¹⁴³

Aquela está diretamente relacionada com a *particularidade* e a *função* do objecto do direito de propriedade. Assim, o legislador está submetido a limites estreitos naquelas hipóteses em que a função da propriedade aparece como um elemento de garantia da *liberdade pessoal* do particular ou como um fundamento material do *desenvolvimento da sua personalidade* (*Persönlichkeitsentfaltung*). Em contrapartida, na opinião do *Bundesverfassungsgericht*, a competência do legislador para determinar o conteúdo e limites da propriedade é tanto mais alargada quanto mais o objecto da propriedade estiver inserido numa *referência social* (*sozialer Bezug*) e numa *função social* (*soziale Funktion*), nomeadamente quando a utilização e a decisão sobre o bem não se circunscreverem à esfera do proprietário, antes tocam interesses de outros “sujeitos de direito”. (grifos do autor)

A função social da propriedade é fundamental na conformação do instituto da propriedade, que, por sua vez, definirá os direitos de tal advindos - esta, por sua vez, é característica do Estado Democrático de Direito, constituído sob a égide da proteção a direitos individuais e pelos ditames da justiça social e da busca de uma existência digna para

¹⁴¹ CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. 1 v. p. 808.

¹⁴² Idem.

¹⁴³ Ibidem, p. 808-809.

todos. Um aspecto relevante desta conclusão é a de que a função social da propriedade tem conotação de dever jurídico que obriga a todos os detentores do domínio - assim, o proprietário não deve apenas abster-se de praticar determinados atos contrários à lei ou ao interesse coletivo, como na hipótese de abuso de direito (art. 1.228, § 2º do Código Civil), sendo obrigado também a agir, a adotar condutas positivas no sentido de imprimir ao bem um uso em consonância não só aos seus interesses individuais, mas também aos interesses da coletividade, vinculando a todos, inclusive ao poder público¹⁴⁴. No dizer da atual Ministra do Supremo Tribunal Federal CARMEN LÚCIA, somente a propriedade-função social é objeto do direito constitucionalmente garantido, nos termos do disposto no capítulo dos direitos fundamentais.

A doutrina brasileira, especialmente a partir do conteúdo do texto constitucional de 1.988, passou a tentar definir o alcance jurídico para a função social da propriedade. Anota MALUF que a previsão constitucional acerca da função social da propriedade é um princípio de transformação da sociedade capitalista, condicionando-a como um todo sem que isso implique a sua socialização. Não fica autorizada, assim, a supressão por via legislativa da propriedade privada, estando fundamentada, por outro lado, a socialização de algum tipo de propriedade, onde for necessário para a expressa realização do princípio que se sobrepõe ao interesse individual. Também não é lícito o esvaziamento do conteúdo da propriedade sem indenização, porque este está assegurado pela Lei Maior. Ainda segundo seu entendimento, a função social da propriedade representa um conjunto de condições que se impõe ao direito de propriedade a fim de que seu exercício não prejudique o interesse social, sendo, além disso, um princípio vetor do direito urbanístico. Conclui a autora, então¹⁴⁵:

Entendemos a função social da propriedade como o plexo de limitações ou restrições legais que regulam o uso da propriedade visando coibir o seu mau uso e evitar o individualismo, sem no entanto alterar-lhe a substância, visando ao bem-estar da coletividade, valorizando a essência do ser humano e possibilitando a sua sobrevivência com dignidade.

Quanto à propriedade urbana, esta atinge a sua função social quando participa positivamente do desenvolvimento da função social da cidade que corresponde ao desenvolvimento sustentável do meio ambiente artificial, obedecendo aos ditames legais e valorizando a higidez da coletividade.

¹⁴⁴ HUMBERT, George Louis Hage. Op. cit., p. 107-108. A previsão, no Estatuto da Cidade, de existência obrigatória nos planos diretores de instrumentos jurídico-urbanísticos especificamente voltados a obrigar a destinação social da propriedade, tais como parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, o Imposto Predial e Territorial Urbano Progressivo no Tempo e a desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública, confirma esta assertiva.

¹⁴⁵ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Limitações Urbanas ao Direito de Propriedade**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 60.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu sobre o tema¹⁴⁶:

O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República. O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade.

Impende relembrar, neste passo, que o ordenamento constitucional ora vigente claramente identifica a propriedade em geral como, ao mesmo tempo, um direito e um dever fundamentais. Nos termos da afirmativa de CARDOSO, a norma definidora da função social “identificará direito de terceiros frente ao titular do domínio. A propriedade urbana será reconhecida como fonte de direitos e deveres fundamentais, reveladores do lado passivo dos direitos humanos alheios”¹⁴⁷. Segundo a autora¹⁴⁸,

a propriedade urbana encerra interesses privados a serem satisfeitos, consistentes nos direitos do dono do bem, sendo o domínio oponível à coletividade. Correspondente a este direito, há um dever geral de abstenção na ingerência do objeto, na medida, e aí está o detalhe, na medida em que esta ingerência venha também a satisfazer os interesses coletivos.

O tema “função social da propriedade” reflete uma específica mudança na noção de propriedade: a passagem do seu conceito de subordinação completa de terceiros frente ao proprietário do bem ao de elemento de construção de harmonia e coesão das relações sociais, com direitos da coletividade oponíveis aos do proprietário. Tal noção, conclui-se do exposto, tem por fundamento o texto constitucional.

De fato, a partir do anúncio de proteção ao direito individual da propriedade nas condições que veicula, com a determinação de que tal atenderá à sua função social (art. 5º, incs. XXII e XXIII), a Constituição Federal claramente dispõe que o regimento do instituto se dará nos termos das características fundamentais expostas em seu texto - no dizer de CARMEN LÚCIA, somente a propriedade-função social é objeto do direito constitucionalmente garantido, nos termos do disposto no capítulo dos direitos

¹⁴⁶ ADI 2.213-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 4-4-2002, Plenário, DJ de 23-4-2004. No mesmo sentido: MS 25.284, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 17-6-2010, Plenário, DJE de 13-8-2010. Fonte: “A Constituição e o Supremo”, compilação realizada pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/sumariobd.asp>>. Acesso em: 25 nov. 2016.

¹⁴⁷ CARDOSO, Fernanda Lousada. **A Propriedade Privada Urbana Obriga?**. São Paulo: Renovar, 2008. p. 44.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 44-45.

fundamentais¹⁴⁹. Assim, além de disposições como a que autoriza que o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural seja progressivo e com alíquotas fixáveis de forma a desestimular a manutenção de propriedades improdutivas (art. 153, § 4º, I)¹⁵⁰, e a que determina serem as propriedades rurais produtivas insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária (art. 185, II), privilegiando-se, destarte, sua função social, a Carta Magna determina, no art. 182, § 2º, que a função social da propriedade será atendida quando atendidas as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

Ao veicular tal disposição, a Constituição Federal ao instrumento do plano diretor a um papel de incontestável protagonismo em sede de legislação municipal. Não por outra razão, o Estatuto da Cidade reitera estas disposições em seus arts. 39 e 40, além de estabelecer que o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual deverão incorporar as diretrizes e prioridades previstos naquele diploma legal.

Importante destacar que estas disposições da Constituição Federal acerca do plano diretor, por sua vez, são replicadas pelas constituições estaduais, ordinariamente com mínimas variações de conteúdo material. Assim o é, *verbi gratia*, na Constituição do Estado de São Paulo¹⁵¹, na Constituição do Estado do Rio de Janeiro¹⁵², na Constituição do Estado

¹⁴⁹ ANTUNES ROCHA, Carmen Lúcia. O princípio constitucional da função social da propriedade. In: BACELLAR, Romeu Felipe; FERREIRA MOTTA, Paulo Roberto; AGUIRRE DE CASTRO, Rodrigo Pironti (coords.). **Direito Administrativo Contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 88.

¹⁵⁰ Recebendo, neste ponto, tratamento semelhante ao conferido às propriedades urbanas (art. 182, § 4º).

¹⁵¹ “Artigo 181 - Lei municipal estabelecerá, em conformidade com as diretrizes do plano diretor, normas sobre zoneamento, loteamento, parcelamento, uso e ocupação do solo, índices urbanísticos, proteção ambiental e demais limitações administrativas pertinentes. § 1º - Os planos diretores, obrigatórios a todos os Municípios, deverão considerar a totalidade de seu território municipal. § 2º - Os Municípios observarão, quando for o caso, os parâmetros urbanísticos de interesse regional, fixados em lei estadual, prevalecendo, quando houver conflito, a norma de caráter mais restritivo, respeitadas as respectivas autonomias. [...]”

¹⁵² “Art. 229 - A política urbana a ser formulada pelos municípios e, onde couber, pelo Estado, atenderá ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade com vistas à garantia e melhoria da qualidade de vida de seus habitantes. § 1º - As funções sociais da cidade são compreendidas como o direito de todo o cidadão de acesso a moradia, transporte público, saneamento básico, energia elétrica, gás canalizado, abastecimento, iluminação pública, saúde, educação, cultura, creche, lazer, água potável, coleta de lixo, drenagem das vias de circulação, contenção de encostas, segurança e preservação do patrimônio ambiental e cultural. § 2º - O exercício do direito de propriedade atenderá à função social quando condicionado às funções sociais da cidade e às exigências do plano diretor. § 3º - Aos Municípios, nas leis orgânicas e nos planos diretores, caberá submeter o direito de construir aos princípios previstos neste artigo. [...] Art. 231 - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para as áreas urbanas de mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana. § 1º - O plano diretor é parte integrante de um processo contínuo de planejamento a ser conduzido pelos municípios, abrangendo a totalidade dos respectivos territórios e contendo diretrizes de uso e ocupação do solo, vocação das áreas rurais, defesa dos mananciais e demais recursos naturais, vias de circulação integradas, zoneamento, índices urbanísticos, áreas de interesse especial e social, diretrizes econômico-financeiras e administrativas. § 2º - É atribuição exclusiva dos municípios, a elaboração do plano diretor e a condução de sua posterior implementação. § 3º - As intervenções de órgãos federais, estaduais e municipais deverão estar de acordo com as diretrizes definidas pelo plano diretor. [...]”

de Minas Gerais¹⁵³, da Constituição do Estado da Bahia¹⁵⁴ e Constituição do Estado de Goiás¹⁵⁵. Tal condição - a repetição, nas constituições estaduais, das disposições fundamentais acerca do plano diretor trazidas na Constituição Federal - não deve ser considerada acidental. De fato, o regramento estabelecido na Carta Magna, como já asseverado alhures, consubstancia-se em verdadeiro princípio constitucional estabelecido, como norma de preordenação¹⁵⁶.

Além de ter havido a opção do constituinte originário de condicionar a formulação e execução de políticas públicas de desenvolvimento urbano a este modelo estrutural preestabelecido, de observância obrigatória pelos entes federados (estados-membros e municípios), a legislação infraconstitucional hoje amplamente contempla o tema da função

¹⁵³ “Art. 171 – Ao Município compete legislar: I – sobre assuntos de interesse local, notadamente: a) o plano diretor; b) o planejamento do uso, parcelamento e ocupação do solo, a par de outras limitações urbanísticas gerais, observadas as diretrizes do plano diretor;”

¹⁵⁴ “Art. 167. Caberá ao Estado, na forma da Constituição Federal e desta Constituição, legislar sobre direito urbanístico, e aos Municípios executar a política urbana, conforme diretrizes fixadas em lei, objetivando o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, e a garantia do bem-estar de seus habitantes. Art. 168. As ações de órgãos estaduais nos Municípios deverão estar de acordo com as diretrizes definidas pelos respectivos planos diretores. Art. 169. As terras públicas estaduais não utilizadas ou subutilizadas e as discriminadas serão prioritariamente destinadas a assentamentos de população de baixa renda, instalação de equipamentos coletivos ou manutenção do equilíbrio ecológico e recuperação do meio ambiente natural, respeitado o plano diretor.”

¹⁵⁵ “Art. 84. A política urbana a ser formulada pelos Municípios atenderá ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar de seus habitantes. Art. 85. O Plano Diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para as cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana. § 1º - A propriedade urbana cumpre a sua função social quando atende às exigências do Plano Diretor, sua utilização respeita a legislação urbanística e não provoca danos ao patrimônio cultural e ambiental. § 2º - O Plano Diretor, elaborado por órgão técnico municipal, com a participação de entidades representativas da comunidade, abrangerá a totalidade do território do Município e deverá conter diretrizes de uso e ocupação do solo, zoneamento, índices urbanísticos, áreas de interesse especial e social, diretrizes econômico-financeiras, administrativas, de preservação da natureza e controle ambiental. § 3º - Na elaboração do Plano Diretor, devem ser consideradas as condições de riscos geológicos, bem como a localização das jazidas supridoras de materiais de construção e a distribuição, volume e qualidade de águas superficiais e subterrâneas na área urbana e sua respectiva área de influência. § 4º - As áreas urbanas com população inferior a vinte mil habitantes deverão elaborar diretrizes gerais de ocupação do território que garantam as funções sociais da cidade e da propriedade, definindo áreas preferenciais para urbanização, regras de uso e ocupação do solo, estrutura e perímetro urbanos.”

¹⁵⁶ Os princípios constitucionais estabelecidos, no dizer de SILVA, são aqueles que conformam a autonomia dos Estados, trazendo disposições de como será sua organização e veiculando normas constitucionais de caráter vedatório e princípios constitucionais de organização social, política e econômica. (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 613). São disposições da Constituição Federal que veiculam normas de competência e de preordenação, de observância obrigatória destes entes na formulação de sua ordem jurídica fundamental - a constituição estadual. Consistem em determinadas normas que se encontram espalhadas pelo texto da Constituição, e, além de organizarem a própria federação, estabelecem preceitos centrais de observância obrigatória aos Estados-membros em sua auto-organização. Subdividem-se em normas de competência (por exemplo: arts. 23; 24; 25, 27, parágrafo 3º; 75; 96, I, a-f; 96, II, a-d; 98, I e II; 125, parágrafo 4º; 144, parágrafo 4º, 5º e 6º; 145, I, II e III; 155, 1, a, b, c, II) e normas de preordenação (por exemplo: arts. 27; 28; 37, I a XXI, parágrafos 1º a 6º; 39 a 41; 42, parágrafos 1º a 11; 75; 95, I, II e III; 95, parágrafo; 235, I a XI). (MACHADO HORTA, Raul. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 392-393). O art. 182 apresenta-se, destarte, como norma de preordenação.

social da propriedade, não somente no Estatuto da Cidade como também no Código Civil e em legislações especiais e extravagantes¹⁵⁷, mostrando-se ser claro exemplo do processo já identificado de constitucionalização e da publicização do direito civil.

1.3.3 Propriedade urbanística

Com os elementos já coligidos, mostra-se adequado concluir que a própria conformação da propriedade, incluindo sua definição e direitos e deveres inerentes, dependerão da observância dos preceitos jurídicos que exigem seu máximo aproveitamento tanto sob o ponto de vista do proprietário como dos interesses transindividuais¹⁵⁸. Em outros termos, a conformação do direito individual da propriedade guarda relação direta com o direito difuso à sua utilização social. Para melhor esclarecer este aspecto, é de se trazer à consideração o ensinamento de BANDEIRA DE MELLO¹⁵⁹:

¹⁵⁷ Somente à guisa de exemplo, além do Estatuto da Cidade, que declara expressamente trazer normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental, com o fim de balizar a política de desenvolvimento urbano que terá por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, o Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406/2.002) determina que os direitos inerentes à propriedade são protegidos “em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”, sendo “defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem” (art. 1.228, caput e §§ 1º e 2º). Institutos como a usucapião (arts. 1.238 e ss.), o abandono (art. 1.276) e o uso anormal da propriedade (arts. 1.277 e ss.) também privilegiam a função social da propriedade. No Decreto-Lei nº 3.365/1941, a função social da propriedade, editado, portanto, na primeira metade do Século XX, aparece com destaque que são de utilidade pública (art. 2º), entre outros, os casos de salubridade pública; a criação e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência; a exploração ou a conservação dos serviços públicos; a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o parcelamento do solo, com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; a construção ou ampliação de distritos industriais; o funcionamento dos meios de transporte coletivo; a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais. O fundamento material da necessidade de desapropriação prevista na chamada Lei de Desapropriação é o reconhecimento, por parte do Estado, de que determinada propriedade deve ser especialmente afetada ao interesse público. Há, assim, um sacrifício de direitos do proprietário em prol do bem comum, cumprindo o bem sua função social. O reverso de tal raciocínio é a exigência, por parte do Poder Público, de que o proprietário particular cumpra a destinação social de sua propriedade, sob pena de desapropriação (art. 182, § 4º III da Constituição Federal e art. 8º da Lei n. 10.257/2001). Neste caso, a função pública é comum a todos os proprietários que se encontrem sob a mesma situação jurídica, sendo a desapropriação o cumprimento de dever genérico imposto ao Poder Público e aos particulares de promover a função social da propriedade. Esta segunda modalidade de desapropriação representa, claramente, o abandono do conceito exclusivista e egoístico de propriedade individual, com o reconhecimento da propriedade como elemento de promoção do bem-estar coletivo.

¹⁵⁸ Parece não haver dúvida de que o interesse transindividual à cidade desenvolvida de maneira socialmente justa e equilibrada é um interesse do tipo “difuso”, embora a tutela judicial de tal interesse, eventualmente, e a depender da lesão realizada a tal bem, possa ser requerida em face de um interesse individual homogêneo ou coletivo em sentido estrito.

¹⁵⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 834.

Através da Constituição e das leis os cidadãos recebem uma série de direitos. Cumpre, todavia, que o seu exercício seja compatível com o bem-estar social. Em suma, é necessário que o uso da *liberdade* e da *propriedade* esteja entrosado com a utilidade coletiva, de tal modo que não implique uma barreira capaz de obstar à realização dos objetivos públicos.

Convém desde logo observar que não se deve confundir liberdade e propriedade com *direito de liberdade* e *direito de propriedade*. Estes últimos são expressões daquelas, porém tal como admitidas em um dado sistema normativo. Por isso, rigorosamente falando, não há *limitações administrativas* ao *direito* de liberdade e ao *direito* de propriedade – é a brilhante observação de Alessi -, uma vez que estas simplesmente integram o desenho do próprio perfil do direito. São elas, na verdade, a fisionomia normativa dele. Há, isto sim, limitações à liberdade e à propriedade. (grifos do autor)

No mesmo sentido, assevera LUIS MANOEL FONSECA PIRES¹⁶⁰:

Decerto, o corte metodológico - o que pertence ao direito e apresenta-se como objeto de estudo da ciência jurídica e o que se encontra fora dele - é insuperável: não se limitam os direitos porque estes, como direitos que são, não são absolutos nem correspondem necessariamente às acepções que se têm na coletividade ou noutras ciências do conhecimento humano; os direitos são a conformação que um do ordenamento jurídico emprega a um valor conhecido e caro à sociedade, e tal como o define, o delinea, da maneira como traça e colore este valor, assim é tido como um direito; portanto, a certo valor relevado pelo direito tem-se a revelação deste mesmo valor na forma e nos limites que lhe são impressos pelo direito, o que nem sempre coincide com o que este valor comporta fora do âmbito jurídico.

Há uma grande repercussão prática na adoção de tais premissas: a conformação da propriedade imobiliária urbana (doravante simplesmente “propriedade urbanística”), por intermédio de lei, não enseja a possibilidade de indenização aos particulares afetados em razão de não acarretar nenhum sacrifício de direito. Tal ocorre porque a definição dos caracteres da propriedade urbanística representa a própria consubstanciação do direito de propriedade urbanística - desta forma, o que poderia parecer uma limitação administrativa (como a proibição de construir acima de certa altura, ou de respeitar o recuo para edificar, ou de ter que adquirir onerosamente potencial construtivo adicional) na realidade não detém esta característica, pois, na realidade, nunca integrou o direito. Em verdade, a possibilidade de limitações à propriedade pelo Poder Público tem por pressuposto a compreensão de que é a própria lei quem define o conceito desta - uma vez conformada a propriedade, ficam estabelecidos os direitos dela advindos, sendo certo que estes não poderão em regra ser sacrificados¹⁶¹ sem que haja a correspondente indenização a tanto - o direito de propriedade

¹⁶⁰ PIRES, Luis Manoel Fonseca. **Limitações Administrativas à Liberdade e à Propriedade**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 109.

¹⁶¹ Como bem relembra PIRES, há que se distinguir a conformação, o sacrifício e a violação de direitos. Enquanto a primeira, em regra, não gera indenização, os sacrifícios e as violações de direitos geram dever de indenizar. Quanto ao primeiro, somente o referente a danos emergentes; quanto ao segundo, também por lucros cessantes. (Ibidem, p. 317).

urbanística será conhecido em virtude do perfil da propriedade traçado pelo ordenamento jurídico vigente em determinado momento histórico¹⁶². As limitações urbanísticas da propriedade, assim, no dizer de FIGUEIREDO, “são específicas, atingem determinadas pessoas ou bens, produzem gravames e devem ser indenizados na medida do dano provocado”¹⁶³ - exemplos de tais restrições são o tombamento, as servidões administrativas, as requisições, ocupações temporárias de imóvel etc.

Em face do que foi exposto, podemos chegar ao conceito de propriedade urbanística, que é aquela formada e condicionada pelo direito urbanístico a fim de cumprir sua função social específica: realizar as chamadas funções urbanísticas de propiciar habitação (moradia), condições adequadas de trabalho, recreação e circulação humana - em suma, realizar as funções sociais da cidade¹⁶⁴.

As características principais da propriedade urbanística, por sua vez, podem ser assim resumidas: a) a propriedade tradicional traduzia-se simplesmente no plano horizontal. A propriedade urbanística apresenta uma terceira dimensão. É uma propriedade cúbica, ou seja, o proprietário só pode construir acima e abaixo do solo de acordo com o plano urbanístico, sendo certo que a altura e a profundidade passam a constituir valores intrínsecos dessa propriedade; b) a propriedade urbanística tem destinação específica, isto é, o plano urbanístico positivado pela lei urbanística determina o uso que se pode dar ao terreno - residencial, comercial, etc. - ou ainda o número de habitações que podem ser construídas; c) a propriedade urbanística possui, também, um caráter temporal - seu conteúdo é dado pelo plano e, como o plano é mutável, segue-se que também ela é mutável; d) a propriedade urbanística implica também obrigações de fazer, podendo, inclusive, constranger o proprietário a edificar, sob pena de ser expropriado pelo Poder Público; e) a propriedade urbanística recebe a sua forma do plano de diretor¹⁶⁵; f) a propriedade urbanística está

¹⁶² Anota CARVALHO PINTO que “os planos não são gerais, no sentido usual da palavra, pois definem normas específicas para cada propriedade. A gratuidade das limitações não decorre de uma suposta generalidade, mas de sua natureza conformadora do direito de propriedade, consequência do princípio da função social”, e cita Sundfeld, que critica a generalidade como índice caracterizador de limitações não indenizáveis, e propõe, sem seu lugar, a utilização dos critérios de racionalidade e razoabilidade, conjugados com o da preservação normal do uso do bem. (CARVALHO PINTO, Victor. **Direito Urbanístico: plano diretor e direito de propriedade**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 231-232).

¹⁶³ FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 313.

¹⁶⁴ SILVA, Jose Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 75.

¹⁶⁵ Embora não haja tal destaque pelo autor citado, a propriedade urbanística também é conformada pela legislação decorrente do plano diretor.

intimamente vinculada aos serviços públicos que a servem, de tal forma que o seu proprietário é obrigado a custeá-los, ainda que deles não se utilize¹⁶⁶.

A noção de propriedade urbanística é de extrema relevância para a estruturação e aplicação dos instrumentos jurídicos de transformação do território urbano. A capacidade de disciplinar as capacidades e destinações edilícias é elemento fundamental na fixação do valor da terra urbana e imprescindível para o desenvolvimento arquitetônico-urbanístico das cidades, que se dá em uma ação concertada entre particulares e o Poder Público.

1.4 Livre iniciativa e direito urbanístico: deveres compartilhados

1.4.1 Confiança e *Accountability*

O primeiro tema a abordar no tocante aos deveres compartilhados entre o Poder Público e o setor privado na implantação de projetos urbanísticos é o referente à confiança nas regras objetivamente expostas e a todos aplicáveis, o que se fará a partir de uma rápida análise do Princípio da Confiança.

Segundo o Princípio da Confiança, se um ato administrativo é praticado pela Administração Pública de forma legal (ou aparentemente legal), tal condição causa ao administrado a justa expectativa de sua manutenção, ainda mais se mantidas as condições nas quais surgiu. Afirmar MAURER que a proteção da confiança parte da perspectiva do cidadão. Em suas palavras, “ela exige a proteção da confiança do cidadão que contou, e dispôs em conformidade com isso, com a existência de determinadas regulações estatais e outras medidas estatais”¹⁶⁷.

Apontam-se, ordinariamente, três perspectivas do princípio da confiança¹⁶⁸:

- a) de um lado, tem-se a proteção procedimental da confiança ou das expectativas legítimas, consubstanciada na necessidade de uma atividade administrativa processualizada, em que se assegure a participação dos destinatários da função administrativa;
- b) de outro lado, tem-se a proteção compensatória da confiança, compreendida como o dever do Estado de ressarcir os prejuízos decorrentes da frustração de expectativas nele legitimamente depositadas pelos cidadãos;
- c) por fim, destaca-se a proteção substancial ou material da confiança, cujo significado pode ser sumarizado como sendo um conjunto de normas jurídicas emergentes da ação administrativas do Estado, em face de expectativas que, por

¹⁶⁶ CARVALHO PINTO, Victor. **Regime Jurídico do Plano Diretor**. Disponível em: <<http://migre.me/vLwoc>>. Acesso em: 08 jul. 2016.

¹⁶⁷ MAURER, Hartmut. **Elementos de direito administrativo alemão**. Porto Alegre: Safe, 2001. p. 68

¹⁶⁸ MAFFINI, Rafael. **Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. p. 32

razões especiais, apresentam-se legítimas e, assim, dignas de proteção.

As três perspectivas da proteção da confiança são aplicáveis ao subsistema jurídico-urbanístico e às relações jurídicas estatuídas sob a sua regência. No tocante ao aspecto procedimental, como visto, o princípio da gestão democrática das cidades é referencial de toda formação e aplicação do direito urbanístico, sendo certo, ainda, que tal aspecto rege a confiança na manutenção das condições legais e contratuais de desenvolvimento urbano estatuídas pelo Poder Público. Quanto à proteção substancial da confiança, o direito de protocolo e o instituto do uso tolerado (abordados na sequência deste trabalho) são seus reflexos. Por fim, eventuais prejuízos advindos ao particular em razão das atividades urbanísticas serão, em princípio, ressarcidos, desde que a diminuição do patrimônio do particular ocorra com a quebra da igualdade imanente do plano urbanístico. Atendidas estas três formas de efetivação do princípio da confiança, ao menos do que toca aos instrumentos jurídico-urbanísticos, não há que se falar em preterição das expectativas legítimas do administrado.

O tema da confiança entre o Poder Público e os administrados tem ligação direta com um outro princípio hodiernamente atribuído à atividade da Administração Pública: o da “responsividade”. O Princípio da Responsividade relaciona a atuação administrativa à legitimidade, ampliando os efeitos do tradicional Princípio da Responsabilidade, ligado à legalidade estrita, e tem por objeto preservar o princípio democrático e a legitimidade, como qualidade deste decorrente - exsurge, desta feita, como princípio instrumental da democracia, uma vez que se destina a conciliar a expressão da vontade popular, democraticamente recolhida, com a racionalidade pública¹⁶⁹. Diretamente ligado à transparência da gestão administrativa, o Princípio da Responsividade fundamenta o que se convencionou denominar “teoria da *accountability*”, de origem norte-americana, no tocante à Administração Pública.

A *accountability*, entendida “como a responsabilização permanente dos gestores públicos em razão dos atos praticados em decorrência do uso do poder que lhes é outorgado

¹⁶⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 154. Para uma leitura sobre os novos aspectos da gestão pública, considerando o dever do Poder Público de ofertar padrões de qualidade, eficácia, eficiência, produtividade, liberdade e responsabilidade na tomada de decisões, cf. OSÓRIO, Fabio Medina. Novos rumos da gestão pública brasileira: dificuldades teóricas ou operacionais? In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa (coord.) **Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 283-300.

pela sociedade”¹⁷⁰, pode apresentar-se, em face da Administração Pública, basicamente em três dimensões de processos: o hierárquico, presente na Administração Pública tradicional, com foco nos controles formais dos atos e processos administrativos; o que privilegia as regras de mercado, com ênfase no controle dos resultados da atuação estatal; e, com referência direta ao Princípio da Responsividade, o dos valores democráticos¹⁷¹. Os três aspectos dizem respeito à atuação do Poder Público na implantação de projetos urbanísticos. Especificamente sobre os controles dos resultados econômicos da atuação estatal, cumpre tecer algumas considerações sobre a teoria da Análise Econômica do Direito.

1.4.2 A Análise Econômica do Direito

Numa noção sintética, a Análise Econômica do Direito é uma pauta de hermenêutica jurídica que tem por foco os problemas relativos à eficiência do Direito, o custo dos instrumentos jurídicos na persecução de seus fins e as consequências econômicas das intervenções jurídicas¹⁷².

As preocupações mais importantes da Análise Econômica do Direito, são (a) a análise do impacto econômico da norma jurídica, englobando a avaliação dos possíveis resultados positivos e negativos da sua aplicação; (b) a análise econômica normativa, que se refere a uma abordagem finalística, teleológica, pela qual se pretende saber que tipo de norma seria mais adequada para a obtenção de determinados objetivos econômicos. Em outros termos, considerando um determinado contexto real dentro do qual se deseja atingir certo objetivo por intermédio da criação de normas jurídicas (em sentido amplo), são analisadas quais são as características e o conteúdo de tais normas para que sejam atingidos estes objetivos de maneira mais economicamente eficiente: realiza-se uma ponderação de custo-benefício de como atingir-se o objetivo social tendo em vista as alternativas viáveis pelo critério do custo econômico; a análise econômica explicativa, que busca lançar luz sobre a racionalidade econômica das normas jurídicas já existentes¹⁷³.

¹⁷⁰ ROCHA, Arlindo Carvalho; QUINTIERE, Marcelo de Miranda Ribeiro. **Auditoria Governamental: Uma abordagem metodológica da Auditoria de Gestão**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 3.

¹⁷¹ Neste sentido, cf. ROCHA, Arlindo Carvalho. *Accountability na Administração Pública: Modelos Teóricos e Abordagens*. **Contabilidade, Gestão e Governança**. Brasília: UNB Contábil, v. 14, n. 2, mai/ago 2011. p. 82-97.

¹⁷² Neste sentido, cf. MERCADO PACHECO, Pedro. **El Analisis Economico del Derecho**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1994. p. 34-35.

¹⁷³ GRAU realiza, em sua obra “O direito posto e o direito pressuposto”, um estudo sobre a relação entre o direito e a economia, onde conclui que o direito posto (positivado) é o resultado da correlação das forças produtivas existentes em uma sociedade, que detém seu direito pressuposto (surgido de suas relações). O direito

A Análise Econômica do Direito busca, também, responder como tendem a se comportar os agentes legislativos que desejam provocar certo efeito no domínio econômico através de medidas de política econômica, bem como, em sentido reverso, como se comportam os agentes econômicos que desejam obter dos agentes legislativos a edição de certas medidas de política econômica visando a atender seus interesses privados¹⁷⁴. O resultado do labor exegético utilizando esta teoria resultará tanto a formulação da norma jurídica mais eficiente aos fins a que se destina quanto a interpretação mais útil em termos de resultados ontológicos esperados pelo ordenamento jurídico - ainda que seja discutível o que significa bem-estar social¹⁷⁵, a noção continua útil a este trabalho.

A teoria da Análise Econômica do Direito desenvolveu-se em várias vertentes¹⁷⁶. Cabe a este trabalho, tão somente, avaliar se seus fundamentos são aplicáveis à formulação e aplicação da política de desenvolvimento urbano e, mais especificamente, à legislação

pressuposto condiciona a formulação do direito posto, e o direito posto acaba por alterar o direito pressuposto, num movimento dialético contínuo. A economia atua na base do direito, nas relações que originarão o direito pressuposto - para o autor, assim, a economia condiciona o direito, da mesma forma que o direito condiciona a economia (GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 60-71). Uma das facetas da Análise Econômica do Direito, assim, acaba sendo estudar os reflexos deste processo dialético identificado por GRAU, e as condições em que ele acontece.

¹⁷⁴ ALBUQUERQUE, Luiz. **Introdução ao estudo da Análise Econômica do Direito**. Disponível em: <<http://migre.me/vLB2x>>. Acesso em 10 nov. 2016. p. 6-11.

¹⁷⁵ O tema é exposto por MARISTRELLO PORTO: “Esta ideia é importante porque ela é o fator de distinção determinante quando analisamos os dois critérios de eficiência estabelecidos pela economia clássica: a eficiência de Kaldor-Hicks e a eficiência de Pareto. O critério da eficiência de Kaldor-Hicks estabelece o parâmetro do somatório simples dos níveis de utilidades dos indivíduos da sociedade, como havíamos visto com a fórmula do bem-estar social. Voltemos ao exemplo de uma sociedade com três indivíduos: João, Pedro e Maria. Numa situação inicial, João possui R\$100.000,00, Pedro possui R\$50.000,00, e Maria possui R\$40.000,00. Como consequência de determinada medida política “X”, João passará a possuir R\$150.000,00, Pedro R\$50.000,00, e Maria R\$20.000,00. Se adotarmos o critério de eficiência de Kaldor-Hicks, a medida deverá ser considerada eficiente, uma vez que aumenta o resultado da fórmula de bem-estar social. Basta verificar que no cenário inicial o bem-estar era de R\$190.000,00 (R\$100.000,00 + R\$50.000,00 + R\$40.000,00). Após a adoção da medida “X”, o bem-estar passa a ser de R\$220.000,00 (R\$150.000,00 + R\$50.000,00 + R\$20.000,00). A medida não pode, entretanto, ser considerada eficiente pelo critério de Pareto. O critério de eficiência de Pareto estipula que uma determinada medida é eficiente somente quando melhora o nível de bem-estar de alguém sem piorar o nível de bem-estar de ninguém. Após a adoção da medida “X”, Maria deixa de possuir R\$40.000,00, e passa a possuir apenas R\$20.000,00. Como a medida prejudicou Maria, não pode ser considerada eficiente pelo critério de Pareto. É fácil perceber que o critério de eficiência de Pareto é mais restritivo que o critério de Kaldor-Hicks. Na realidade, nem sempre é possível encontrar medidas que melhorem a situação de parte da sociedade sem prejudicar ninguém, nem sempre é possível encontrar melhorias de Pareto. Então, porque adotar um critério tão restritivo? O critério de Pareto leva em consideração a diferença entre maximização de utilidade e maximização da riqueza. Como vimos, pessoas podem atribuir utilidade distinta a uma mesma quantidade de riqueza. Maria, que, em nosso exemplo, possui uma renda menor que a de João, pode atribuir mais utilidade aos R\$20.000,00 que perdeu do que João aos R\$50.000,00 que ganhou. Desta forma, o critério de eficiência de Pareto, apesar de mais restritivo, garante que o aumento de bem-estar se dê também em termos de utilidade”. (PORTO, Antonio Jose Maristrello. **Análise Econômica do Direito (AED)**. Rio de Janeiro: FGV, 2015. p. 16-17. Disponível em: <<http://migre.me/vLB3d>>. Acesso em: 13 nov. 2016).

¹⁷⁶ Escola de Chicago, Teoria Neoinstitucionalista, Escola de New Haven etc., que não merecerão, neste trabalho, abordagem específica.

urbanística, especialmente tendo em vista o objetivo constitucional de proporcionar aos cidadãos a fruição das funções sociais da cidade. O problema foi desta forma sintetizado por BARCELLOS¹⁷⁷:

(i) a Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a garantia e a promoção dos direitos fundamentais; (ii) as políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente; (iii) as políticas públicas envolvem gasto de dinheiro público; (iv) os recursos públicos são limitados e é preciso fazer escolhas; logo, em certa medida, (v) a Constituição vincula as escolhas em matéria de políticas públicas e o gasto dos recursos públicos.

A construção da política de desenvolvimento urbano, para que seja eficiente, deverá reconhecer esta realidade, e considerar a escassez de recursos públicos alocáveis como um dado do problema do desenvolvimento urbano. A consequência desta escassez, por sua vez, caracteriza o denominado *trade off*: a alocação de recursos escassos envolve, simultaneamente, a escolha do que atender e do que não atender, isto é, empregar um dado recurso para um determinado fim significa não apenas compromisso com esse fim, mas também decidir não avançar, com o recurso que está sendo consumido, em todas as demais direções possíveis¹⁷⁸.

Interessa a este estudo, ainda, a noção de “eficiência” da Análise Econômica do Direito, por tal ser útil a avaliar resultados satisfatórios no tocante ao desiderato de promoção de um desenvolvimento urbano justo e sustentável, finalidade última do subsistema jurídico-urbanístico. Isso não significa que a lógica econômica passe a ser o escopo da ação estatal de planejamento e desenvolvimento urbano, mas que seja considerada como elemento importante de tal, e ponderada como uma das razões de decidir por ocasião da decisão da arbitragem estatal no âmbito da disputa havida na arena pública em que confrontam os legítimos interessados no processo de desenvolvimento urbano do município.

1.4.3 Competências públicas e privadas no desenvolvimento urbano

As considerações acerca da Análise Econômica do Direito levam a outro tipo de

¹⁷⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 102.

¹⁷⁸ AMARAL, Gustavo; MELO, Daniele. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 92.

reflexão, desta feita sobre o conceito de separação entre atividades próprias do Estado e as reservadas aos particulares (“atividades públicas” e “atividades privadas”). Esta separação remete às conceituações típicas do Estado Liberal, surgido para proteger a propriedade e a liberdade contra o arbítrio estatal. Tal concepção pressupunha o monopólio estatal do Poder Público e a exclusão da sociedade da esfera de atividades afetas a interesses considerados públicos, seja em razão do seu titular (o Estado), seja em razão da matéria (concernente ao que posteriormente foi identificado como interesse público primário).

No dizer de GONÇALVES, há três principais linhas de pensamento sobre o tema. A primeira simplesmente nega a distinção entre as atividades públicas e privadas, porque não haveria atividades que o Estado potencial ou efetivamente possa desempenhar que não pudessem ser executadas pelos particulares, criando uma regulação autossuficiente. Aqui, a intervenção estatal seria algo meramente contingente, não necessário¹⁷⁹. A atuação estatal, nesta linha de pensamento, seria eminentemente subsidiária, justificada em razão de circunstâncias particulares, legítima no caso de insuficiência ou de falhas no mecanismo de autorregulação social. Esta linha de pensamento pode ser claramente identificada com a teoria da *public utilities* do direito norte-americano, tributária do Estado Liberal. Ainda que hoje esta linha de pensamento admita alguns elementos de intervenção do Estado como árbitro da efetiva e correta prestação dos serviços de interesse público (Estado Regulador), privilegia-se o postulado da livre-iniciativa. Neste sentido, ORTIZ, dissertando sobre os serviços de interesse geral, tratados no direito comunitário europeu, defende que o Estado Regulador¹⁸⁰

[...] seria aquele que, admitindo o protagonismo econômico da sociedade civil, se limitasse a manejar os instrumentos e alavancas necessárias para otimizar as interações no próprio seio, umas vezes corrigindo os excessos de pressão, e outras a carência de impulso segundo a necessidade, mediante técnicas bem estudada e finamente aplicadas.

A segunda corrente, denominada de “legalismo realista”, apresenta-se em oposição à primeira, postulando a incoerência da distinção entre tarefas públicas e privadas - o Estado possui um papel fundamental nas relações jurídicas que se estabelecem entre os cidadãos, e mesmo as ações desenvolvidas pelos particulares no âmbito de sua autonomia consistem no resultado de uma decisão estatal de não as proibir - aqui, claramente, percebe-se a influência

¹⁷⁹ GONÇALVES, Pedro. **Entidades privadas com poderes públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 229-230.

¹⁸⁰ ORTIZ, Gaspar Ariño. Sucessos e fracassos da regulação. In: **REDAE**, n. 3, 2005. p. 14. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-3-AGOSTO-2005-GASPAR%20ARINO%20ORTIZ.pdf>>. Acesso em: 09 jul. 2016.

da Escola do Serviço Público. A terceira concepção, por fim, diz respeito à insuficiência e ao caráter redutor da dicotomia. Esta não asseguraria uma correta compreensão dos fenômenos da “administração mista” e da “partilha de responsabilidades entre os atores públicos e privados”. A realização de fins públicos seria sempre uma atividade mista, partilhada com os sujeitos privados. Haveria, então, uma interdependência, uma mistura entre o público e o privado. “Avultam as ‘zonas cinzentas’, que não são públicas nem privadas, mas as duas coisas ao mesmo tempo, ou, porventura, algo diferente e novo”.¹⁸¹

Em verdade, o paradigma da separação dicotômica entre o público e o privado, como bem alerta CASSESE, parece não mais se sustentar. Com efeito¹⁸²,

[...] Estado e mercado, público e privado, que antes eram considerados mundos separados e em oposição, apresentam-se como entidades que se interpenetram. O Estado, universo fechado de sujeitos, como mercado, universo aberto. O Estado como conjunto de sujeitos com posições atribuídas segundo uma ordem tendencialmente hierárquica, enquanto no mercado os operadores assumem posições variáveis, em uma ordem tendencialmente paritária. O Estado, sistema no qual prevalecem relações do tipo *command and control*, enquanto no mercado dominam relações de negociação. O Estado assume e cuida de interesses gerais pré-ordenados, enquanto no mercado atuam interesses particulares, do conflito-concorrência deriva o ótimo resultado. Os dois modelos aparecem menos distantes. Empréstam-se partes reciprocamente. [...]

A expressão escolhida para resumir em um único termo esses novos paradigmas (arena pública), talvez inadequada, apresenta bem, entretanto, o alargamento da fronteira do poder público e a transformação de sua morfologia e, ao mesmo tempo, permite compreender a sua incompletude.

Na esteira do asseverado por MARQUES NETO, insta destacar que de fato parece ter havido o esfumaçamento da nitidez desta linha demarcatória entre o público e o privado, passando a ser crescente o intercâmbio entre os seus instrumentos, valores e pressupostos. Em virtude do fortalecimento da sociedade civil, com a emergência de associações e organizações não governamentais, houve uma espécie de esvaziamento do conceito de Estado enquanto exclusivo responsável por apontar os interesses gerais a privilegiar, atribuindo-se a tais entidades a capacidade de promover a pauta pública de discussões e decisões. O processo de internacionalização e globalização contribuiu para a crise na dicotomia, porquanto foram introduzidos novos espaços decisórios (supranacionais), nos quais atores privados passaram a ter um papel cada vez mais relevante. Ocorreu, assim, um processo de fracionamento do poder decisório estatal em sua manifestação normativa¹⁸³. De acordo com MEDAUAR, as transformações no modo de atuar do Estado e na estrutura da

¹⁸¹ GONÇALVES, Pedro. Op. cit., p. 230-231.

¹⁸² CASSESE, Sabino. **A Crise do Estado**. Campinas: Saber, 2010. p. 145.

¹⁸³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 133-142.

sociedade levaram a uma redução dos limites entre Estado e sociedade, que, agora, são interdependentes. As fronteiras entre a esfera pública e privada perdem nitidez, tendo em vista a “publicização do privado” (já que o Estado passa a atuar em setores antes privados) e a “privatização do público” (com a crescente participação de organizações e associações na gestão de atividades de interesse geral)¹⁸⁴.

Além da discussão sobre a perda de nitidez da linha distintiva entre a atuação estatal e o campo de ação dos particulares, é possível tecer considerações sobre atividades estatais e particulares em si consideradas. Nesta linha de ideias, SUNDFELD esclarece que o Estado tem, ao mesmo tempo, “atividades-fim” e “atividades instrumentais”. As primeiras “justificam a existência do Estado; as outras apenas servem ao seu aparelhamento, para a realização das atividades-fim”. Dentre as atividades instrumentais, pode-se citar, como exemplo, a gestão de bens e agentes públicos, a obtenção de recursos mediante a tributação e a celebração de contratos de fornecimento de bens e prestação de serviços. Estas tarefas públicas somente serão legítimas se compatíveis com os fins que o Estado se vê constitucionalmente obrigado a perseguir (fins públicos)¹⁸⁵.

Segundo o mesmo autor, os indivíduos podem realizar todas as ações cuja exclusividade não tenha sido conferida ao Estado, com a conseqüente interdição da atividade privada, bem como todas as operações que a Constituição tenha assegurado aos indivíduos, rotulando-as como direitos. Quanto à atividade econômica, somente serão excluídas do campo privado as operações que, cabendo ao Estado por determinação constitucional, não possam ser realizadas pelos particulares sem ato estatal de delegação¹⁸⁶. Sob este aspecto específico, embora a titularidade da atividade econômica seja das pessoas privadas, a Constituição Federal admite que o Estado, desde que fundado nos imperativos da segurança nacional ou em relevante interesse coletivo, assim definidos em lei, atue no domínio econômico (art. 173, *caput*). Nesta hipótese, haverá a denominada “intervenção do Estado na economia”, haja vista sua atuação em campo que, *a priori*, seria reservado aos particulares.

Ainda sobre o tema da indagação acerca de matérias de atuação estatal e particular, destacam-se as atividades de cunho social, que configuram o denominado “domínio social”. Tais atividades são de titularidade repartida: cabem ao Estado (e, nesse caso, serão atividades

¹⁸⁴ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo em evolução**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 113-115.

¹⁸⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 78-80.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 77-78.

estatais) e aos sujeitos privados, que poderão executá-las, se assim desejarem. É o caso da saúde, educação, cultura, seguridade social, cultura etc. Em termos axiológicos, tal ocorre porque o constituinte procurou assegurar que essas atividades fossem necessariamente prestadas à sociedade - dada a sua relevância, a Constituição Federal determina que o Estado tem o dever de realizá-las, mas as atribuiu também aos sujeitos privados, a fim de aumentar a oferta dessas atividades.

É possível, destarte, concluir que as atividades que não foram atribuídas pelo ordenamento jurídico ao Estado pertencem ao domínio privado, ou seja, são de titularidade da sociedade, sendo certo, da mesma forma, que a iniciativa privada somente poderá atuar no domínio público quando houver um ato estatal de delegação; já as tarefas conferidas pelo direito positivo ao Estado estão no campo estatal, são de titularidade estatal - em que pese a já apontada erosão da fronteira entre um e outro setor no tocante à realização de atividades de interesse público, tal constatação é útil para a compreensão e resolução das disputas havidas nas relações entre Estado e particulares no tocante às responsabilidades na formulação e implantação dos projetos urbanos. Rememore-se, a propósito, que a atividade poderá ser atribuída ao Estado tanto pelo texto constitucional quanto por lei, operando-se a *publicatio*. Sobre o tema, contudo, bem alerta ARAGÃO¹⁸⁷:

Ressalto, no entanto, que, sempre que atendido o interesse da coletividade, impõe-se a adoção da modalidade regulatória menos constritiva, ou seja, a *ordenatio*, em detrimento da *publicatio*. Todas as atividades designadas pela Constituição como serviço público podem, observado o princípio da proporcionalidade, deixar de ser exclusivas do Poder Público, exclusividade em função da qual só poderiam ser exercidas por particulares mediante concessão ou permissão, para ter a sua titularidade transferida à iniciativa privada, ficando sujeitas apenas à ordenação pública autorizativa.

A transformação de uma atividade até então sob a égide da livre iniciativa em serviço público propriamente dito, o que implica a titularidade exclusiva do Poder Público (*publicatio*), terá que ter um juízo de proporcionalidade bastante eficaz, noutras palavras, a *publicatio* terá que ser realmente necessária, para ser constitucional. É por esta razão que se impõe a *ordenatio* (não a *publicatio*) sempre que se tratar de atividade que não comporte uma limitação de acesso aos agentes econômicos que queiram desempenhá-la.

Importante destacar o entendimento do autor de que a opção pela transformação da atividade em estatal, em detrimento de sua mera regulamentação, deve mostrar-se indispensável. Mais que isso: ainda que tornada pública e atuável somente mediante delegação pelos particulares, tal deve ser realizada de modo que o maior número de

¹⁸⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O princípio da proporcionalidade no direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 800 v. p. 65-93

particulares possa realizar tal tarefa. Em suas palavras¹⁸⁸:

A dificuldade na *publicatio* de atividades que não são previamente qualificadas pela Constituição como serviços públicos se deve ao fato de que, sendo atividades econômicas, a transformação em serviço público implica a sua monopolização pelo Estado, e os monopólios públicos são, como vimos, taxativamente estabelecidos pela Constituição. É esta a razão para que parte da doutrina considere que só existem os serviços públicos previstos na Constituição, ou seja, que o Legislador não tem competência para criá-los.

Parece-nos que esta corrente doutrinária não dá a devida atenção à linha divisória que a Constituição traça entre as atividades econômicas *stricto sensu* e os serviços públicos. Nos casos em que determinada atividade econômica lato sensu for de tal forma sensível ao interesse coletivo que as necessidades dos cidadãos não possam ser atendidas em regime de livre iniciativa, a lei pode publicizá-la, transformando-a em serviço público.

Também discordamos dos que admitem a *publicatio* pelo exclusivo juízo do Legislador: além da lei formal publicizadora deve haver o interesse coletivo na atividade e a impossibilidade deste ser atendido por outra modalidade regulatória menos constritiva.

O princípio da proporcionalidade também exige que somente possam ser publicizadas as atividades de cada setor que sejam mais sensíveis ao interesse coletivo, ou seja, em princípio os setores não devem ser totalmente publicizados, devendo sempre se aferir quais das atividades do setor podem permanecer com a iniciativa privada, ficando sujeitas apenas à autorização e ordenação estatal. Assim, já decidiu o Conselho de Estado Francês que as atividades lucrativas acessórias aos serviços universais não rentáveis só podem ser subtraídas à iniciativa privada se forem necessárias ao cumprimento do interesse coletivo a que o serviço público visa atender, por exemplo, para torná-lo economicamente viável. E mais, mesmo quando publicizada, os princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade exigem que a atividade tenha a execução delegada ao maior número possível de concessionários e permissionários.

Como já exposto, o desenvolvimento urbano é tarefa materialmente compartilhada entre o Poder Público e o setor privado, tradicionalmente sendo apontadas como de responsabilidade estatal as tarefas de planejamento e implantação de infraestruturas urbanas, e aos particulares a função de promover a incorporação imobiliária dos terrenos, nos termos da lei urbanística. Questionar as possíveis formas de atuação da Administração Pública na elaboração e implantação de projetos urbanísticos, bem como os limites e condições da participação de particulares, abre um novo campo de discussão sobre o tema, pois permite cogitar o aprimoramento do próprio regime jurídico a que se submetem tais atores nos processos de desenvolvimento urbano: utilizar os elementos positivos da atuação privada no processo de urbanização - seu conhecimento destes processos, a experiência na gestão dos riscos e condicionantes do desenvolvimento urbano - como elementos relevantes do processo elaboração e concretização do planejamento urbanístico coordenados pelo Estado.

¹⁸⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 65-93.

Com efeito, buscar alternativas de otimização dos investimentos públicos e privados em prol do bem-estar nas cidades integra a carta de deveres da política de desenvolvimento urbano alinhavada pela Constituição Federal. Parece estreme de dúvida, outrossim, que relevante parte do déficit de desenvolvimento urbano sustentável de nossas grandes cidades advém da dificuldade de gestão e condução eficiente da política de desenvolvimento urbano, especialmente na elaboração e implantação projetos urbanísticos, sendo parte dos problemas havidos nesta tarefa advindos do desconhecimento ou mesmo confusão dos papéis da Administração Pública e dos particulares. Laborar para esclarecer esta interface é buscar a eficiência do instrumental jurídico urbanístico disponível e a ser revelado. Lançar luz sobre as possibilidades de interação entre atores públicos e privados no processo elaboração e concretização da política pública que se materializa em projetos urbanísticos tende a tornar mais eficiente esta relação, desde o momento fundamental da decisão política de realizar o planejamento urbanístico para buscar a qualificação ou requalificação do tecido urbano até o momento da execução deste planejamento. As possibilidades de arranjo institucional, por sua vez, serão balizadas pelos aspectos urbanísticos em sentido estrito, econômico, social, ambiental etc., isto é, a formatação da instrumentação urbanística pertinente ao processo de desenvolvimento urbano terá suporte axiológico numa ampla gama de informações colacionadas e organizadas tendo em vista as diretrizes de política urbana do Estatuto da Cidade e dos planos diretores.

CAPÍTULO 2 – OS INSTRUMENTOS JURÍDICO-URBANÍSTICOS NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

Realizada a apresentação dos fundamentos para discussão de sobre a eficácia dos projetos urbanísticos no Brasil, a segunda parte deste estudo trará uma leitura do que é possível chamar de “estado da arte” da estruturação e utilização dos mais importantes instrumentos jurídico-urbanísticos em nosso país.

Para tanto, convém relembrar que a noção de instrumentos urbanísticos deve fazer referência aos meios empregados para a concretização dos planos e projetos urbanos. No conceito proposto por CARVALHO FILHO, instrumentos de política urbana são “todos os meios, gerais ou específicos, de que se servem o Poder Público e as comunidades interessadas para dar concretização às diretrizes gerais de política urbana, visando propiciar processo de urbanização mais eficiente e melhor qualidade de vida aos integrantes da coletividade”¹⁸⁹. Na visão de DALLARI¹⁹⁰,

quando a lei se refere a instrumentos de política urbana ela pretende identificar os meios e instrumentos, de diferentes espécies, por meio dos quais o governo municipal deve implementar suas decisões de mérito, suas opções quanto a objetivos que devam ser atingidos para assegurar a melhor qualidade de vida de sua população e as prioridades que, em seu entender, devam ser observadas.

Nesta linha de ideias, estarão incluídos neste capítulo os planos diretores e o zoneamento. Este esclarecimento se faz necessário porque estes institutos têm por escopo principal, ao que por ora interessa, definir a propriedade urbanística no território, revelando as condições que serão consideradas para a elaboração dos projetos urbanísticos, instrumentados juridicamente - em uma metáfora, formarão o tabuleiro sobre o qual o xadrez do desenvolvimento urbano será disputado. Em que pese tal condição, por se revelarem de fato elementos relevantes da instrumentação jurídica da transformação urbana - e, na maior parte dos municípios, os únicos aplicáveis e aplicados -, serão analisados.

Destarte, inicialmente, serão trazidos à colação os instrumentos jurídico-urbanísticos que somam a relevância na experiência nacional sobre o tema com a proposta de estudo deste trabalho, isto é, aqueles instrumentos em que há uma intensa possibilidade de ação

¹⁸⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 60.

¹⁹⁰ DALLARI, Adilson Abreu. Instrumentos da Política Urbana. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coords.). **Estatuto da Cidade** (Comentários à Lei Federal 10.257/01). 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 79.

concertada entre o setor público e o setor privado. A partir especialmente da leitura da legislação federal (Estatuto da Cidade, leis de concessão, de desapropriação etc.), buscar-se-á verificar não só o desenho jurídico-formal das ferramentas colocadas à disposição dos planejadores urbanos para a transformação ou requalificação urbanística dos municípios brasileiros, mas também a real capacidade de atuação de tais instrumentos, de modo a oferecer fundamentos doutrinários à eficiência jurídica na elaboração e aplicação dos instrumentos jurídico-urbanísticos no Brasil.

2.1 O estado da arte

2.1.1 Os instrumentos jurídico-urbanísticos do Estatuto da Cidade

O Estatuto da Cidade passou nada menos que 10 anos tramitando no Legislativo. Desde a propositura do Projeto de Lei n. 5788/1990¹⁹¹, da Câmara dos Deputados, as ideias de como deveria ser esta norma geral da União foram objeto de debate e amadurecimento. Ao final, houve uma opção didática (deliberada ou não) do legislador infraconstitucional: o Estatuto da Cidade, além de trazer as diretrizes da política de desenvolvimento urbano, funciona como uma espécie de “cartilha” para a elaboração das leis dos planos diretores dos municípios brasileiros – traz conteúdo obrigatório, orienta a formulação e aplicação da legislação etc. Um dos exemplos desta pretensão didática é o rol do art. 4º deste diploma legal, que traz os denominados “Instrumentos de Política Urbana”. Cumpre, neste passo, colacionar o apontado dispositivo:

- Art. 4º Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos:
- I – planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social;
 - II – planejamento das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões;
 - III – planejamento municipal, em especial:
 - a) plano diretor;
 - b) disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo;
 - c) zoneamento ambiental;
 - d) plano plurianual;

¹⁹¹ Em 1983 o Executivo Federal apresentou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 775, que tinha por objeto a definição de normas de ocupação do solo urbano, a caracterização da função social da propriedade urbana, a fixação de diretrizes, instrumentos, equipamentos urbanos, equipamentos comunitários e o estabelecimento de normas para a regularização fundiária de áreas urbanas. Criava, ainda, o direito de preempção, o direito de superfície, a transferência de potencial construtivo e o coeficiente de aproveitamento máximo 1,0 para os terrenos urbanos, e estabelecia a necessidade da criação de uma política de desenvolvimento urbano nacional. O Projeto de Lei 775/1983 restou arquivado em 1995. Fonte: sítio eletrônico da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://migre.me/vLyAC>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

- e) diretrizes orçamentárias e orçamento anual;
 - f) gestão orçamentária participativa;
 - g) planos, programas e projetos setoriais;
 - h) planos de desenvolvimento econômico e social;
- IV – institutos tributários e financeiros:
- a) imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana - IPTU;
 - b) contribuição de melhoria;
 - c) incentivos e benefícios fiscais e financeiros;
- V – institutos jurídicos e políticos:
- a) desapropriação;
 - b) servidão administrativa;
 - c) limitações administrativas;
 - d) tombamento de imóveis ou de mobiliário urbano;
 - e) instituição de unidades de conservação;
 - f) instituição de zonas especiais de interesse social;
 - g) concessão de direito real de uso;
 - h) concessão de uso especial para fins de moradia;
 - i) parcelamento, edificação ou utilização compulsórios;
 - j) usucapião especial de imóvel urbano;
 - l) direito de superfície;
 - m) direito de preempção;
 - n) outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso;
 - o) transferência do direito de construir;
 - p) operações urbanas consorciadas;
 - q) regularização fundiária;
 - r) assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos;
 - s) referendo popular e plebiscito;
 - t) demarcação urbanística para fins de regularização fundiária;
 - u) legitimação de posse.
- VI – estudo prévio de impacto ambiental (EIA) e estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV).
- § 1º Os instrumentos mencionados neste artigo regem-se pela legislação que lhes é própria, observado o disposto nesta Lei.
- § 2º Nos casos de programas e projetos habitacionais de interesse social, desenvolvidos por órgãos ou entidades da Administração Pública com atuação específica nessa área, a concessão de direito real de uso de imóveis públicos poderá ser contratada coletivamente.
- § 3º Os instrumentos previstos neste artigo que demandam dispêndio de recursos por parte do Poder Público municipal devem ser objeto de controle social, garantida a participação de comunidades, movimentos e entidades da sociedade civil.

Como bem aponta MENEZES DE ALMEIDA, o art. 4º do Estatuto da Cidade traz um rol exemplificativo dos instrumentos de política urbana, com o intuito de sistematizar a matéria e auxiliar o trabalho dos administradores municipais. A questão é que, como algumas vezes ocorre, o legislador não primou pela coerência técnica em seu trabalho. Com efeito, segundo o autor, a expressão instrumentos é empregada pela lei em sentido muito amplo, estando reunidos sob esta rubrica elementos muito diversos e dificilmente comparáveis entre si: uns, mais amplos (plano nacional de desenvolvimento econômico e social, plano diretor), outros, mais restritos (tombamento, concessão de direito real de uso); uns, envolvendo conceitos jurídicos abstratos (limitações administrativas, direito de superfície), outros,

envolvendo elementos de fato (gestão orçamentária participativa); uns, enunciados como objetos em si (desapropriação, plano plurianual), outros, referentes a ações pertinentes ao objeto (instituição de unidades de conservação e instituição de zonas especiais de interesse social). Os instrumentos apresentam, também, impropriedades técnicas em sua sistematização, não elidindo tal condição, contudo, seu objetivo prático anteriormente apontado¹⁹².

Na mesma linha de ideias, DALLARI, além de destacar a instrumentalização da atuação do Poder Público em matéria urbanística, esclarece que o rol tem como aspecto positivo a provisão da institucionalização de um conjunto de meios e instrumentos expressamente vocacionados para a intervenção urbanística, que deverá, para aplicação ao caso concreto, depender do que estiver disposto na legislação municipal e estadual, se for o caso. Para o autor¹⁹³,

Diante do caso concreto, sempre haverá necessidade de conjugar preceitos estabelecidos por diversas leis, editadas por diferentes níveis de governo, além das normas e princípios constitucionais. Não é possível extrair o exato conteúdo de qualquer disposição normativa isolada sem examinar o contexto no qual está inserida.

[...] A interpretação sistemática completa-se com a teleológica, pela verificação dos objetivos e das finalidades almejadas com a criação dos instrumentos de política urbana em exame, os quais estão descritos nos arts. 1º e 2º do Estatuto da Cidade. Ou seja, a interpretação sistemática deve ser também teleológica, pois toda norma tem um caráter instrumental, visando, em última análise, a realizar ou atingir algo que a ordem jurídica qualifica como de interesse público.

Sem que se pretenda fazer reparo algum à observação colacionada, insta destacar, desde já, que a instrumentalização do art. 4º aproveita não só ao Poder Público, e sim também aos particulares que, com ele interagindo, realizam as atividades urbanísticas. É certo, ainda, que a interpretação teleológica - de fundamental importância para o direito urbanístico, especialmente tendo em vista o caráter especialmente dinâmico da realidade que regula - terá sempre como principal referência, no caso concreto, a implantação do plano diretor do Município. Tais temas serão aprofundados no momento oportuno, bastando, por ora, destacar que o texto da Lei n. 10.257/2001, que labora com quatro grandes grupos de instrumentos, a saber:

¹⁹² MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. Dos instrumentos da Política Urbana. In: MEDAUAR, Odete; MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias (coords.). **Estatuto da Cidade** (Comentários à Lei Federal 10.257/2001). 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 43-44.

¹⁹³ DALLARI, Adilson Abreu. **Instrumentos da Política Urbana**. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coords.). **Estatuto da Cidade** (Comentários à Lei Federal 10.257/2001). 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 78-79.

a) instrumentos referentes ao planejamento, definindo-se três escalas de observação e formulação de proposições urbanísticas para o território: a escala dos planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social; a escala do planejamento das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões; e, por fim, a escala do planejamento municipal, que tratará, em especial (isto é, não exclusivamente), do plano diretor, da disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo; do zoneamento ambiental; do plano plurianual; das diretrizes orçamentárias e orçamento anual; da gestão orçamentária participativa; dos planos, programas e projetos setoriais; e dos planos de desenvolvimento econômico e social. Como já asseverado retro, o rol peca em sistematização, mas esclarece suficientemente os deveres impostos pela legislação no tocante ao planejamento urbanístico;

b) institutos tributários e financeiros: imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana - IPTU; contribuição de melhoria e incentivos e benefícios fiscais e financeiros. O fato de alocar o IPTU como instrumento tributário para atingimento das finalidades de política urbana (atuando, assim, em caráter também extrafiscal) marcou importante avanço normativo do Estatuto da Cidade. Os benefícios fiscais e incentivos são ordinariamente utilizados no escopo de orientar o desenvolvimento urbano, representando a já apontada faceta do Estado regulador-indutor. A contribuição de melhoria, por fim, é de rara instituição e recolhimento, haja vista a dificuldade dos municípios em atender ao disposto nos arts. 81 e 82¹⁹⁴ do Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172/1966);

c) institutos jurídicos e políticos: a listagem do art. 4º é enorme. Institutos como a desapropriação, servidão administrativa, limitações administrativas, tombamento de imóveis ou de mobiliário urbano convivem lado a lado com medidas como a instituição de unidades de conservação e de zonas especiais de interesse social. Medidas específicas de promoção da função social da propriedade como concessões de direito real de uso e de uso especial para fins de moradia, parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, usucapião especial de imóvel urbano, regularização fundiária, demarcação urbanística para fins de

¹⁹⁴ Como exemplo, os seguintes julgamentos do Supremo Tribunal Federal, que anularam a constituição do tributo em razão deste ter tomado como base de cálculo o custo da obra: RE 352.535, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 17.6.2003; RE 279.027, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 19.8.2005; RE 469.578, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 19.6.2006; RE 335.924, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 12.4.2005. Defesa da contribuição de melhoria como instrumento jurídico-urbanístico tendente a recuperar as mais-valias referentes aos processos de urbanização pode ser encontrada em COSTA, Regina Helena. A contribuição de melhoria como instrumento de política urbana. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa (coord.) **Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 663-676.

regularização fundiária e legitimação de posse convivem com tecnologias próprias do direito urbanístico, tais como os direitos de superfície e de preempção, a outorga onerosa do direito de construir (comercialização de potencial construtivo adicional) e de alteração de uso, transferência do direito de construir, operações urbanas consorciadas, bem como com institutos de participação política, afetos ao princípio da gestão democrática das cidades, tais como o referendo popular e o plebiscito. O rol, como também já apontado, é assistemático (reúne instrumentos objetivamente considerados, meios para o emprego de instrumentos e até mesmo pressupostos para elaboração e aplicação destes), mas tem como vantagem sugerir a amplitude de mecanismos disponíveis ao legislador e ao aplicador da legislação urbanística para fins de implantação dos planos e projetos urbanos;

d) por fim, o rol do art. 4º traz os instrumentos ambientais: estudo prévio de impacto ambiental (EIA) e estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV), utilizáveis para a coordenação e aferição do desenvolvimento urbano em caráter sustentável.

Este capítulo do trabalho estudará especificamente alguns institutos e instrumentos jurídico-urbanísticos de qualificação (incluído aqui o aspecto da preservação) e transformação urbanística. Incidentalmente, fará referência a outros não especificamente destacados. O que se pretende é, como afirmado anteriormente, fornecer um panorama do atual estágio do que podemos chamar de “tecnologia jurídica” do direito urbanístico quanto a tais institutos e instrumentos.

2.2 Plano diretor

2.2.1 Aspectos formais

Como já asseverado, dispõe a Constituição Federal que a legislação sobre direito urbanístico é de competência da União, dos Estados e do Distrito Federal (art. 24, inc. I), sendo de competência da União a emissão de normas gerais sobre o tema (art. 24, § 1º). Aos Estados compete especialmente a tarefa de legislar acerca de aglomerações municipais, assim entendidas as regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum (art. 25, § 3º)¹⁹⁵. Ao

¹⁹⁵ No julgamento da ação direta de inconstitucionalidade contra a Lei Complementar n. 87/1997, Lei n. 2.869/1997 e Decreto n. 24.631/1998, todos do Estado do Rio de Janeiro, que instituíram a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e a Microrregião dos Lagos e transferiram a titularidade do poder concedente

município, que, como também já exposto, foi alçado à condição de ente federativo pela Carta Magna (art. 1º), cabe legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, inc. I) e incumbe a tarefa de editar o diploma normativo fundamental em termos de planejamento municipal: o plano diretor, ao qual se atribui a condição de “instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana” (art. 182, § 1º da Constituição Federal).

A lei do plano diretor¹⁹⁶ é materialmente extravagante à lei orgânica do município, uma vez que veicula normatização que não compete a este diploma legal. A Constituição Federal cria uma espécie de reserva material de lei para este diploma normativo no tocante às competências municipais, que veiculará o plano de atuação do Poder Público em sua política de desenvolvimento urbano. Tal argumentação não pretende afastar a condição da lei orgânica do município como referência de validade de legislação municipal ordinária. Este *status*, concedido expressamente pelo constituinte originário (art. 29, *caput*), é confirmado pelas disposições constitucionais que regem seu processo de elaboração (e, conseqüentemente, de alteração): votação em dois turnos, com interstício mínimo de dez dias, e *quorum* de aprovação de dois terços dos membros da Câmara Municipal. O que se pretende afirmar é que o encargo constitucionalmente imputado de ser diploma normativo que tem por escopo veicular a política de desenvolvimento urbano do município alça a lei do plano diretor a uma especial condição: em razão de sua função e por deter a especial característica de significar uma política de planejamento urbanístico positivada em lei, a proteção do sistema jurídico a seus dispositivos vai além do cotejo meramente formal. Ao

para prestação de serviços públicos de interesse metropolitano ao Estado do Rio de Janeiro (ADI 1842/RJ), o Supremo Tribunal Federal elaborou importantes balizamentos sobre o tema: (a) o interesse comum e a compulsoriedade da integração metropolitana não são incompatíveis com a autonomia municipal, haja vista tal interesse não ser comum apenas aos municípios envolvidos, mas ao Estado e aos municípios do agrupamento urbano; (b) há inconstitucionalidade na transferência ao estado-membro do poder concedente de funções e serviços públicos de interesse comum; (c) numa aglomeração urbana regularmente estatuída, é necessário evitar que o poder decisório e o poder concedente se concentrem nas mãos de um único ente para preservação do autogoverno e da autoadministração dos municípios; (d) a participação dos entes nesse colegiado não necessita de ser paritária, desde que apta a prevenir a concentração do poder decisório no âmbito de um único ente. A participação de cada Município e do Estado deve ser estipulada em cada lei complementar estadual de região metropolitana, de acordo com suas particularidades, sem que se permita que um ente tenha predomínio absoluto. A decisão reconhece que, desde que formalmente estatuída a aglomeração municipal, o planejamento regional passará a integrar as decisões de interesse local dos municípios envolvidos. Desloca, assim, parte do debate e deliberação destes interesses municipais (os considerados comuns pela lei instituidora), para a nova entidade metropolitana, tornando obrigatório, a partir deste momento, que o Plano Diretor reconheça e promova, localmente, o planejamento regional, refletindo e prevendo as medidas necessárias à sua implantação. Embora este tópico mereça mais delongado estudo, tal não parece representar subtração de competência ou autonomia municipal, e sim, tão somente, uma nova forma de sua manifestação. Disponível em: <<http://migre.me/vLg6U>>. Acesso em 19 jul. 2016.

¹⁹⁶ Sobre o processo legislativo do plano diretor, cf. JAMPAULO JUNIOR, João. Plano diretor: o processo legislativo. In: DALLARI, Adilson Abreu; LIBÓRIO, Daniela Campos. **Direito Urbanístico e Ambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 213-230.

contrário da lei orgânica, essencialmente estruturadora do ente municipal, a lei do plano diretor veicula um plano urbanístico, isto é, como visto, o registro do conjunto consolidado de medidas que visam a objetivos determinados e fins pretendidos em termos de desenvolvimento urbano.

De fato, ainda que não haja qualquer impedimento a que a lei orgânica ou leis especiais disponham sobre regramento de ordenação urbanística da cidade, parece ser estreme de dúvida que tais diplomas deverão observar as disposições do planejamento urbanístico veiculadas por intermédio da lei do plano diretor, isto é, a reserva material de legislação urbanística atribuída à lei do plano diretor faz com que disposições sobre tal matéria presentes na lei orgânica ou em leis especiais devam ser consoantes às disposições àquele diploma legal¹⁹⁷. De fato, se lógica e cronologicamente a lei orgânica é anterior ao plano diretor, qualquer disposição de seu texto que represente contradição com o planejamento urbanístico positivado por aquele diploma, confeccionado nos termos previstos no Estatuto da Cidade e sob a égide da ampla participação popular, perderá eficácia¹⁹⁸ - e, com maior razão, tal conclusão se aplica a leis urbanísticas especiais ou extravagantes antes dele editadas.

Em termos formais, o Estatuto da Cidade dispõe, no art. 42, que o plano diretor deverá conter no mínimo a delimitação das áreas urbanas onde poderá ser aplicado o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, considerando a existência de infraestrutura e de demanda para utilização (inc. I), disposições sobre direito de preempção, outorga onerosa do direito de construir e de alteração do uso do solo, operações urbanas consorciadas e transferência do direito de construir (inc. II) e sistema de acompanhamento e controle (inc. III). Em alteração legislativa, adicionaram-se as exigências do art. 42-A, segundo o qual os planos diretores dos municípios incluídos no cadastro nacional de municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos deverão conter: I –

¹⁹⁷ *A contrario sensu*, também a lei do plano diretor deve se abster de tratar de matéria de competência da lei orgânica municipal. Interessante julgado, neste sentido, é o da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0189644-11.2013.8.26.0000, do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que declarou inconstitucional dispositivos do plano diretor do Município de Fartura que impunham limites para a ocupação de cargos em comissão, bem como para o uso de máquinas municipais. Rel. Des. Ruy Coppola, j. em 02/04/2014. Disponível em: <<http://migre.me/vLg7B>>. Acesso em: 19 jul. 2016.

¹⁹⁸ A *eficácia* é, na lição de Tércio Sampaio Ferraz Jr., uma qualidade da norma que se refere à sua adequação em vista da produção concreta de efeitos. A norma será eficaz se tiver condições fáticas de atuar, por ser adequada à realidade (eficácia semântica); e condições técnicas de atuação (eficácia sintática), por estarem presentes os elementos normativos para adequá-la à produção de efeitos concretos. (grifo do autor). (DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 407).

parâmetros de parcelamento, uso e ocupação do solo, de modo a promover a diversidade de usos e a contribuir para a geração de emprego e renda; II – mapeamento contendo as áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos; III – planejamento de ações de intervenção preventiva e realocação de população de áreas de risco de desastre; IV – medidas de drenagem urbana necessárias à prevenção e à mitigação de impactos de desastres; V – diretrizes para a regularização fundiária de assentamentos urbanos irregulares, se houver, observadas a Lei 11.977, de 7 de julho de 2009, e demais normas federais e estaduais pertinentes, e previsão de áreas para habitação de interesse social por meio da demarcação de zonas especiais de interesse social e de outros instrumentos de política urbana, onde o uso habitacional for permitido; VI – identificação e diretrizes para a preservação e ocupação das áreas verdes municipais, quando for o caso, com vistas à redução da impermeabilização das cidades.

Para CARVALHO PINTO, são reservadas ao plano diretor as seguintes matérias¹⁹⁹:

- a) delimitação das zonas urbanas, de expansão urbana, de urbanização especial e de interesse social;
- b) estabelecimento de índices urbanísticos relativos a áreas mínimas e máximas de lotes e coeficientes básicos, máximos e mínimos de aproveitamento;
- c) delimitação de áreas cuja vegetação natural deva ser preservada ou suprimida;
- d) traçado do sistema viário principal da cidade, existente e projetado;
- e) bases para a utilização do direito de preempção, das operações consorciadas e da transferência do direito de construir.

Importa destacar que, independentemente do que se pretenda considerar como matéria típica de plano diretor²⁰⁰, suas disposições representam a síntese formal do mais intenso e relevante processo de planejamento implementado pelo município, realizado com a finalidade regular o meio ambiente urbano por longo período de tempo²⁰¹. Com efeito, é no momento da formulação do plano diretor que o Município observará seu território como

¹⁹⁹ CARVALHO PINTO, Victor. **Direito Urbanístico: plano diretor e direito de propriedade**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 187.

²⁰⁰ Há variações no entendimento deste conceito, conforme exposto em APPARECIDO JÚNIOR, José Antônio. **Propriedade Urbanística e Edificabilidade**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 46 e ss.

²⁰¹ O Estatuto da Cidade (Lei Federal n. 10.257/01) dispõe, em seu art. 39, § 3º, que a lei que instituir o Plano Diretor deverá ser revista, pelo menos, a cada dez anos. Embora este seja um prazo máximo, a tendência dos planos diretores, especialmente em razão dos custos financeiros e das dificuldades de ordem formal e material em elaborar tal lei, é observar este interregno temporal como marco para a revisão do planejamento urbanístico como um todo – que, de resto, necessita tempo de implantação para que seja possível aferir os seus efeitos.

um todo, e, consideradas as já apontadas condicionantes sociais, físicas e jurídicas, elaborará o planejamento integrado para que sejam realizadas as funções sociais da cidade e para que seja garantido o bem-estar de seus habitantes. Desta forma, a lei que torna exigíveis suas disposições constituirá, *a priori*, especial repositório técnico-jurídico de decisões fundamentais e obrigatórias à política de desenvolvimento urbano, consistindo seu regramento em referência de observância obrigatória ao Poder Executivo e Poder Legislativo local, seja qual for a corrente político-partidária conjunturalmente hegemônica²⁰².

Ao determinar um “conteúdo mínimo” para o plano diretor, aparentemente quis o Estatuto da Cidade estabelecer os requisitos à implementação de um mínimo programa de desenvolvimento urbano no município. Para auxiliar no cumprimento desta proposta do diploma legal, o Conselho das Cidades, órgão do Ministério das Cidades que detém competência para expedir orientações e recomendações sobre a aplicação do Estatuto da Cidade e demais atos normativos relacionados ao desenvolvimento urbano (art. 10, inc. IV da Medida Provisória 2.220/2001, em vigor pelo disposto no art. 2º da Emenda Constitucional 32/2001), emitiu a Resolução n. 34, de 01.07.2005²⁰³, que dispõe sobre o conteúdo mínimo do plano diretor.

Em tal documento, destacam-se as disposições sobre o dever do plano diretor no sentido de prever as ações e medidas para assegurar o cumprimento das funções sociais da cidade; as ações e medidas para assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana, tanto privada como pública; os objetivos, temas prioritários e estratégias para o desenvolvimento da cidade e para a reorganização territorial do município, considerando sua adequação aos espaços territoriais adjacentes; a vinculação dos instrumentos da política urbana previstos pelo art. 42 do Estatuto da Cidade aos objetivos e estratégias estabelecidos no plano diretor etc. O plano diretor, ainda, deverá definir a destinação de cada porção do território do município, de forma a garantir espaços coletivos de suporte à vida na cidade, contemplando áreas para atender às necessidades da população de equipamentos urbanos e comunitários, mobilidade, transporte e serviços públicos, bem como áreas de proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico e de fomento a atividades econômicas, de caráter geral ou específico.

²⁰² A importância do plano diretor como norma de referência para a aferição do cumprimento da função social da propriedade também já foi abordada no Capítulo 1 deste trabalho.

²⁰³ Disponível em: <<http://migre.me/vLyJA>>. Acesso em: 19 jul. 2016.

O plano diretor, de acordo com a Constituição Federal, é necessário para todas as cidades com mais de 20.000 habitantes (art. 182, § 1º). O Estatuto da Cidade ampliou este rol: de acordo com seu art. 41, o plano diretor é também obrigatório: (a) para os municípios integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas; (b) onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4º do art. 182 da Constituição Federal (instrumentos indutores da função social da propriedade, como o IPTU progressivo no tempo); (c) integrantes de áreas de especial interesse turístico; (d) inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional; (e) incluídas no cadastro nacional de municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos.

A despeito da extensão de tal rol, ainda assim haverá municípios não obrigados a elaborar seu plano diretor - o que, evidentemente, não os impede de fazê-lo, e nem os exime de atender ao determinado no art. 30, inc. VIII, da Constituição Federal. A não existência da específica lei urbanística denominada “plano diretor” em municípios não obrigados a elaborá-la se revela, assim, verdadeira decisão política do Poder Público municipal, adotado em virtude de seus interesses. A qualquer momento, enfim, tais municípios poderão efetivamente editar seu plano diretor, sem que se possa falar, obedecida a racionalidade imanente ao plano urbanístico, em necessidade de indenização aos proprietários urbanos eventualmente atingidos de forma negativa pelas novas disposições legais²⁰⁴.

No tocante à revisão do plano diretor (art. 40, § 3º do Estatuto da Cidade), o prazo de 10 anos deve ser considerado o máximo, sendo possível realizar revisões em prazos menores. O termo “revisão” sugere uma reavaliação integral do planejamento urbanístico do município, não devendo ser encaradas como tal meras alterações legais que não configurem um novo planejamento global. De fato, caso a proposta seja alterar pontualmente diretrizes ou objetivos estipulados pelo plano diretor, deverá haver modificação legislativa realizada

²⁰⁴ No entender de SALEME, o dever de elaborar o plano diretor deveria ser imposto a todas as cidades, independentemente do número de habitantes, pois a cidade precariamente formada gerará repercussões futuras capazes de comprometer seu crescimento. (SALEME, Edson Ricardo. A licença urbanística no direito administrativo. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MENEZES DE ALMEIDA, Fernando; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (orgs.). **Direito e Administração Pública: Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella di Pietro**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 593). No mesmo sentido, cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Plano Diretor e Inconsciência Urbanística. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MENEZES DE ALMEIDA, Fernando; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (orgs.). **Direito e Administração Pública: Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 600-601.

com as mesmas formalidades havidas para a confecção daquela lei, o que sugere uma alteração do planejamento urbanístico global do município.

O plano diretor é implantado, além de por intermédio de suas próprias disposições, por legislação especial que veicule projetos urbanísticos específicos e discipline a regulação urbanística de determinados espaços territoriais de maneira própria (por exemplo, leis de operações urbanas consorciadas) ou que detalhe instrumentos urbanísticos nele previstos (por exemplo, uma lei específica que trate do instrumento do direito de preempção). A legislação urbanística especial e extraordinária do município deverá guardar pertinência, em termos de planejamento urbanístico, com os destinos do município definidos neste diploma. Sob este aspecto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 607.940-DF, de relatoria do Min. Teori Zavascky²⁰⁵, emitiu relevante orientação.

O processo foi formado a partir de irrisignação do Ministério Público contra decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios em ação direta de inconstitucionalidade movida pelo *parquet* contra a Lei Complementar Distrital n. 710/05, que permite a criação de projetos urbanísticos “de forma isolada e desvinculada” do plano diretor. O Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu como de repercussão geral a questão constitucional atinente à obrigatoriedade do plano diretor como instrumento da política de desenvolvimento urbano, sendo a questão processual assim ementada:

Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 182, §§ 1º e 2º, da constituição federal, a obrigatoriedade, ou não, de seguir o plano diretor como instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, a fim de se definir a constitucionalidade, ou não, da lei complementar distrital nº 710/2005, que dispõe sobre projetos urbanísticos com diretrizes especiais para unidades autônomas – deu, para fins de estabelecimento de condomínios fechados, de forma isolada e desvinculada do plano diretor

Em medida cautelar decidida naquele feito, o plenário do Supremo Tribunal Federal, em acórdão paradigmático, manifestou compreensão de que a lei que permite a criação de projetos urbanísticos de forma desvinculada do plano diretor pode ofender a Constituição Federal, uma vez que esta impôs a concretização da política de desenvolvimento e de expansão urbana das cidades com mais de vinte mil habitantes por meio do plano diretor, havendo plausibilidade na alegação de que a Lei Complementar distrital 710/05, ao permitir a criação de projetos urbanísticos “de forma isolada e desvinculada” do plano diretor, violou

²⁰⁵ RE 607940-DF. Disponível em: <<http://migre.me/vLgMf>>. Acesso em: 19 jul. 2016.

diretamente a Constituição Republicana²⁰⁶. O julgamento final do Recurso Extraordinário, por sua vez, tem a seguinte ementa:

Ementa: CONSTITUCIONAL. ORDEM URBANÍSTICA. COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS. PODER NORMATIVO MUNICIPAL. ART. 30, VIII, E ART. 182, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PLANO DIRETOR. DIRETRIZES BÁSICAS DE ORDENAMENTO TERRITORIAL. COMPREENSÃO. 1. A Constituição Federal atribuiu aos Municípios com mais de vinte mil habitantes a obrigação de aprovar Plano Diretor, como “instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana” (art. 182, § 1º). Além disso, atribuiu a todos os Municípios competência para editar normas destinadas a “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso do solo, do parcelamento e da ocupação do solo urbano” (art. 30, VIII) e a fixar diretrizes gerais com o objetivo de “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar dos habitantes” (art. 182, caput). Portanto, nem toda a competência normativa municipal (ou distrital) sobre ocupação dos espaços urbanos se esgota na aprovação de Plano Diretor. 2. É legítima, sob o aspecto formal e material, a Lei Complementar Distrital 710/2005, que dispôs sobre uma forma diferenciada de ocupação e parcelamento do solo urbano em loteamentos fechados, tratando da disciplina interna desses espaços e dos requisitos urbanísticos mínimos a serem neles observados. A edição de leis dessa espécie, que visa, entre outras finalidades, inibir a consolidação de situações irregulares de ocupação do solo, está inserida na competência normativa conferida pela Constituição Federal aos Municípios e ao Distrito Federal, e nada impede que a matéria seja disciplinada em ato normativo separado do que disciplina o Plano Diretor. 3. Aprovada, por deliberação majoritária do Plenário, tese com repercussão geral no sentido de que “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”. 4. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

Verifica-se que o Supremo Tribunal Federal não considerou inconstitucional a legislação brasileira, por não reconhecer vulneração ao plano diretor. Formulou, entretanto, a seguinte tese de repercussão geral, que ora é destacada: “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”.

O termo “compatibilidade” não é estranho aos operadores do Direito. Remete, diretamente, à discussão sobre a relação que deve haver entre uma norma superior e uma inferior, sendo certo a primeira se qualifica como fundamento de existência, validade e eficácia da segunda. Em que pese a dificuldade de estabelecer o plano diretor como parâmetro objetivo para controle abstrato de legalidade da normatização urbanística dele decorrente (por haver, em princípio, apenas ofensa reflexa às disposições das cartas estaduais

²⁰⁶ Questão de Ordem na Medida Cautelar na Ação Cautelar 2.383 - Distrito Federal. Rel. Min. Ayres Britto, j. em 27/03/2012. Disponível em: <<http://migre.me/vLyN7>>. Acesso em: 19 jul. 2016.

que tratam da política de desenvolvimento urbano dos municípios), é possível afirmar que o Pretório Excelso, com a tese formulada no Recurso Extraordinário n. 607.940-DF, confirma a posição de preponderância deste diploma normativo em relação às demais normas integrantes da legislação municipal, podendo tal tese ser utilizada em controle incidental de constitucionalidade de normas urbanísticas municipais.

É preciso lembrar, ainda, que o Estatuto da Cidade, no art. 40, § 1º, determina que o plano diretor é parte integrante do processo de planejamento municipal, devendo o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual incorporar as diretrizes e as prioridades nele contidas. O fundamento de tal dispositivo é evidente: as ações e programas estabelecidos no plano diretor obrigam, em regra, a realização de gastos pelo Poder Público - desta forma, nada mais natural que as leis orçamentárias incorporem disposições que contemplem a previsão de despesa com a execução do planejamento urbanístico positivado nesta lei. Há, inclusive, disposição expressa no Estatuto da Cidade que prevê a utilização do instrumento de planejamento municipal da “gestão orçamentária participativa” (art. 4º, III, “F”), o que aproxima ainda mais a formulação e utilização dos dinheiros públicos em consonância com as disposições do plano diretor. As leis orçamentárias, contudo, não são as únicas a se relacionar com este diploma normativo.

Com efeito, tendo em vista a sua característica de definir as potencialidades urbanísticas do território - o que e como pode ser edificado, o quanto e em quais condições ocorrerá a ocupação do solo urbano etc. - o plano diretor serve como base para o planejamento de toda a rede de equipamentos públicos no município. A diretriz de política urbana de garantia do direito às cidades sustentáveis indica que o planejamento referente à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, deve estar relacionado ao plano urbanístico do município veiculado pelo plano diretor. O plano diretor, destarte, tem o dever de regular o planejamento da implantação das infraestruturas urbanas²⁰⁷, sob as diretrizes da economicidade no uso do espaço urbano (compartilhamento interno e externo), da proteção e melhoria do meio ambiente urbano, da redução das desigualdades sociais e do planejamento da gestão do domínio público urbano²⁰⁸.

²⁰⁷ “A regulação local de infraestruturas urbanas é o conjunto de normas expedidas pelos Municípios, nos limites de suas competências constitucionais, como expressão do planejamento urbano, de seu poder de polícia ou dos poderes inerentes à propriedade municipal, a fim de prevenir conflitos potencialmente gerados pelas infraestruturas e, ainda, fazer com que elas cumpram suas funções sociais.” (MARRARA, Thiago. **Bens públicos, Domínio urbano e Infraestruturas**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 269-270).

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 278-279.

Destacam-se, ainda sob este tema, dois dispositivos do Estatuto da Cidade: o art. 41, § 2º, que dispõe ser obrigatória, no caso de cidades com mais de quinhentos mil habitantes, a elaboração de um plano de transporte urbano integrado, compatível com o plano diretor ou nele inserido, e o já citado § 2º do art. 42-A, que obriga os municípios incluídos no cadastro nacional de municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos a compatibilizar conteúdo do plano diretor com as disposições insertas nos planos de recursos hídricos, formulados consoante a Lei 9.433, de 8 de janeiro de 1997.

2.2.2 O plano diretor na transformação ou qualificação do território urbano

Partindo-se do princípio que o desenvolvimento urbano somente terá alguma chance de êxito se atendido o planejamento urbanístico elaborado e implantado mediante processos administrativos públicos e consensuais, o plano diretor se apresenta como elemento fundamental.

Com efeito, a função de norma de referência para a demais legislação urbanística municipal assumida por este específico diploma legal, conferida pelo texto constitucional, não só forneceu aos aplicadores do direito um parâmetro objetivo para a atuação dos setores público e privado nas atividades urbanísticas, como também uma base material para a elaboração de projetos urbanísticos para o desenvolvimento urbano do Município que contenham uma lógica intrínseca, um encadeamento de propósitos tendentes a metas objetivamente aferíveis.

A adequada elaboração do plano urbanístico fundamental do município - o plano diretor -, com as características típicas desta categoria de regulação do território (as disposições gerais e fundamentais da regulação urbanística, os padrões e metas de desenvolvimento urbano etc.) é *conditio sine qua non* para cogitar-se da possibilidade de utilização eficiente do arcabouço jurídico-urbanístico dele decorrente. Ele será a base que definirá as regras e atores da arena pública de elaboração e implantação da política de desenvolvimento urbano do Município. Quanto aos projetos urbanísticos, tais terão por finalidade dar cumprimento ao planejamento urbanístico promovido por este diploma legal, ainda que adaptando a regulação urbanística para que seja possível transformar ou qualificar a parcela do território no qual será realizada a intervenção. Os projetos urbanísticos, assim, derivam do plano diretor no tocante aos seus objetivos, sendo essencial esta relação de

compatibilidade entre seus desideratos e os do planejamento urbanístico que lhes dão suporte material para que seja possível a implantação de uma coerente política de desenvolvimento urbano.

2.3 Zoneamento

2.3.1 Aspectos formais

O zoneamento é o regramento urbanístico que fixa os usos e condições de aproveitamento adequados para as diversas áreas do solo municipal²⁰⁹. A definição das zonas de uso, com suas peculiares características de uso e ocupação solo, explicitará em grandes linhas as destinações urbanísticas das propriedades num determinado espaço urbano.

A estipulação das zonas de uso (ou simplesmente “zonas”) é a base da configuração do direito de propriedade em um município, essencial para sua conformação à sua função social. Essa natureza do zoneamento decorre não tanto pelo poder de polícia, mas da faculdade que se reconhece ao Poder Público de intervir (direta ou indiretamente), na ordem econômica e social e, portanto, na conformação da propriedade, a fim de, ponderando os interesses públicos e o interesse particular em questão, condicioná-la à sua função social. O zoneamento é matéria de lei formal, genérica e abstrata, e incidirá tantas vezes quantas ocorrerem, no mundo real, às condições de sua aplicação, independentemente de seus destinatários.

Sob o ponto de vista axiológico, a razoabilidade deve ser considerada e cuidadosamente utilizada no momento da elaboração das regras jurídicas do zoneamento - as discriminações não razoáveis, mesmo no caso de lei, podem acarretar a invalidade da disposição referente ao zoneamento ou, no mínimo, o dever de indenizar por parte da Administração. Desta forma, o zoneamento que deixa lotes ou trechos de lotes com destinação urbanística exageradamente discrepante dos lotes vizinhos, sem qualquer razão de fato ou valor aplicável, pode ser questionado administrativa ou judicialmente, a fim de que seja garantida a aplicação isonômica do planejamento urbanístico. O regime jurídico do zoneamento, por fim, pode vir ou não integrado no mesmo diploma normativo do plano

²⁰⁹ Para MEIRELLES, é a repartição da cidade e das áreas urbanizáveis segundo a sua precípua destinação de uso e ocupação do solo (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 129); para SILVA, é “procedimento urbanístico destinado a fixar os usos adequados para as diversas áreas do solo municipal” ou “destinado a fixar as diversas áreas para o exercício das funções urbanas elementares”. (SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 237).

diretor - mesmo que tal não ocorra, como é o caso do município de São Paulo, deve obedecer fielmente a suas diretrizes, como de resto determina a já destacada tese aprovada no julgamento do Recurso Extraordinário n. 607-940-DF.

As zonas, destarte, são porções do território da cidade, delimitadas pela lei que define o zoneamento, caracterizadas tanto em função modalidades de uso a si destinadas - como exemplos, podem ser criadas pela lei de zoneamento zonas de uso residencial, industrial, misto etc. - como pela intensidade da ocupação do território, definidas pelos parâmetros urbanísticos. Assim, em cada uma de tais zonas previstas na lei de zoneamento poderão ser arbitradas diferentes intensidades de ocupação (v.g., densidade de ocupação por população ou edificações) ou usos complementares a tais zonas (v.g., o pequeno comércio na zona residencial). Tais diferenciações têm por escopo o planejamento global, e levam em consideração o maior ou menor impacto de tais estipulações em termos urbanísticos.

Prosseguindo, no tocante aos parâmetros urbanísticos, o zoneamento tem por finalidade precípua garantir a uma cidade a distribuição funcional e equitativa de densidades de edificações e populações, a fim de que seja alcançado o desiderato constitucional de plena implementação das funções sociais da cidade. Para tanto, utiliza alguns índices que buscarão promover, em termos abstratos, a adequada utilização urbanística dos territórios do município, de acordo com a lei. Os principais índices urbanísticos (não os únicos) são os seguintes:

a) dimensionamento dos lotes: existe uma relação direta entre o dimensionamento dos lotes e as características do assentamento humano nele estabelecido. Se é certo que em bairros destinados a residências de classe alta ou zonas industriais os lotes serão maiores, a lei federal de loteamentos (Lei n. 6.766/1979 - Lei Lehmann) estipula que o lote terá área mínima de 125m² e frente mínima de 5 metros, salvo quando o loteamento se destinar a urbanização específica ou edificação de conjuntos habitacionais de interesse social, previamente aprovados pelos órgãos públicos competentes. Há, desta forma, um certo padrão de ocupação que implica considerar a possibilidade de as áreas em que se concentra população de menor renda ter parâmetros urbanísticos que permitam lotes com menor área, inclusive podendo ser tal metragem inferior ao mínimo estipulado pela lei de loteamentos ou pela lei de zoneamento em caso de urbanização específica (normalmente identificada com regularização fundiária) e a conjuntos residenciais de baixa renda;

b) coeficiente de aproveitamento: é representado por um índice (ex.: 1,0 ou 1,5) que, multiplicado pela área do terreno, permitirá saber quantos metros quadrados são nele

edificáveis. O coeficiente de aproveitamento é o índice que permite cogitar a utilização da outorga onerosa de potencial construtivo adicional (ou outorga onerosa de direito de construir, nos termos do Estatuto da Cidade). Estabelecido um coeficiente de aproveitamento básico, qualquer edificação que ultrapasse tal índice será obrigada a consumir o bem jurídico dominial “potencial construtivo adicional”;

c) taxa de ocupação: veiculada em percentual, identifica a proporção do lote que será ocupada pela projeção da edificação;

d) recuos: também chamados afastamentos, são tecnicamente a distância havida entre a divisa do lote e o limite da projeção horizontal da edificação no terreno. Os recuos podem ser de frente, laterais ou de fundo, a depender, claro, da referência para medida. O lote com frente para duas ou mais vias públicas terá mais de uma frente, e tais recuos serão todos “de frente”. Observa-se que a combinação deste índice com a taxa de ocupação vai definir a localização das edificações em cada lote;

e) gabarito: o gabarito, formalmente, é modelo, padrão, tendo sido a acepção “de altura”, normalmente utilizada nas legislações urbanísticas, capturada em forma de sinédoque, isto é, tomando-se a parte pelo todo. A legislação urbanística deve ter o cuidado de estabelecer o ponto da via pública a partir do qual se fará a medida do gabarito (para resolver, por exemplo, questões de terrenos em áreas de aclive), e o que será incluído como edificação para a definição de seu limite (por exemplo, se caixas d’água e áticos etc. devem ser considerados na medição).

As nomenclaturas das zonas e suas funções, por sua vez, variam grandemente em nosso país. Quanto aos usos definíveis pelo zoneamento, contudo, é possível afirmar serem aqueles que, ao ensejo do processo de planejamento urbanístico, vierem a se mostrar mais adequados para cada região do Município. Os três principais tipos de uso são o residencial, o comercial e de serviços, e o industrial.

Os usos residenciais são diversos em razão das tipologias edilícias pretendidas pelo zoneamento para cada região do território. Assim, por exemplo, o zoneamento permitirá exclusivamente os usos residenciais unifamiliares para aqueles territórios onde pretende ver implantado um padrão urbanístico caracterizado edificações destinadas ao uso exclusivo de uma família - casas, principalmente -, normalmente associando tal determinação a outros índices, tais como baixos gabaritos de altura, restrição a utilização de potencial construtivo adicional etc. Os usos residenciais multifamiliares, por sua vez, são aqueles nos quais a determinação da proibição de usos não residenciais vem acompanhada de parâmetros

urbanísticos que permitam a construção de edifícios de apartamentos (gabaritos mais permissivos, utilização de potencial construtivo adicional etc.). Há outras variações sobre estes modelos: por exemplo, os empreendimentos para habitações de interesse social atenderão uma quota-parte²¹⁰ que buscará direcionar o resultado da incorporação imobiliária ao público-alvo dos programas sociais de habitação.

No tocante aos usos comerciais e de serviços, o tratamento dado pelo regime jurídico urbanístico também tem variação, desta feita relacionada ao impacto urbanístico da atividade ou do empreendimento a ser implantado. Assim, em uma área destinada pelo zoneamento a uso residencial, poderão ser admitidos serviços e comércios locais, de pouco movimento e pequena área ocupada. Para zonas mistas, de ocupação dividida entre usos residenciais e não residenciais, há uma ampla gama de possibilidades de gradação das permissões a serem concedidas pela lei de zoneamento - do grande shopping-center ao prédio de torre única destinado a uso de escritórios de profissionais liberais, passando por bares, restaurantes, casas de show etc., utilizando-se índices como níveis de incomodidade, geração de tráfego de veículos e de pessoas, entre outros. Tais usos, por fim, não se confundem com os usos industriais. As leis de zoneamento geralmente definem os usos industriais possíveis em função do impacto ambiental da atividade.

É importante destacar, neste ponto, que após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1.988, haja vista o caráter vinculatório do planejamento urbanístico dado ao plano diretor, a instituição e modificação das zonas somente pode ser realizada por lei. As razões a tanto são óbvias: o zoneamento tem, no plano urbanístico, a função de regulamento de base sobre o qual se operacionalizará todo o planejamento urbanístico positivado no plano diretor. Sua livre alteração, só por si, comprometeria o planejamento estabelecido como um todo, com inevitáveis perdas na eficiência final do plano idealizado²¹¹. Não bastasse tal constatação, é de reiterar-se que o zoneamento conforma, em grossas linhas, a própria propriedade imobiliária urbanística na cidade: as implicações decorrentes de sua livre alteração para os particulares e para o Poder Público seriam de extrema gravidade - todo o ordenamento referente à aquisição, limitação e sacrifícios de direitos vinculados à

²¹⁰ A quota-parte (ou cota-parte) relaciona área do terreno e a área de edificação, estabelecendo um tamanho médio das unidades a serem incorporadas e determinando, assim, o número máximo de unidades que podem ser produzidas em determinado lote.

²¹¹ Esta afirmativa não impede a concordância com a utilização de mecanismos como o previsto no art. 83, § 1º da Lei n. 16.050/2014 – Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo, que autoriza a “ativação” de determinados parâmetros urbanísticos predefinidos em lei mediante a implantação da infraestrutura urbanística que lhe dê suporte. O tema será novamente abordado adiante.

possibilidade de uso e ocupação do solo correria o risco de ser imediatamente caracterizado como não isonômico e, portanto, inconstitucional. Ademais, a alteração apriorística - isto é, desvinculada de planejamento de índices e parâmetros que conferem, em última análise, o valor de comércio para a terra urbana - deve ser combatida também como forma de se evitarem condutas não republicanas dos agentes públicos envolvidos na tarefa do desenvolvimento urbano.

2.3.2 Direito adquirido em face de alteração de zoneamento por nova lei de zoneamento ou por leis especiais

Um ponto a destacar no tocante ao zoneamento é a discussão de eventuais direitos adquiridos em face de sua alteração.

Como é cediço, o direito adquirido é grafado como direito individual, consagrado no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. O Decreto-Lei 4.657/1942, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, por sua vez, o conceitua: é aquele que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem. Em síntese, em expressão já consagrada, o direito adquirido é aquele definitivamente integrado ao patrimônio de seu titular.

Como já exposto, o zoneamento é veiculado por lei formal e, como também houve ocasião de asseverar, traz os índices que determinarão as condições de parcelamento, uso e ocupação do território. Pode haver situações em que a revisão da lei de uso e ocupação do solo (normalmente ocorrida no momento da revisão do plano diretor) altere o zoneamento de determinadas regiões da cidade, modificando as características da propriedade urbanística destes territórios, sendo certo que leis especiais (que veiculem operações urbanas consorciadas, por exemplo) podem atuar da mesma forma. É possível haver, à guisa de exemplo, diminuição nos coeficientes de aproveitamento dos lotes, alteração de tamanhos de lote mínimo ou máximo, supressão ou inclusão de determinados usos. Surge, então, uma situação específica: determinado proprietário de lote, em determinada data, tem um aproveitamento potencial de seu bem, e, no dia seguinte, não mais, impactando tal mudança diretamente (e de forma negativa) no valor de seu patrimônio imobiliário. Interessa analisar, assim, qual a extensão do direito adquirido nesta situação.

A primeira coisa a saber: não há direito adquirido a continuar a usufruir o antigo regime jurídico. Como já abundantemente asseverado, a lei do plano diretor (e seu decorrente zoneamento, caso nela não incluído) tem a função de veicular a política de desenvolvimento urbano, e suas disposições configuram a propriedade urbanística no município, promovendo sua função social. A lei nova trará mudanças a todos os habitantes da cidade, que em menor ou maior grau suportarão vantagens e prejuízos em seu patrimônio.

O tema não é novo. O Supremo Tribunal Federal tem julgamento paradigmático sobre o tema, datado de 1.999, e que é assim ementado²¹²:

Constitucional. Administrativo. Civil. Direito de construir. Limitação administrativa. I – O direito de edificar é relativo, dado que condicionado à função social da propriedade: CF, art. 5º, XXII e XXIII. Inocorrência de direito adquirido: no caso, quando foi requerido o alvará de construção, já existia a lei que impedia o tipo de imóvel no local. II – Inocorrência de ofensa aos §§ 1º e 2º do art. 182, CF. III. [...]

Com a alteração dos dispositivos da lei de zoneamento, há, em regra, a mudança da conformação da propriedade urbanística.

O tema, evidentemente delicado, merece ponderações específicas sobre dois aspectos: o conteúdo mínimo da propriedade e a necessidade de indenização aos atingidos pela mudança da lei.

A teoria do conteúdo mínimo da propriedade urbana tem dois pressupostos dogmáticos: o enquadramento das normas urbanísticas no campo do chamado “poder de polícia” e o tratamento do direito de propriedade como um direito humano, obliterando-se seu caráter econômico. Admitidas tais condições, fica estabelecido um seu “conteúdo mínimo”, além do qual as restrições urbanísticas não poderiam avançar, sob pena de desapropriação indireta. CARVALHO PINTO sintetiza os principais pontos desta teoria²¹³:

a) as restrições a direitos fundamentais devem ser gerais e abstratas, ou seja, não podem discriminar ou favorecer nenhuma pessoa ou grupo em particular. Um ou outro segmento pode ser indiretamente beneficiado ou prejudicado, mas este não pode ser o objetivo de quem impõe a restrição;

b) as restrições são gratuitas, ou seja, não geram em favor do indivíduo qualquer direito à indenização contra o Poder Público. Constituem um ônus normal, decorrente da vida em sociedade, caracterizando-se como condição de convivência, a fim de que o

²¹² RE 178.836/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ 20.08.1999; Disponível em: <<http://migre.me/vLz9G>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

²¹³ CARVALHO PINTO, Victor. **Direito Urbanístico**: plano diretor e direito de propriedade. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 226.

exercício do direito de uma pessoa não prejudique o direito de outra. Uma indenização poderá ser devida, entretanto, se a restrição incidir sobre apenas um segmento determinado da sociedade, obrigando-o a suportar um sacrifício em favor dos demais;

c) as restrições não podem eliminar o próprio direito, a pretexto de regulamentá-lo;

d) na ausência de restrições, a utilização da propriedade é livre, submetendo-se apenas ao direito de vizinhança definido no Código Civil. O zoneamento, assim, apresenta-se como uma lei editada para evitar que o Poder Público tenha que indenizar os proprietários sujeitos a limitações mais restritivas que os demais.

No regime da propriedade urbanística tais postulados não se sustentam. As normas urbanísticas não devem ser enquadradas, como gênero, na categoria de “Poder de Polícia”. Ao contrário, sua precípua função é conformar a propriedade urbanística, fixando desta forma os direitos desta advindos. O que justifica a conformação especial de territórios do município, restringindo suas características de uso e ocupação, é o planejamento urbanístico, realizado mediante estudos técnicos e sob o manto da gestão democrática. Desta forma, eventual e excepcionalmente, poderá haver situações que se caracterizem como restrições que praticamente eliminem, em tese, a edificabilidade do lote urbano - como exemplo, na definição de zoneamento de preservação urbanístico-ambiental -, sem que haja como resultado inevitável a necessidade de indenização do proprietário do terreno. Retoma-se, neste ponto, a argumentação de que não há “limitação” se não há direito a ser limitado, ocorrendo as limitações administrativas nas hipóteses de encargos individualizados sobre determinadas propriedades que diminuam direitos conferidos à propriedade pela legislação urbanística - como ocorre, por exemplo, no caso do tombamento.

Nas situações em que determinadas capacidades edilícias ou usos, antes permitidos e regularmente licenciáveis em determinadas porções do território já não sejam mais admitidos, é bastante comum que a legislação trate do regime jurídico de transição. Assim, além da garantia de que os direitos definitivamente incorporados ao patrimônio de seu titular não serão afetados²¹⁴, pode haver a extra-atividade do regime jurídico urbanístico anterior do zoneamento, o que se dá especialmente por dois modos: o denominado “direito de protocolo” e pela aplicação do instituto do “uso tolerado”.

²¹⁴ A disposição permite concluir, por exemplo, que as edificações regularmente existentes não precisarão, por exemplo, ser demolidas. Sem prejuízo, a lei nova geralmente veda ampliações em prédios que já adotem parâmetros de ocupação do solo maiores ou em descompasso dos estabelecidos na nova lei (com exceção das necessárias à segurança, salubridade etc.).

O "direito de protocolo" garante que expedientes protocolizados nas condições indicadas pela nova lei urbanística poderão ser analisados nos termos da lei antiga mesmo após a sua revogação²¹⁵. Em que pese a grande possibilidade de variações de conteúdo, o que normalmente estas disposições tendem a proteger é a condição do munícipe apanhado pela alteração legislativa enquanto seu pedido se encontrava sob análise da Administração Municipal. Busca-se, desta forma, diminuir o impacto da regulação urbanística aos proprietários e empreendedores, que podem optar por ter os processos em curso analisados ainda sob a égide da legislação revogada²¹⁶.

No que tange especificamente aos usos, poderá haver a previsão do denominado “uso tolerado”. O uso tolerado nada mais que é excepcional e transitoriamente permitido pela lei urbanística vigente, vinculada tal permissão à continuidade fática e jurídica do uso regularmente instalado sob a anterior legislação de regência, sendo a conformidade de tal uso imprescindível, e regrada de maneira específica pela atual lei de ordenamento do solo²¹⁷. O uso tolerado permite que atividades não mais em geral desejadas pela lei de zoneamento para determinado local do município permaneçam ativas - se e quando houver a cessão de tal atividade (de fato ou de direito), incidirá plenamente a regra nova, não se permitindo a sua reinstalação.

Pode não haver, contudo, nenhuma norma sobre direito de protocolo ou uso tolerado. Quanto ao primeiro, a opção do legislador poderá, em tese, ser questionada quanto à razoabilidade - nestas situações, *prima facie*, é possível cogitar-se um dever de indenizar por parte da Administração e, em casos extremos, em verdadeira desapropriação indireta de bem particular pelo Poder Público, com as consequências inerentes a tanto na órbita civil. Para tanto, contudo, será necessária a cabal comprovação do descompasso entre o planejamento urbanístico idealizado para a região e a destinação urbanística do lote especificamente atingido. Somente nestas hipóteses (que deverão evidenciar o especialíssimo prejuízo

²¹⁵ Como exemplo, na Lei n. 16.402/2016, que disciplina o parcelamento, uso e ocupação do solo no Município de São Paulo: Art. 162. Os processos de licenciamento de obras, edificações e atividades e os projetos de parcelamento do solo, protocolados até a data de publicação desta lei e sem despacho decisório serão apreciados integralmente de acordo com a legislação em vigor à época do protocolo, exceto nos casos de manifestação formal do interessado a qualquer tempo, optando pela análise integral de acordo com suas disposições.

²¹⁶ A lei que institui o “direito de protocolo” deve cuidar, também, de impor um limite às possibilidades de modificação do projeto protocolado. Com efeito, caso tal não ocorra, poderá abrir-se um verdadeiro “comércio de regime jurídico extra-ativo”, no qual detentores de processos em andamento negociam o direito de análise de pedidos de empreendimento sob a égide do regime revogado. Tal medida, evidentemente, não se coaduna com o desiderato da norma, e deve ser evitada.

²¹⁷ APPARECIDO JÚNIOR, José Antônio. O uso tolerado: regra de transição isonômica no plano urbanístico. **Fórum Municipal & Gestão das Cidades (FMGC)**. Belo Horizonte: Fórum, ano 1, n. 2, p. 34., nov/dez. 2013.

incurrido ao particular) será possível, em regra, cogitar-se de dever de indenizar por parte do Poder Público. Quanto ao uso tolerado, o raciocínio é o inverso: ainda que não existe norma expressa garantindo sua permanência, ele, em regra, não poderá ser atingido pelas novas disposições da lei urbanística, salvo, novamente, em situações especiais. A determinação da cessação imediata do uso não mais considerado compatível com a região, por sua vez, em regra ensejará o dever de indenizar por parte do Estado, devendo a Administração Pública comprovar a consonância da medida com o planejamento urbanístico para dar suporte material à medida.

Pode, ainda, ocorrer que as exigências à manutenção do uso tolerado sejam de tal monta que acabem por impossibilitar totalmente a sua continuidade. Com efeito, a lei regularmente aprovada, sob o ânimo de proteger de maneira especialmente intensa as novas disposições urbanísticas nela contidas e o plano que esposa, pode promover um verdadeiro simulacro de norma de uso tolerado. Tal situação vem de encontro ao próprio escopo de permitir-se a tolerância do uso anteriormente instalado, numa contrariedade axiológica intrínseca da legislação. Surgirão de imediato, neste caso, duas questões: a primeira refere-se a como avaliar se as exigências de conformidade acabarão por inviabilizar a continuidade do uso já instalado; a segunda, qual a consequência deste fato.

A resposta à primeira questão será constatada na análise concreta, nos termos já expostos retro: salvo disposições legais absolutamente aberrantes e incompatíveis com a própria ideia da tolerância ao uso, a obtenção da necessária certeza sobre a impossibilidade de continuidade do uso somente poderá ser aferida caso a caso. Não basta a mera alegação de imposição de ônus adicionais ao uso tolerado para caracterizar tal incompatibilidade - se a implementação do novo zoneamento é um direito difuso, a permissão excepcional para continuidade de um uso, em regra não mais admitido em determinado local, terá como contrapartida, por parte do proprietário urbano, a assunção de certas obrigações, que podem ter por consequência ônus econômicos. Tais ônus representarão a sua parcela de contribuição ao planejamento urbanístico como um todo, em clara aplicação do princípio da justa distribuição dos benefícios e ônus derivados da atuação urbanística e do próprio princípio da igualdade. No que tange à segunda questão apontada - a consequência do fato de as exigências de conformidade inviabilizarem a continuidade do uso já instalado, ou retirarem desarrazoadamente qualquer possibilidade de edificação, por exemplo, a resposta parece ser muito menos complexa: avaliado, no caso concreto, que ocorreu tal fato, caberá ao particular a busca pela justa indenização, administrativamente ou pela via judicial.

2.3.3 O zoneamento na transformação ou qualificação do território urbano

O zoneamento, materialmente componente do plano diretor, embora porventura dele não formalmente integrante, é o que define a propriedade urbanística no Município.

Esta definição é fundamental não só para o estabelecimento dos direitos inerentes a este tipo de propriedade, mas também para que, a partir desta visão das potencialidades de parcelamento, uso e ocupação do solo já estabelecidas, sejam elaborados e implantados os projetos urbanísticos decorrentes do plano urbanístico denominado “plano diretor”. É a partir do zoneamento que será construído o regramento jurídico que reconheça as especiais condições das parcelas específicas do território que serão objeto de tratamento especial em termos de regulação urbanística, tanto no tocante à definição de objetivos e diretrizes de desenvolvimento urbano quanto à composição instrumentação jurídica necessária à sua concretização.

O desenvolvimento urbano do município ocorre, ordinariamente, com base nas disposições do zoneamento. Os projetos urbanísticos, para que sejam eficazes, têm que fornecer uma proposta de transformação ou qualificação do território que se apresente mais capaz de implantar o planejamento urbanístico do município que o zoneamento, ainda, evidentemente, que em uma escala territorial menor, e com uma análise mais detalhada do território que será objeto de intervenção. Por vezes, assim, pode configurar uma opção deliberada do planejamento urbanístico não realizar qualquer projeto urbanístico específico em determinadas parcelas do território – o zoneamento pode ser a regulação urbanística suficiente aos fins colimados pelo plano diretor. Desta forma, é possível afirmar que a conjunção dos processos de desenvolvimento urbano proporcionados pelo zoneamento e pelos projetos urbanísticos sintetiza o desenvolvimento urbano desejado pelo plano diretor no município.

2.4 Outorga onerosa de potencial construtivo e transferência de potencial construtivo

Em nosso país, a outorga onerosa de potencial construtivo adicional surgiu a partir da fixação do conceito do instituto do “solo criado”, desenvolvida a partir da década de 70, destacando-se a importância do seminário promovido pelo Centro de Estudos e Pesquisas

em Administração Municipal - CEPAM, que deu origem à denominada citada “Carta de Embu”, de dezembro de 1.976.

Nesta, a partir do reconhecimento de que a tecnologia de construção civil atende ao desejo de multiplicar a utilização dos locais de maior demanda nas cidades (aumentando assim sua densidade construtiva, e tendo como consequência a sobrecarga de suas infraestruturas urbanas), criando, por assim dizer, um solo novo, de áreas adicionais utilizáveis, não apoiadas diretamente sobre solo natural, constata-se a necessidade de que a legislação de uso do solo limite (ou ao menos ordene) este adensamento. Um dos efeitos colaterais dessa legislação, ainda nos termos do apontado documento, é o de valorizar diferentemente os imóveis, em consequência de sua capacidade legal de comportar área edificada, o que potencialmente poderia gerar situações de injustiça. Assim, considerando que o direito de propriedade é condicionado pelo princípio da função social da propriedade, não devendo, assim, exceder determinada extensão de uso e disposição, definidos segundo a relevância do interesse social e que o criador de solo deverá oferecer à coletividade as compensações necessárias ao reequilíbrio urbano reclamado pela criação do solo adicional, o documento traz importantes conclusões - se é certo que algumas hoje estão tão incorporadas ao universo jurídico que parecem evidentes, não se deve perder de vista o caráter inovador das reflexões à época em que foram realizadas:

a) é constitucional a fixação, pelo município, de um coeficiente único de edificação para todos os terrenos urbanos;

b) tal fixação não interfere com a competência municipal para estabelecer índices diversos de utilização dos terrenos mediante legislação de zoneamento;

c) que toda edificação acima do coeficiente único é considerada “solo criado”, quer envolva ocupação de espaço aéreo, quer a de subsolo (Conclusão 1.2);

d) é constitucional exigir, na forma da lei municipal, como condição de criação deste solo, que o interessado entregue ao poder público áreas proporcionais ao solo criado e, quando impossível a oferta destas áreas, sejam elas substituídas pelo seu equivalente econômico²¹⁸.

²¹⁸ Trata o documento, ainda, das situações de alienação da parcela não utilizável do direito de construir, e da transferência de potencial construtivo de imóveis tombados. A Carta de Embu pode ser encontrada em <<http://migre.me/vLzjij>>. Acesso em: 04 dez. 2016.

2.4.1 Preliminarmente: coeficiente de aproveitamento dos lotes e natureza jurídica do potencial construtivo

Para compreender os instrumentos da outorga onerosa de potencial construtivo adicional e da transferência de potencial construtivo (ou, na dicção do Estatuto da Cidade, da “outorga onerosa do direito de construir” e da “transferência do direito de construir”), é necessário, preliminarmente, abordar dois temas essenciais à compreensão dos instrumentos: o conceito de coeficiente de aproveitamento dos lotes e a noção do instituto de direito urbanístico denominado “potencial construtivo adicional”.

A breve explanação sobre estes dois tópicos permitirá entender de forma mais completa os instrumentos tratados neste capítulo, tratados conjuntamente em razão exatamente de seus pontos de coincidência: ambos versam sobre a alocação e utilização do bem jurídico “potencial construtivo” nos lotes urbanos.

2.4.1.1 Coeficientes de aproveitamento dos lotes

No direito urbanístico, como já exposto retro, o índice mais relevante para se determinar as potencialidades de aproveitamento do solo em termos de edificação é o coeficiente de aproveitamento, que representa um número que, multiplicado pela área do lote, indica a quantidade máxima de metros quadrados que podem nele ser construídos. O índice, assim, expõe a relação entre a área edificável de um terreno e sua área total²¹⁹.

A regulação do instrumento de outorga onerosa no plano diretor é obrigatória a todos os municípios que detenham plano diretor (art. 42, inc. II da Lei n. 10.257/2001). As leis urbanísticas, por sua vez, normalmente laboram com três modalidades de coeficientes de aproveitamento do lote: o mínimo, o básico e o máximo, que conferem aos proprietários dos terrenos, consecutivamente, um dever, um direito e uma expectativa de direito²²⁰, sujeita ao

²¹⁹ Em um exemplo: se determinado lote de 1.000 m² tem coeficiente de aproveitamento igual 1,0, isso significa que nele poderão ser edificados 1.000 metros quadrados. Se tem coeficiente de aproveitamento igual a 2,0, serão 2.000 metros quadrados edificáveis. Os metros quadrados edificáveis no terreno, por sua vez, caracterizam o potencial construtivo do lote.

²²⁰ “[...] a Expectativa [de direito] pode considerar-se um direito em vias de ser ou que pode ser adquirido, pois já existe uma lei que o estriba, e o direito adquirido é a consequência de uma lei. Assim, parece que a diferença entre Expectativa de Direito e Direito Adquirido está na existência, em relação a este, do fato aquisitivo específico, já configurado por completo. [...] Isto posto, propomos, *sub censura*, o seguinte conceito genérico de Expectativa de Direito que se deve antepor ao de Direito Adquirido: Expectativa é a faculdade jurídica abstrata ou em vias de concretizar-se, cuja perfeição está na dependência de um requisito legal ou de um fato aquisitivo específico.” (grifo do autor) (LIMONGI FRANÇA, Rubens. **A irretroatividade das leis e o direito adquirido**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 217-218).

cumprimento de um ônus e da aprovação do pedido de aproveitamento do potencial construtivo adicional do lote por parte da Administração Pública.

Com efeito, o coeficiente de aproveitamento mínimo é o critério usado para apurar a não utilização ou subutilização da propriedade - o conceito tem raiz no art. 182, § 4º da Constituição Federal, tendo o art. 5º, § 1º, inc. I do Estatuto da Cidade esclarecido que, mais uma vez privilegiando sua função de índice averiguação do cumprimento da função social da propriedade no município, o índice para aferição da subutilização do imóvel é o plano diretor. O coeficiente de aproveitamento mínimo de um lote, desta forma, é um índice que, multiplicado pelo tamanho do terreno, dirá quantos metros quadrados têm de ser edificadas para que a propriedade cumpra sua função social, nos termos da definição da propriedade urbanística definida pela lei municipal. O dever de edificar até o coeficiente de aproveitamento mínimo do terreno, destarte, constitui um dever do proprietário, imposto sob o fundamento de aplicação do princípio da função social da propriedade. A inação do proprietário pode resultar em sanções aplicáveis pelo Poder Público (especialmente as referentes à tributação progressiva e obrigatoriedade do parcelamento), caso previstas no plano diretor ou em lei dele decorrente²²¹.

O coeficiente de aproveitamento básico, por sua vez, é aquele incorporado à propriedade urbanística pela lei que define seu zoneamento, e que pode ser atingido sem a cobrança de outorga onerosa de potencial construtivo pela Administração. O art. 28, § 2º do Estatuto da Cidade permite que haja mais de um coeficiente de aproveitamento básico no município - a depender, evidentemente, do planejamento urbanístico que deu suporte à edição da lei do plano diretor. Se o coeficiente de aproveitamento mínimo configura o dever, o *munus* advindo do domínio de terrenos urbanos (evidenciando-se, desta forma, a função social da propriedade), o coeficiente de aproveitamento básico incorpora-se ao terreno, a partir da edição de lei urbanística (editada sob os fundamentos da razoabilidade, proporcionalidade e gestão democrática), ao patrimônio de quem seja proprietário do solo urbano. Atendidas as demais disposições de aproveitamento do terreno, é oponível à Administração Pública, não podendo ser, ainda, suprimido por ato ou processo administrativo sem que haja a correspondente indenização.

Já é possível, neste passo, uma reflexão importante: o coeficiente de aproveitamento básico do terreno representaria o que hoje pode ser considerado o “direito de construir” nos lotes urbanos - em termos gerais, este é o ponto de contato entre a antiga doutrina civilista da propriedade imobiliária urbana e o conceito de propriedade urbanística, uma vez este coeficiente

²²¹ É possível que o coeficiente de aproveitamento mínimo possa vir a ser igual a zero (ex.: em áreas de preservação permanente, ou faixas de servidão de bens e serviços públicos), o que impede afirmar que sempre haverá a obrigação legal de construir algo em terreno urbano.

de aproveitamento passa a integrar o rol dos direitos inerentes à propriedade do lote com a edição da lei urbanística, incorporando-se ao patrimônio do proprietário do terreno - ainda que, repita-se, a efetiva utilização do potencial construtivo dependa das demais disposições da legislação conformadora da propriedade urbanística.

O coeficiente de aproveitamento máximo de cada lote, por fim, nos termos do art. 28, § 3º do Estatuto da Cidade, também deve constar do plano diretor (ou de sua decorrente lei de zoneamento), e nada mais é que o limite de área edificável incorporável ao terreno²²², acessível mediante atendimento das condicionantes urbanísticas a tanto. O acesso ao volume de área edificável entre os coeficientes básico e máximo de aproveitamento de um terreno - o potencial construtivo adicional - caracteriza-se, destarte, como mera expectativa de direito por parte dos proprietários, somente obtível preenchidas as condições a tanto, que podem, eventualmente, incluir a avaliação sobre o mérito urbanístico do pedido (em empreendimentos de grande impacto urbanístico-ambiental, por exemplo).

É possível que os coeficientes de aproveitamento básico e máximo do terreno sejam coincidentes, não se cogitando, neste caso, utilizar-se o denominado potencial construtivo adicional (ou potencial adicional de construção). Da mesma forma, pode ser opção da lei - sempre devidamente justificada pelo plano urbanístico que lhe dá suporte - igualar os coeficientes de aproveitamento mínimo, básico e máximo²²³.

A definição dos coeficientes de aproveitamento dos terrenos não tem por objetivo dirimir o confronto entre o direito de construir em propriedade urbana e o direito transindividual a um adensamento construtivo sustentável para a cidade. Sua função, isto

²²² A técnica do urbanismo permite uma certa gama de variações sobre o conceito de área edificável. Assim, por exemplo, no Município de São Paulo, existe a noção de “área computável”, que é aquela que efetivamente entrará no cálculo de metros quadrados utilizados na edificação. Com efeito, na Lei n. 16.050/2014 – Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo, a “área construída computável” é definida como a soma das áreas cobertas de todos os pavimentos de uma edificação, que são consideradas para o cálculo do coeficiente de aproveitamento (Quadro 1 - Definições). Assim, é possível haver área construída que não seja considerada no cálculo do coeficiente de aproveitamento do terreno, sendo certo que a opção da legislação pode ter finalidades variadas, tais como caracterização do padrão urbanístico-edifício do Município ou viabilização da sua política de desenvolvimento urbano. À guisa de exemplo, destarte, na capital paulista não serão computáveis as áreas ocupadas por vestiários para usuários das bicicletas (art. 62, inc. XV, da Lei n. 16.402/2016 – Lei do Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo do Município de São Paulo), não sendo também consideradas como áreas construídas, nos termos do art. 112 da Lei n. 16.050/2014 – Plano Diretor Estratégico, o equivalente a 10% (dez por cento) da área construída em empreendimentos com mais de 20.000 m² (vinte mil metros quadrados) de área construída computável, desde que destinados a Habitações de Interesse Social, voltadas a atender famílias com renda até 6 salários mínimos (na aplicação da denominada “Cota de Solidariedade”).

²²³ Há uma inconveniência de ordem prática nesta medida: raramente os projetos de edificação conseguem utilizar todo o potencial construtivo disponível – a utilização integral do potencial construtivo adicional demandaria um projeto com a máxima eficiência neste aspecto. Se todos os coeficientes de aproveitamento fossem iguais, não haveria margem para este déficit de aproveitamento do terreno, sendo, portanto, qualquer empreendimento sujeito às sanções por subutilização do imóvel.

sim, será exatamente a de revelar o conteúdo do direito de construir, exatamente pela ordenação do uso do solo - a edificabilidade possível em um terreno é o que determina, em termos gerais, o plano urbanístico positivado pelo plano diretor (ou, reitere-se, pela lei de zoneamento deste decorrente), advindo destes parâmetros o que pode ser considerado o “direito de construir” do proprietário.

2.4.1.2 Natureza jurídica do potencial construtivo

Como já apontado retro, o potencial construtivo de um terreno é a quantidade de metros quadrados em si edificáveis, revelados, em princípio, pela multiplicação de seu coeficiente de aproveitamento por sua área²²⁴. A lei urbanística, assim, ao distribuir os coeficientes de aproveitamento dos lotes no espaço urbano, define a capacidade edilícia dos terrenos do município. Tal tarefa - realizada ordinariamente (e não exclusivamente) pelo instrumento do zoneamento - tem por escopo positivar disposições essenciais do planejamento urbanístico que são consolidadas na lei do plano diretor, fixando as condições de uso e aproveitamento do solo.

O potencial construtivo, desta forma, apresenta-se como um elemento de suporte à implantação do plano diretor: o volume deste bem jurídico a ser utilizado no município deve ter como pressuposto de existência e condição necessária de utilização a sua utilidade no cumprimento da tarefa de implementação do planejamento urbanístico positivado por aquela lei ou por legislação dela decorrente.

Com tal constatação, percebe-se que a função urbanística do potencial construtivo dos lotes urbanos é exercida antes mesmo de sua efetiva utilização em determinado imóvel. Sua manifestação física, isto é, a construção em si, além do exercício de um direito ou faculdade advindo das disposições da lei urbanística, apresenta-se como exteriorização de um processo de planejamento. Em consequência, constata-se que a função do potencial construtivo, haja vista seu papel de regulador da edificabilidade nos terrenos urbanos, não depende de qualquer propriedade imobiliária diretamente referida. A edificação em imóveis

²²⁴ Como também já apontado, há outros parâmetros urbanísticos que poderão influenciar no cálculo do efetivo potencial construtivo do lote.

urbanos é consequência da função exercida por este bem jurídico, previamente incorporado aos caracteres das propriedades urbanísticas individualmente consideradas²²⁵. De fato²²⁶,

[...] o potencial construtivo dos imóveis urbanos advém diretamente da qualificação urbanística dos terrenos, e somente se configura o direito a edificar, sendo este oponível a todos, inclusive à Administração, com a consolidação da conformação da propriedade veiculada pela diretamente lei urbanística ou pela aquisição de potencial construtivo adicional. Consolidado o potencial construtivo na propriedade urbana imobiliária, este automaticamente é vinculado ao regime jurídico a ela aplicável, inclusive e especialmente no que toca à sua função social.

A incorporação do potencial construtivo à propriedade urbanística ocorre de forma gratuita ou onerosa. A forma gratuita corresponde ao seu volume previsto mediante aplicação do coeficiente de aproveitamento básico de aproveitamento aos lotes - tal potencial construtivo, desde a edição da lei urbanística, como já apontado, integra o direito advindo da propriedade do lote. O potencial construtivo adicional é normalmente distribuído sob a

²²⁵ A criação do potencial construtivo básico, ainda que seja feita concomitantemente com a sua atribuição aos lotes e glebas, antecede logicamente a esta – do ponto de vista lógico, primeiro o plano urbanístico reconhece o potencial construtivo que deve ser entendido como disponível, para depois atribuí-lo a cada terreno, por intermédio da lei urbanística. Partindo-se desta premissa, constata-se haver um momento em que todo o potencial construtivo destinado ao sítio urbano é independente de qualquer propriedade urbana diretamente relacionada – não há o direito a edificar *a priori* da distribuição dos potenciais edifícios pela lei urbanística, podendo ocorrer que mesmo os terrenos que atualmente detenham potencial construtivo sejam considerados não edificáveis (atendendo-se, reitere-se, a razoabilidade e proporcionalidade necessariamente imanentes ao plano urbanístico). Esta linha de entendimento dá suporte à tese de que a edificabilidade não pode ser considerada imanente à propriedade, mas sim uma realidade jurídica advinda das destinações urbanísticas definidas no plano diretor, representando um valor definido pela lei urbanística incidente sobre os terrenos urbanos de acordo com o zoneamento. Consoante este conceito, na Itália aprovou-se, no ano de 1.977, a Lei n. 10, que dispôs sobre edificabilidade do solo, e permitiu a cobrança de uma contribuição destinada a cobrir os custos da urbanização da cidade em cada licença de construção expedida. Tal lei, no entender de SILVA (SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 260), teria ultrapassado o próprio conceito de solo criado, para chegar à separação do direito de construir do direito de propriedade do terreno, uma vez que partiria do princípio da não edificabilidade do solo, sendo o direito de construir uma concessão da comuna, estatuído por intermédio da apontada licença. Tal interpretação, contudo, foi afastada pela Corte Constitucional Italiana, para a qual a concessão para edificação prevista na lei não seria “atributiva de direitos novos, mas pressupõe faculdade preexistente, de modo que, sob esse perfil, não exerce função substancialmente diversa daquela da antiga licença, tendo o escopo de declarar a ocorrência das condições previstas pelo ordenamento para o exercício do direito, nos limites em que o sistema normativo lhe reconhece e tutela a subsistência” (Sentenza n. 5/1980, Presidente da Corte e Relator AMADEI, disponível para consulta em <http://migre.me/vLzui>, acesso em 20 nov 2016). A interpretação da Corte Constitucional Italiana teve o mérito de evitar alegações de desapropriação generalizadas por parte dos proprietários italianos, que argumentariam terem sido usurpados de seu direito de construir, uma vez que a lei n. 10 determinava que o cálculo do valor da desapropriação não deveria incluir o potencial construtivo dos terrenos. Observa-se, contudo, que a mesma sentença – que versava sobre o direito de indenização de um proprietário rural, tratando incidentalmente a questão da edificabilidade - definiu que “é sem dúvida verdade que o sistema regulamentar criado para regular a terra edificável atribui às autoridades competentes qualquer determinação sobre se, como e quando (...) das edificações. O Estatuto da Cidade estatuiu que a lei urbanística, em regra, deve definir o coeficiente de aproveitamento básico dos terrenos – desta forma, prevê que sempre haverá uma área edificável em cada terreno. Neste sentido, MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Outorga onerosa do direito de construir. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coords.). **Estatuto da Cidade** (Comentários à Lei Federal 10.257/2001). 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 239)

²²⁶ APPARECIDO JÚNIOR, José Antônio. **Propriedade urbanística e edificabilidade**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 120.

forma onerosa, com eventuais exceções a entidades filantrópicas, ao Poder Público etc. Em quaisquer das hipóteses, reitere-se, a regulação da matéria pelo plano diretor deverá sempre levar em conta a função urbanística de sua utilização, seja este potencial construtivo o originalmente previsto para o sítio, seja ele adquirido mediante outorga onerosa, advindo da transferência de potencial construtivo ou da utilização dos CEPAC.

Prosseguindo, o potencial construtivo pode ser analisado em um conceito estrito de bem jurídico. Nesta condição, se apresenta como coisa imaterial, que tem valor econômico e que pode servir de objeto a uma relação jurídica²²⁷. É objeto de uma determinada relação jurídica patrimonial distinta do direito de propriedade, caracterizando-se como bem civil.

É útil lembrar que, para ser considerado objeto do direito, qualquer bem jurídico necessita reunir os seguintes pressupostos: a) ser representado por um objeto capaz de satisfazer um interesse econômico; b) ser suscetível de gestão econômica, constituindo uma entidade capaz de ser objeto de relações jurídicas próprias; e c) ter capacidade para ser objeto de uma subordinação jurídica ao seu titular²²⁸. O potencial construtivo é objeto de diversas transações econômicas - logo, possui valor econômico. Da mesma forma, é suscetível de gestão econômica, pois é apto a ser objeto de negócios jurídicos, tais como a aquisição mediante outorga onerosa, e a venda dos CEPAC. A capacidade para ser objeto de uma subordinação jurídica ao seu titular referida por CARVALHO PINTO como o fenômeno da “patrimonialização do direito de construir”, consiste na criação de um direito de propriedade autônomo sobre o direito de construir, transformando-o em objeto distinto do terreno. O fundamento de tal concepção é simples: “o termo ‘propriedade’ designa um tipo de relação jurídica que pode ter por objeto qualquer bem, corpóreo ou incorpóreo, suscetível de valoração econômica. Não se confunde com o conceito de ‘domínio’, que sempre tem por objeto um imóvel”²²⁹.

Uma vez caracterizado como bem civil, verifica-se que o potencial construtivo adicional em abstrato, não vinculado a um lote, é de domínio público. De acordo com o art. 98 do Código Civil, “são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”. Os bens públicos são todos aqueles, quer corpóreos, quer incorpóreos,

²²⁷ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 535.

²²⁸ Idem. **Curso de Direito Civil Brasileiro 4 - Direito das Coisas**. 25. ed. São Paulo, Saraiva, 2010. p. 23.

²²⁹ CARVALHO PINTO, Victor. **Direito Urbanístico: plano diretor e direito de propriedade**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 236.

que pertençam, a qualquer título, às pessoas jurídicas de direito público – tais bens configuram o denominado patrimônio público²³⁰.

A Constituição Federal determina que o município legisle sobre assuntos de interesse local (art. 30, inc. I) e execute a política de desenvolvimento urbano, que terá por instrumento básico o plano diretor (art. 182, “caput” e inc. I). O plano diretor tem por função positivizar as disposições e instrumentos para a implantação da política de desenvolvimento urbano, e qualifica as diferentes porções territoriais do município, conferindo-lhes diferentes coeficientes de aproveitamento. Cria e distribui, desta forma, o potencial construtivo dos diferentes lotes urbanos, conferindo-lhes o atributo da edificabilidade de acordo com o planejamento urbanístico anteriormente entabulado. O município também reserva para si um certo volume de potencial construtivo adicional, para comercialização mediante outorga onerosa ou CEPAC. Evidencia-se que o município tem à disposição deste bem jurídico - trata-se originalmente, pois, de um bem público municipal.

Os bens públicos, por sua vez, são classificáveis, nos termos do art. 99 do Código Civil, utilizando-se o critério de seu uso. Desta forma, tais serão os (a) bens de uso comum do povo, de uso indistinto das pessoas (ruas, mares, praias etc.); (b) bens de uso especial, caracterizados como edifícios ou terrenos afetados a um serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias; e (c) bens dominicais (ou domaniais), que integram o patrimônio do Estado, sem destinação pública específica.

O critério da classificação do diploma civilista é a destinação destes bens, comumente identificada como sua afetação. Para DI PIETRO, é possível dividir estas modalidades de bens públicos arroladas pelo Código Civil em duas categorias: os bens de domínio público do Estado, abrangendo os bens de uso comum e de uso especial, e os bens de domínio privado do Estado, correspondentes aos bens dominicais²³¹ - somente estes últimos, nos termos do art. 100 do diploma civil, alienáveis. Alerta MARQUES NETO, entretanto, que não é correto dizer que tais categorias sejam estanques, perfeitamente apartadas. Segundo o autor, “o que há são usos, predicadores de utilidades com características distintas, e que

²³⁰ FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 570.

²³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 744-745. Os bens de domínio público do Estado, ainda segundo a autora, são “o conjunto de coisas móveis e imóveis de que é detentora a Administração, afetados quer ao seu próprio uso, quer ao uso direto ou indireto da coletividade, submetidos a regime de direito público derogatório e exorbitante do direito comum”. (Ibidem, p. 746).

recaem sobre o patrimônio público”²³², sendo certo que a afetação é uma decorrência do princípio da função (a consagração do bem a uma função estatal), e possível que mesmo bens dominicais estejam afetados - é o que denomina de “afetação imprópria” dos bens públicos, que corresponde à destinação do bem a uma finalidade também de interesse público, porém não qualificada a um uso específico (utilidade ou serviço público) fruível direta ou indiretamente pelo administrado²³³.

Ao cotejar a classificação trazida pela lei civil com o regime jurídico do potencial construtivo, é preciso destacar que este não perde, em momento algum, sua função urbanística. Esta condição, contudo, não significa que esteja afetado, nos termos propostos pela classificação do Código Civil, a um uso comum ou especial - o que, como visto, impediria sua comercialização -, haja vista o conceito de “uso” não se confundir com o de “função”. Aponte-se, neste passo, que a titularidade deste bem jurídico não afeta sua função: de fato, assim que distribuído pela lei urbanística aos lotes e glebas, ou alienado a um particular como potencial construtivo adicional, este perde a condição de bem público e passa à categoria de bem privado, sem que com isso se dispa de sua função urbanística.

Ainda sob a ótica da lei civil, é possível avaliar o potencial construtivo tendo por base a classificação de bens corpóreos ou incorpóreos. Os primeiros são os que têm existência material, como um imóvel; os segundos não têm existência tangível, sendo relativos a direitos que as pessoas físicas ou jurídicas têm sobre as coisas, sobre os produtos do intelecto ou sobre outra pessoa, apresentando valor econômico, tais como os direitos obrigacionais e autorais. O potencial construtivo, dessarte, apresenta-se como um bem

²³² AZEVEDO MARQUES, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica - o regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 201.

²³³ *Ibidem*, p. 284-285. É preciso relembrar o alertado por DI PIETRO: mesmo os bens públicos estão sujeitos ao cumprimento de sua função social, e se aos bens afetados ao uso coletivo e da própria Administração Pública esta condição demanda que ao uso principal do bem sejam acrescidos tantos outros, públicos ou privados, desde que não prejudiquem a finalidade para a qual o bem esteja afetado, aos bens dominicais se exige que o Poder Público garanta a sua utilização por forma que atenda às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, tendo tal dever o correspondente direito dos cidadãos de exigir tal aproveitamento, até mesmo por via judicial. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Função social da propriedade pública*. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa (coord.). **Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p 872.) No mesmo sentido, MARQUES NETO esclarece: “Refutamos, então, o entendimento de que o bem público cumpre sua função social pelo simples fato de ser de domínio do ente de direito público”. As razões a tanto: a utilidade do bem deve ser a melhor que a dele se possa extrair, a ociosidade do bem labora contra o dever estatal de atender à demanda social pelo aproveitamento das propriedades imobiliárias e é necessário permitir a rentabilização de tais bens em prol do erário. (AZEVEDO MARQUES, Floriano de Azevedo. *Op. cit.*, p. 397-398).

incorpóreo, consistindo em uma potencialidade edilícia dos lotes urbanos, não se confundindo com a edificação efetivamente realizada²³⁴.

Outra classificação aplicável aos bens jurídicos, desta feita reciprocamente considerados, é a de bens principais e acessórios. Os bens jurídicos principais são os que existem por si, exercendo sua função e finalidade independentemente de outra, sendo os acessórios aqueles que supõem, para existir juridicamente, um bem principal²³⁵. Verifica-se, por todo o já exposto, que o potencial construtivo é um bem jurídico principal, haja vista deter existência jurídica própria, não constituindo um simples acessório de outros direitos. Ele pode ser objeto de negócios jurídicos sem necessitar de outro bem, identificável como bem principal, para tanto.

Uma vez vinculado a um determinado lote, o potencial construtivo passa a caracterizar-se como bem acessório, havendo uma espécie de acessão ao terreno em virtude da sua incorporação. A “acessão” (art. 1.248 do Código Civil), convém lembrar, constitui um modo de aquisição da propriedade pelo qual pertence ao proprietário tudo o que se une o incorpora ao bem. Esta incorporação à propriedade pode ser natural (quando resultante de evento natural) ou artificial (quando surgida de ato consciente praticado pelo ser humano). A lei urbanística qualifica a propriedade urbana, atribuindo-lhe tal edificabilidade - logo, o potencial construtivo originalmente conferido a tal propriedade urbanística até o seu coeficiente básico não pode ser qualificado como acessão pelo simples motivo de que não há que se falar em incorporação de algo a um bem ainda não definido, não conformado juridicamente em todos os seus elementos. A vinculação do potencial construtivo adicional ao lote - seja por intermédio de outorga onerosa, seja por intermédio dos CEPAC -, por sua vez, parece caracterizar o instituto civil.

A distribuição e utilização do potencial construtivo adicional estabelece verdadeiro ponto de intersecção entre o direito urbanístico e o direito ambiental: ambos têm por objeto propiciar melhores condições de vida ao homem e à comunidade regulando o modo de uso e ocupação do território, sendo a edificabilidade nos terrenos urbanos condição essencial a tanto²³⁶. No que toca ao potencial construtivo, a questão é como conciliar o interesse

²³⁴ No caso dos CEPAC, emitidos no âmbito de uma operação urbana consorciada, é possível identificar um caráter corpóreo, correspondente ao próprio título mobiliário, que pode apresentar materialidade física. São, contudo, duas realidades jurídicas distintas: o potencial construtivo, que será utilizado mediante a conversão dos CEPAC e o próprio título mobiliário, que constitui o instrumento para viabilizar os diversos negócios jurídicos pertinentes.

²³⁵ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 536.

²³⁶ Para SILVA, a “qualidade do meio ambiente urbano constitui, mesmo, um ponto de convergência da qualidade do meio ambiente natural (água, ar e outros recursos naturais) e da qualidade do meio ambiente

econômico da exploração desta característica das propriedades urbanísticas (públicas ou privadas) com o interesse social na preservação e defesa do meio ambiente urbano, especialmente considerando a determinação constitucional de que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (art. 225).

Nesta linha de ideias, observa-se que os bens jurídicos referentes às atividades urbanísticas detêm valor difuso, protegidos por um arcabouço jurídico que tem por escopo assegurar interesses transindividuais (como o do meio ambiente urbano saudável ou das funções sociais da cidade), independentemente de serem classificados como públicos ou privados. Por tal razão, terão os direitos a partir de si constituídos exercidos com limitações e restrições, tendo em vista exatamente o interesse público, coletivo ou difuso nela existente. Esta relação de direito entre tais bens com o Estado e os particulares dá margem à idealização de uma nova categoria de bens, denominada “bens de interesse público”, ou “bens socioambientais”²³⁷.

Ensina SOUZA FILHO que sobre estes bens nasce um novo direito, que se sobrepõe ao antigo direito já existente, sendo certo que “o bem como que se divide em um lado material, físico, que pode ser aproveitado pelo exercício de um direito individual, e outro, imaterial, que é aproveitado por toda a coletividade, de forma difusa, que passa a ter direitos ou no mínimo interesse sobre ela. Como estas partes ou lados são inseparáveis, os direitos ou interesses coletivos sobre uma delas necessariamente se comunicam à outra”²³⁸. O centro da limitação jurídica que os direitos coletivos impõem aos individuais, por sua vez, não está no “como ter”, “como usar”, “como fruir”, mas no “como evitar que se deteriore”.

O potencial construtivo em solo urbano insere-se nesta categoria de bens jurídicos socioambientais, ainda, que tal reconhecimento não exclui quaisquer outros elementos de sua caracterização - ao contrário, agrega especial valor ao seu regime jurídico. Neste passo, o potencial construtivo terá especial regência no que toca aos requisitos e condições de sua criação, bem como no que se refere à sua distribuição aos lotes urbanos e, finalmente, à sua

artificial (histórico-cultural), pois a qualidade de vida das pessoas que se reúnem nas comunidades urbanas está claramente influenciada por quanto suceda nos meios, natural e obra do Homem, que se acham diretamente inter-relacionados”. (SILVA, Jose Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 10. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 239).

²³⁷ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **Bens Culturais e sua Proteção Jurídica**. 3. ed. ampl. e atual. Curitiba: Juruá, 2011. p. 22-23.

²³⁸ *Ibidem*, p. 23.

utilização, independentemente de sua titularidade. A peculiaridade de tal regência se deve à sua função social diferenciada, bem como à conjugação dos direitos dos proprietários do solo urbano com os direitos da coletividade em sua utilização. A sua classificação como bem socioambiental, por fim, permite ultrapassar as perplexidades advindas de sua classificação utilizando-se os critérios clássicos extraídos do direito civil, otimizando sua utilização pelos diversos instrumentos jurídico-urbanísticos.

O potencial construtivo, destarte, pode ser classificado como bem jurídico civil incorpóreo com funções urbanísticas e socioambientais. Poderá ser de domínio público ou privado, bem como se caracterizar como bem principal ou acessório, sem, contudo, em momento algum perder sua função de interesse público, de caráter difuso. O potencial construtivo adicional, por sua vez, conforme exposto, é bem jurídico dominical, de titularidade do Município, sendo alienável para fins de implantar a política de desenvolvimento urbano positivada no plano diretor e na legislação deste decorrente²³⁹.

2.4.2 Outorga onerosa do direito de construir

De todo já exposto, a primeira observação a ser realizada sobre o instrumento a ser estudado é a de que tal considerará que a outorga onerosa não é a do direito de construir (definido em lei, na conformação da propriedade urbanística), e sim do potencial construtivo adicional. Com efeito, não parece ser lícito ao particular ou mesmo à Administração Pública dispor do “direito de construir” dos imóveis, assim identificado o correspondente ao potencial construtivo básico dos terrenos: as transações reguladas pelo instrumento previsto no Estatuto da Cidade são as referentes ao potencial construtivo adicional. A dicção “outorga onerosa do direito de construir”, contudo, deve ser utilizada em razão de sua consagração pelo Estatuto da Cidade (*verbi gratia*, arts. 28 e seguintes), e pela sua previsão (obrigatória) nos planos diretores de todo o país (art. 42, inc. II da Lei Federal n. 10.257/2001).

Como já exposto anteriormente, a lei municipal definirá os coeficientes de aproveitamento máximo incidentes no território, considerando, para tanto, proporcionalidade entre a infraestrutura existente e o aumento de densidade esperado em cada área. Esta informação é importante: somente será possível edificar se o meio ambiente

²³⁹ O Município de São Paulo, em seu Plano Diretor Estratégico (Lei Municipal n. 16.050, de 31 de julho de 2014), deu contribuição relevante para a consolidação do conceito da natureza jurídica do potencial construtivo adicional. Em seu art. 116, dispõe que “O potencial construtivo adicional é bem jurídico dominical, de titularidade da Prefeitura, com funções urbanísticas e socioambientais”.

urbano se mostrar apto a distribuir adequadamente a carga urbanística correspondente, o que, mais uma vez, ilustra uma das finalidades da outorga de potencial construtivo adicional aos lotes urbanos.

O Estatuto da Cidade determina, também, que lei municipal específica estabelecerá as condições a serem observadas para a outorga onerosa do direito de construir, determinando a fórmula de cálculo para a cobrança, os casos passíveis de isenção do pagamento da outorga e a contrapartida do beneficiário. Sob este ponto, há dois aspectos a destacar.

2.4.2.1 Outorga onerosa e os incentivos positivos e negativos ao desenvolvimento urbano

O primeiro aspecto diz respeito à utilização do instrumento como meio de incentivo ou desestímulo ao adensamento construtivo. Neste caso, a legislação não tratará de regular tal fenômeno por intermédio do volume de potencial construtivo disponível para aquisição, e sim com a variação do preço necessário para aquisição de tal bem jurídico e pelas condições de sua obtenção e utilização.

Destaque-se, neste passo, que em sua gênese o “solo criado” detinha um caráter eminentemente redistributivo, isto é, mostrava-se como uma ferramenta que tinha por desiderato compensar a sociedade pela exploração extraordinária das infraestruturas urbanas por parte dos empreendedores que nele edificavam: o pagamento do “direito de construir” - do potencial construtivo adicional, em termos mais técnicos - seria utilizado para investimentos em novas infraestruturas urbanas ou para ações voltadas ao atendimento habitacional de famílias de baixa renda.

Atualmente, é de conhecimento técnico estabelecido que o custo final dos empreendimentos imobiliários leva em consideração elementos como o preço do terreno onde está localizado (incluindo-se, neste preço, seu coeficiente de aproveitamento e a viabilidade de sua exploração em razão dos usos admitidos), o seu mercado consumidor e o custo da produção propriamente dita. Nestes custos, além dos materiais utilizados na obra, do pagamento dos trabalhadores e do preço do terreno, inclui-se o valor do potencial construtivo adicional. Se é certo que o valor de um terreno urbano é conferido por seus atributos de localização - atributos adquiridos a partir do trabalho conjunto de toda a sociedade, num processo contínuo, embora não necessariamente ordenado, de desenvolvimento urbano, refletido na conformação da propriedade urbanística conferida

pela lei -, o valor do potencial construtivo adicional deste terreno pode ser arbitrado pelo Poder Público com a finalidade de implantar o planejamento urbanístico, e não somente de auferir receitas para redistribuição de investimentos no tecido urbano.

Assim, como exemplos, pode haver definição de valores menores que os ordinariamente praticados, ou mesmo isenção de contrapartida financeira, para a outorga de potencial construtivo para determinadas tipologias habitacionais (como as habitações de interesse social), usos específicos (comércios de determinada atividade, serviços que necessitem de mão de obra intensiva), para equipamentos de infraestrutura urbana (hospitais, terminais de logística) etc. Da mesma forma, ao revés, mostra-se lícito (desde que aderente ao planejamento urbanístico, sempre é útil destacar) aumentar os valores referentes a outorga onerosa com a finalidade contrária, isto é, como medida de incentivo negativo a determinados tipos de ocupação dos lotes.

Como exemplo de utilização desta nova concepção, é possível destacar a prevista na Lei Municipal n. 16.050/2014, do Município de São Paulo, o Plano Diretor Estratégico. Ao analisar a evolução do instrumento da outorga onerosa no Município de São Paulo desde o ano de 2002, IGNATIOS e MONTANDON expuseram a metodologia de formulação da modelagem econômica e urbanística do instrumento no diploma paulistano, esclarecendo os critérios utilizados a tanto: manutenção do coeficiente de aproveitamento básico dos terrenos em 1,0 (um); adoção de uma nova base de referência para estabelecimento de valores de terrenos fosse mais próxima dos valores praticados pelo mercado imobiliário; isenção do pagamento da contrapartida financeira usos que sejam promovidos pelo poder público (ou que sejam resultado da utilização de subsídios públicos); incentivo ao adensamento construtivo e populacional nas regiões apontadas pelo plano diretor como preferencialmente destinadas a tal medida (os “Eixos da Estruturação da Transformação Urbana”); limitação ao desenvolvimento de novos projetos em determinada porção do território do Município, destinada a institucionalização de projetos urbanísticos específicos; combinação de todas as variáveis expostas, de modo a resultar numa maior arrecadação de recursos financeiros, considerando o potencial construtivo adicional utilizado²⁴⁰. O que se evidencia, em síntese,

²⁴⁰ IGNATIOS, Marcelo Fonseca; MONTANDON, Daniel Todmann. A dimensão urbanística da Outorga Onerosa do Direito de Construir no Município de São Paulo. **Lincoln Institute of Land Policy**, Working Paper, 2016. Para garantir o atendimento de tais critérios, os autores informaram que foi criado um método de simulação que possibilitou a análise dos efeitos da aplicação do regramento na cidade como um todo. Esse método pode ser resumido nos seguintes termos: (a) definição dos cenários de transformação urbana: foram identificadas as áreas mais prováveis de transformação e o correspondente potencial construtivo associado, considerando a expansão da infraestrutura de transporte público coletivo; (b) definição do peso econômico da outorga onerosa no desenvolvimento imobiliário, incluindo estudos realizados de forma compartilhada entre

é a viabilidade de utilizar-se do instrumento da outorga onerosa de potencial construtivo adicional para fins de orientação de padrões urbanísticos ou de infraestrutura para as diferentes regiões do Município, sem que tal medida não elida o seu caráter redistributivo da valorização imobiliária apropriada pelos empreendedores privados²⁴¹.

2.4.2.2 Quem pode adquirir o potencial construtivo adicional?

A distribuição do potencial construtivo por meio de outorga onerosa dar-se-á, em regra, pela venda direta aos proprietários dos lotes nos quais se realizará a construção. Para MARQUES NETO, caso prevista em lei municipal, tal regra faz incidir o art. 25, *caput*, da Lei Federal 8.666/1993 (Lei Federal de Licitações). Caso não haja esta expressa previsão legal, ou qualquer outra diversa em competente lei municipal, deverá tal bem ser vendido de acordo com o art. 17, II, da apontada Lei de Licitações - alienação por intermédio de leilão²⁴². Esta hipótese merece algumas considerações.

A possibilidade de aquisição do potencial construtivo adicional por intermédio de leilão reflete a compreensão deste bem jurídico como bem autônomo, desvinculado do direito da propriedade até o efetivo momento de sua incorporação a esta. Com efeito, caso fosse considerado o direito de edificar além do potencial básico como algo inerente à

Poder Público e setor privado com a finalidade de apontar os limites do custo do potencial construtivo adicional na produção imobiliária, incidindo sobre o preço do terreno; (c) desenvolvimento de simulações em situações recorrentes dentro e fora das áreas do Eixos da Estruturação da Transformação Urbana; (d) para estimativa do potencial de captura da mais-valia de toda a cidade, no horizonte de 30 anos, desenvolveu-se um modelo involutivo paradigmático de incorporações imobiliárias a valor presente, para as zonas da cidade onde houve lançamentos verticais recentes.

²⁴¹ Entendem FURTADO e MALERONKA que o objetivo geral do instrumento da outorga onerosa é o de neutralizar os efeitos da valoração diferenciada derivada da atribuição de diferentes aproveitamentos aos terrenos urbanos. O objetivo de arrecadar recursos, assim, apresenta-se como subsidiário na utilização do instrumento. A outorga onerosa, aplicada corretamente, faz com que o custo financeiro da contrapartida exigida pela sua utilização acabe por recair sobre os donos dos terrenos, que se apropriariam integralmente de tal valorização caso não houvesse a instituição do instrumento. (no original, “Otra cuestión que se requiere ser entendida se refiere a que la OODC, cuando es aplicada de forma correcta, no inhibe la actividad inmobiliaria, puesto que las contraprestaciones establecidas por el instrumento no inciden sobre el desarrollador sino sobre los propietarios del terreno, los cuales – de no existir el instrumento – se apropiarían integralmente de la valorización derivada de la autorización de un aprovechamiento superior al básico. Así, se reafirma que el objetivo general de la OODC: neutralizar los efectos de la valorización diferencial derivada de la atribución de diferentes aprovechamientos a los terrenos urbanos. El objetivo más directamente identificado por los gestores urbanos – de obtener recursos para financiar inversiones en áreas carentes de la ciudad – es, por lo tanto, un objetivo subsidiario de la aplicación del instrumento”). (FURTADO, Fernanda; MALERONKA, Camila. Concesión onerosa del derecho de construir (OOC por su siglas en portugués): la experiencia de São Paulo en la gestión pública de las edificabilidades. In: FURTADO, Fernanda; SMOLKA, Martin O. **Instrumentos Notables de políticas de suelo en América Latina**. Quito: Lincoln Institute of Land Policy, 2014. p. 49).

²⁴² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Outorga onerosa do direito de construir. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coords.). **Estatuto da Cidade** (Comentários à Lei Federal 10.257/2001). 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 245-246.

propriedade, a discussão não teria qualquer espaço: seria o caso, tão somente, de fixar um valor de preço público a ser cobrado para que tal benefício fosse usufruído pelo particular. Adotada a premissa de que este representa uma mera expectativa de direito do proprietário de lotes urbanos, a discussão surge como relevante e pertinente.

Nesta linha de ideias, o leilão pode ser utilizado para que, por exemplo, o Poder Público antecipe a captação recursos de outorga onerosa de potencial construtivo adicional, com a finalidade de realizar determinada intervenção urbanística. Assim, o Município poderia realizar a venda a desconto de potencial construtivo adicional, incentivando a sua aquisição pelos proprietários de terrenos, para a realização de determinada obra, ou como método de parceria com os particulares para viabilizar investimentos privados em determinadas regiões, atendendo-se ao disposto no art. 31 do Estatuto da Cidade, que exige destinação específica dos recursos auferidos com a outorga onerosa de potencial construtivo: regularização fundiária, execução de programas e projetos habitacionais de interesse social, constituição de reserva fundiária, ordenamento e direcionamento da expansão urbana, implantação de equipamentos urbanos e comunitários, criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes, criação de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse ambiental e proteção de áreas de interesse histórico ou paisagístico. Em qualquer hipótese, contudo, mister se faz que a aquisição deste potencial construtivo seja realizada para utilização em específico lote, conhecido já no momento da operação de venda e compra, vinculando-se a alienação pelo Poder Público a esta condição²⁴³.

2.4.2.3 Contraprestação do particular ao potencial construtivo adicional

A discussão sobre a natureza jurídica da contraprestação pecuniária referente à aquisição do potencial construtivo adicional teve importante marco no julgamento do Recurso Extraordinário 387.047-5/SC (julgado em 06/03/2008)²⁴⁴. O relator da decisão, Min. Eros Roberto Grau, signatário da Carta de Embu, entende que tal é um ônus, isto é, uma

²⁴³ A hipótese de realização de leilão de potencial construtivo adicional sem que haja a sua fixação a terreno anteriormente indicado traz uma dificuldade: estar-se-ia criando uma espécie de título, oponível ao Poder Público, destinado a circular entre particulares e representativo de potencial construtivo adicional. Este título hoje já existe – são os certificados de potencial adicional de construção (CEPAC), e são utilizáveis somente em áreas de operação urbana consorciada. Ainda que em tese este ponto fosse superável (possibilitando-se a circulação dos CEPAC por todo o município), a Instrução CVM n.º 401, de 29 de dezembro de 2003 (Disponível em: <<http://migre.me/vLzM0>>. Acesso em: 07 ago. 2016) caracteriza este título como valor mobiliário, vinculando a sua emissão à autorização da Comissão de Valores Mobiliários. Tal condição, por si, na prática tenderia a inviabilizar esta modalidade de leilão de potencial construtivo adicional.

²⁴⁴ Disponível em: <<http://migre.me/vLzMw>> Acesso em: 07 ago. 2016.

contraprestação que se origina pela exclusiva vontade das partes contratantes, não havendo, assim, que se falar em obrigação - caso o proprietário não adquira o potencial construtivo adicional, ficará impossibilitado de construir. E ementa do julgado é bastante ilustrativa:

Ementa: Recurso Extraordinário. Lei 3.338/1989 do Município de Florianópolis/SC. Solo criado. Não configuração como tributo. Outorga onerosa do direito de criar solo. Distinção entre ônus, dever e obrigação. Função social da propriedade. Artigos 182 e 170, III da Constituição do Brasil. 1. Solo criado é o solo artificialmente criado pelo homem [sobre ou sob o solo natural], resultado da construção praticada em volume superior ao permitido nos limites de um coeficiente único de aproveitamento. 2. Outorga onerosa do direito de criar solo. Prestação de dar cuja satisfação afasta obstáculo ao exercício, por quem a presta, de determinada faculdade. Ato necessário. Ônus. Não há, na hipótese, obrigação. Não se trata de tributo. Não se trata de imposto. Faculdade atribuível ao proprietário de imóvel, mercê da qual se lhe permite o exercício do direito de construir acima do coeficiente único de aproveitamento adotado em determinada área, desde que satisfeita prestação de dar que consubstancia ônus. Onde não há obrigação não pode haver tributo. Distinção entre ônus, dever e obrigação e entre ato devido e ato necessário. 3. Ônus do proprietário de imóvel urbano. Instrumento próprio à política de desenvolvimento urbano, cuja execução incumbe ao Poder Público municipal, nos termos do disposto no artigo 182 da Constituição do Brasil. Instrumento voltado à correção de distorções que o crescimento urbano desordenado acarreta, à promoção do pleno desenvolvimento das funções da cidade e a dar concreção ao princípio da função social da propriedade [art. 170, III, da CB]. 4. Recurso extraordinário conhecido, mas não provido.

A tese vencedora parece ser absolutamente compatível com a caracterização da propriedade urbanística, exposta neste trabalho, uma vez que reconhece a faculdade do proprietário adquirir ou não o potencial construtivo adicional - caso não haja a aquisição, não haverá qualquer sanção a si impositiva; caso haja, a natureza jurídica da contraprestação ofertada será a de ônus. É preciso ponderar, ainda, que a classificação jurídica da contrapartida devida pela aquisição e utilização do potencial construtivo adicional como ônus ilustra de maneira bastante adequada a própria função precípua da cobrança de numerário por este bem jurídico: os valores são devidos como contribuição daquele que especialmente explora a propriedade imobiliária (utilizando o solo criado) na mitigação da carga urbanística advinda desta conduta, em uma medida de caráter distributivo dos bônus econômicos inerentes à exploração desta área construída pelo empreendedor²⁴⁵.

O Estatuto da Cidade, ainda, abre a possibilidade de que a outorga onerosa do potencial construtivo adicional tenha como contraprestação não somente o pagamento em dinheiro, mas também outras formas de adimplemento por parte dos proprietários. O

²⁴⁵ Contra esta interpretação, considerando a natureza da contrapartida pela disponibilização do potencial construtivo adicional como taxa de polícia, cf. ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. **Do solo criado (Outorga Onerosa do Direito de Construir)**: instrumento de tributação para a ordenação do ambiente urbano. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 125 e ss.

primeiro substitutivo do Projeto de Lei do Senado n. 189/1989, que deu origem ao diploma²⁴⁶, previa expressamente quatro hipóteses de contrapartida - ativos financeiros, bens imóveis, execução de obras e serviços relevantes para o desenvolvimento municipal²⁴⁷ e créditos relativos à indenização não pagas pelo Município. A retirada destas possibilidades pelo legislador, até mesmo pela final redação do dispositivo, não teve por consequência impossibilitar o pagamento da outorga por outro meio que não o pecuniário, mas sim fornecer ao Município amplas possibilidades de regular a matéria²⁴⁸, adequando mais perfeitamente o instrumento às suas necessidades e possibilidades de gestão.

2.4.2.4 Outorga onerosa e alteração de uso

O Estatuto da Cidade prevê que a outorga onerosa também possa ser utilizada como instrumento para aquisição do direito de implantar determinados usos não ordinariamente permitidos pelo zoneamento. Em sua dicção, o “plano diretor poderá fixar áreas nas quais poderá ser permitida alteração de uso do solo, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário” (art. 29).

O dispositivo tem que ser lido com a cautela necessária. Inicialmente, é preciso considerar que não parece ser razoável que, por qualquer que seja a contrapartida, seja lícito alterar administrativamente as decisões fundamentais do planejamento urbanístico positivadas em lei no tocante aos usos permitidos no território. De fato, fixados formalmente os usos permitidos em cada zona por intermédio da lei urbanística (plano diretor, lei de zoneamento, lei de operação urbana etc.), não é cabível cogitar que o ato administrativo possa inovar ao ponto de autorizar determinado aproveitamento urbanístico da propriedade

²⁴⁶ Projeto de Lei do Senado n. 181/1989, de autoria do Sen. Pompeu de Souza (Projeto de Lei n. 5788/90, na Câmara dos Deputados). O substitutivo citado é de autoria do Dep. Pauderney Avelino, já no ano de 1997. A redação original do atual art. 30 era a seguinte: “Art. 21. O Poder Público municipal poderá receber em pagamento da outorga onerosa do direito de construir: I - ativos financeiros; II - imóveis; III - a execução de obras e serviços relevantes para o desenvolvimento urbano do Município, mediante autorização da Câmara de Vereadores.” Processo digitalizado. Disponível em: <<http://migre.me/vLzNG>>. Acesso em: 11 ago. 2016.

²⁴⁷ No Município de São Paulo, nas origens da utilização do instrumento urbanístico da operação urbana (Lei n. 11.774, de 18 de maio de 1995 - Operação Urbana Água Branca), previa-se a possibilidade de contrapartida em obras públicas “vinculadas aos objetivos da operação urbana” por parte dos interessados em obter os benefícios da lei (art. 11, § 2º, inc. III). A medida, todavia, mostrou-se de problemática execução, especialmente em razão da dificuldade em avaliar-se tanto orçamentariamente como financeiramente o valor das obras de engenharia civil realizadas como contrapartida aos benefícios urbanísticos auferidos pelos aderentes ao regime jurídico da operação urbana. A possibilidade de contraprestação desta natureza, talvez em razão dos problemas e questões suscitadas, acabou abandonada pelo Município de São Paulo em suas legislações posteriores.

²⁴⁸ Conforme MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Outorga onerosa do direito de construir. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERAZ, Sérgio (coords.). **Estatuto da Cidade** (Comentários à Lei Federal 10.257/2001). 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 244-245.

não desejado por esta lei. É preciso lembrar, neste passo, que a atividade de distribuir os usos possíveis no tecido urbano, além da questão urbanística subjacente, detém um caráter econômico de evidente relevância: a autorização para o funcionamento de tais e quais atividades influenciará decisivamente o valor do terreno, agregando-se à propriedade urbanística conformada pela lei e gerando os direitos decorrentes aos seus proprietários.

O que parece ser possível cogitar, neste passo, é que a outorga onerosa não sirva para a aquisição do direito de “alteração” do uso na propriedade imobiliária urbana e sim, à exemplo do que ocorre com o potencial construtivo adicional, para que seja possível acessar o direito anteriormente previsto em lei de implantar o uso desejado no lote. Em outras palavras, parece ser possível que a legislação preveja que ao par dos usos ordinariamente autorizados para a zona, implantáveis mediante simples processo de licenciamento sem qualquer contrapartida específica, sejam previstos outros que somente serão autorizados mediante o adimplemento do ônus previsto na lei urbanística.

Os fundamentos para tal medida são, de um lado, a noção de que os diversos usos da propriedade urbanística têm impacto ambiental distinto e escalonável, sendo possível, em termos abstratos, prever quais sejam autorizáveis sem que se mostre necessário exigir a correspondente contrapartida por parte dos interessados e, de outro, a possibilidade da lei urbanística incentivar ou desestimular os usos nas diferentes zonas do município. No primeiro caso, a contrapartida terá o caráter distributivo inerente à outorga onerosa como idealizada pelos pioneiros signatários da Carta de Embu - os valores arrecadados serão utilizados para implantar melhorias urbanísticas que mitiguem ou mesmo neutralizem o impacto deletério (ainda que aceitável) da implantação do uso cogitado. No segundo caso, a outorga onerosa servirá como o instrumento de implantação da política de desenvolvimento urbano de forma mais direta, evidenciando o resultado do processo de planejamento urbanístico que resultou na lei do plano diretor. Em qualquer hipótese, reitera-se, não é possível cogitar a aquisição do direito de usar o imóvel de forma não previamente prevista pela lei urbanística.

2.4.3 Transferência do direito de construir

O art. 35 do Estatuto da Cidade estabelece que a lei municipal baseada no plano diretor poderá autorizar o proprietário de imóvel urbano, privado ou público, a exercer em outro local, ou alienar, mediante escritura pública, o que novamente denomina “direito de

construir”, previsto no plano diretor ou em legislação urbanística dele decorrente. A transferência do potencial construtivo somente será possível se o imóvel cedente for considerado necessário para fins de implantação de equipamentos urbanos e comunitários; para fins de preservação, quando o imóvel for considerado de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural; ou servir a programas de regularização fundiária, urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e habitação de interesse social. A Lei 10.257/2001 também faculta ao proprietário que doar ao Poder Público imóveis para os fins mencionados a transferência do potencial construtivo do terreno doado. Alguns desses aspectos comportam algum aprofundamento.

2.4.3.1 Esclarecimentos preliminares acerca do instrumento da transferência de potencial construtivo

O primeiro ponto a tratar é o referente ao anúncio de que o art. 35 regulará a transferência do “direito de construir” de imóveis que preencham as condições que especifica.

Sob este aspecto, a discussão já realizada sobre a natureza jurídica do potencial construtivo é capaz de fazer entrever a impropriedade da terminologia utilizada pelo Estatuto da Cidade. Como já afirmado, a propriedade urbanística ordinariamente contém um certo “direito de construir” atribuível a si, identificado como a edificabilidade do lote, equivalente (atendidos os demais condicionantes urbanísticos) ao resultado, em metros quadrados, do cálculo do seu potencial construtivo básico, realizado a partir da multiplicação de sua área pelo seu coeficiente de aproveitamento básico. Edificar os metros quadrados de potencial construtivo básico do terreno é, desta forma, o que se revela como direito exercitável pelo proprietário do lote. A transferência prevista no art. 35 na Lei n. 10.257/2001, por sua vez, pretende estabelecer um mecanismo que permita que o “exercício” do direito de construir de um terreno seja realizado em outro local. Não faz menção, em outros termos, à possibilidade de que haja transferência de coeficiente de aproveitamento de um lote a outro da cidade - o que, ordinariamente, não poderia ocorrer sem que fosse vulnerado o planejamento que dá suporte à conformação urbanística das propriedades imobiliárias urbanas -, e sim se há possibilidade de edificar o autorizado pela lei urbanística para determinado lote em local distinto, isto é, prevê a realocação do potencial construtivo, em metros quadrados, dos terrenos.

Por uma questão de ordem prática e lógica, a transferência de potencial construtivo será utilizável para que os imóveis receptores de tal bem jurídico transferido acessem o seu potencial construtivo adicional²⁴⁹ - evidentemente, garantido o aproveitamento gratuito referente ao coeficiente de aproveitamento básico do terreno pela lei urbanística, o proprietário do lote receberá o potencial construtivo transferido de outro imóvel exclusivamente para edificar além do coeficiente de aproveitamento básico, como medida alternativa à aquisição deste bem jurídico diretamente do município.

Desta forma, o previsto no art. 35 Estatuto da Cidade deve ser compreendido como a autorização, seja mediante transferência entre terrenos do mesmo proprietário ou mediante alienação do potencial construtivo, para que haja o exercício do direito de construir previsto para determinado lote em outro local. O resultado desta operação, em termos de edificabilidade do lote cedente, será variável de acordo com a modalidade de transferência realizada: se por exemplo, o município utilizar a transferência do potencial construtivo para se tornar proprietário de terrenos com a finalidade de implantar equipamentos públicos, habitação de interesse social etc., a transferência não tem como resultado, de fato, subtrair edificabilidade ao lote cedente - houvesse a transferência da aptidão para edificar no lote (isto é, de seu coeficiente de aproveitamento)-, o que restaria seria um imóvel em que não seria possível construir coisa alguma e, portanto, inservível para estas finalidades assinaladas pela lei. Por outro lado, nas hipóteses em que a transferência é realizada entre atores privados, ou entre terrenos do mesmo proprietário, o potencial construtivo transferido não poderá ser, de fato, utilizado no lote cedente.

Uma segunda impropriedade terminológica do art. 35 é a constante no § 1º do dispositivo, que prevê a possibilidade de “doação” de terrenos em troca da possibilidade de transferência de seu potencial construtivo. Com efeito, segundo o Código Civil, em seu art. 538, a doação é “o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra”. É ato gratuito ou atributivo, uma vez que não há nenhum ônus suportado pelo donatário que chegue a configurar contraprestação pela vantagem auferida - mesmo que haja algum encargo, tal não se configura como o sinalagma do contrato bilateral. No instrumento alinhavado no Estatuto da Cidade, ao contrário, o que há é uma verdadeira venda e compra do imóvel pelo Poder Público, surgindo a possibilidade de transferência do direito de construir como pagamento pela terra adquirida pela

²⁴⁹ Neste sentido, cf. CARVALHO PINTO, Victor. **Direito Urbanístico: plano diretor e direito de propriedade**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 252.

Administração com a finalidade de implantar as infraestruturas urbanas previstas nos incisos I a III do art. 35²⁵⁰. Ao alunhar a venda e compra de terrenos com o termo “doação”, o Estatuto da Cidade acaba por confundir institutos com regime jurídico próprio, com impactos especialmente no campo registral e tributário.

2.4.3.2 A transferência de potencial construtivo e o plano diretor

Especificamente acerca da transferência de potencial construtivo, cumpre destacar que a lei municipal específica que autoriza e regula o instrumento no Município, exigida pelo Estatuto da Cidade, é, como não poderia deixar de ser, baseada no plano diretor. Em outros termos, a transferência de potencial construtivo é submetida ao planejamento urbanístico positivado na lei do plano diretor, tanto no tocante à sua forma (modo obtenção de certidões de potencial transferível, formas de autorização para utilização do potencial construtivo em outros locais etc.) quanto à sua finalidade, que deverá ser, nesta linha de ideias, aderente ao processo de implantação do plano diretor. A análise desta assertiva tem o condão de explicitar os principais aspectos do instrumento em comento, e pode ser realizada mediante considerações acerca de dois tópicos específicos: o primeiro é referente à origem da possibilidade de pleitear ao Poder Público a transferência do potencial construtivo dos lotes, e o segundo diz respeito à regulação da utilização do potencial construtivo transferível nos lotes da cidade.

2.4.3.2.1 Sobre as possibilidades de pleitear a transferência de potencial construtivo dos lotes

No que tange à possibilidade de pleitear a transferência de potencial construtivo dos lotes perante o Poder Público, destaca-se, de início, a disposição do *caput* do art. 35 de que tal somente é possível se o imóvel for “considerado necessário” para as finalidades arroladas nos seus incisos.

Tal previsão traz, em si, a realização de um juízo de valor prévio ao pleito da utilização do instrumento em face do Poder Público, condicionando a sua viabilidade a uma análise jurídico-urbanística preliminar acerca da destinação do lote cedente do potencial construtivo. Em outros termos, não é possível afirmar que exista um direito subjetivo à

²⁵⁰ Neste sentido, CARVALHO FILHO, José Dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 241.

transferência de potencial construtivo a não ser que expressamente estabelecido na legislação urbanística, e nos termos nela expostos. Com efeito, o instrumento jurídico-urbanístico em discussão deve auxiliar o Município a exercer plenamente sua atribuição constitucional de “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano” (art. 30, inc. VIII, da Constituição Federal), implantando a sua política de desenvolvimento urbano, que, reiterese, terá por escopo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (art. 182, “caput”, da Constituição Federal). A discussão a ser ora resgatada é a que versa sobre a natureza jurídica do potencial construtivo e de suas finalidades: tomando por pressupostos os fundamentos do regime jurídico-urbanístico, evidencia-se que a regulação sobre a transferência de potencial construtivo entre as diversas propriedades situadas no Município deve ter por ponto de partida a premissa da possibilidade do controle da viabilidade urbanística de sua utilização.

As destinações urbanísticas previstas nos incisos do art. 35 têm, em comum, o fato de serem de interesse público em sentido amplo. De fato, partindo-se da premissa que a propriedade imobiliária continuará em mãos do agente que pleiteia a transferência do potencial construtivo do lote (a alienação do bem em troca do potencial construtivo é prevista no § 1º do art. 35), as condições que admitem cogitar a utilização do instrumento convolvam-se em ações de particulares ou de entes federados distintos do Município voltadas a finalidades de interesse público, em três principais modalidades:

a) implantação de equipamentos urbanos e comunitários (inc. I): este inciso trata da utilização do instrumento da transferência de potencial construtivo para que sejam implantadas infraestruturas urbanas destinadas a possibilitar ou aumentar a fruição das funções sociais da cidade. Há que se ponderar, sob este aspecto, que o pleito do interessado deverá demonstrar que tais infraestruturas são elegíveis a fundamentar a utilização da transferência do potencial construtivo, sendo certo que tal demonstração deverá tomar por base o planejamento urbanístico positivado em lei. Assim, será lícito ao Poder Público negar a transferência do potencial construtivo mediante critérios objetivos (previstos na lei específica que regula o tema no município), que demonstrem a desnecessidade do equipamento urbano ou comunitário no terreno em discussão. Será preciso evidenciar, da mesma forma, que o potencial construtivo transferido do lote não inviabilizará a implantação do equipamento urbano ou comunitário que justifica o pleito realizado perante o Poder Público. Parece ser possível, sob este aspecto, que a lei municipal defina que a utilização do

instrumento não elidirá a possibilidade de utilizar o potencial construtivo “transferido” na edificação do equipamento urbano ou comunitário do lote cedente. Tal possibilidade, em tese justificável no âmbito da implantação da política de desenvolvimento urbano do município, contudo, deve vir acompanhada de regulação que vincule a implantação destes equipamentos em prazo certo, sob pena de imposição de sanções ao proprietário;

b) preservação, quando o imóvel for considerado de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural (inc. II): esta hipótese legal, aparentemente, teve por escopo formular uma medida compensatória dos especiais ônus urbanísticos a que se submetem os proprietários de imóveis identificados como significativos em termos de patrimônio histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural. Uma vez obrigados a manter fruíveis pela sociedade determinadas características de seu bem imóvel, tais proprietários podem beneficiar-se deste instrumento jurídico tanto para suportar os custos financeiros da manutenção do bem a preservar como para compensar a impossibilidade de realizar edificações que atentem contra a integridade do patrimônio a ser preservado.

Uma questão surge a partir da constatação de que o art. 216 da Constituição Federal considera como patrimônio cultural brasileiro o conjunto dos bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. Entre os bens que compõem o patrimônio cultural brasileiro, destacam-se: as formas de expressão; os modos de criar, fazer e viver; as criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

O texto constitucional, observa-se, arrola entre os bens integrantes do patrimônio cultural brasileiro elementos que não necessariamente são identificáveis como vinculados a um determinado lote de terreno, dificultando a formação da correlação lógica entre o seu dever de preservação e a possibilidade de utilizar-se o instrumento da transferência de potencial construtivo de um lote como meio para que isso ocorra. Nestes termos, se é facilmente compreensível o liame entre a utilização do instrumento previsto no art. 35 do Estatuto da Cidade e a conservação de bens imóveis tombados, o mesmo não se dá quando o bem a ser preservado é determinada atividade social que se desenrola em um imóvel não indicado, *per si*, como de valor histórico ou cultural. Neste caso, mais que um instrumento tendente a promover a qualificação ou preservação de determinadas características do tecido

urbano reconhecidas como relevantes em termos de patrimônio histórico, paisagístico ou ambiental (com referências diretas, assim, aos aspectos físicos dos imóveis), a transferência de potencial construtivo pode apresentar-se como medida de fomento a determinadas atividades consideradas relevantes sob o ponto de vista do patrimônio cultural da cidade. Evidencia-se aqui, mais uma vez, o caráter de agente indutor da política de desenvolvimento urbano atribuível à utilização do potencial construtivo na cidade.

É importante lembrar que a condição destacada - ser fonte de recursos para a manutenção de atividades sociais ou culturais realizadas no imóvel para o qual se cogita utilizar o instrumento, sem que o imóvel em si integre o bem a ser protegido - não pode fazer olvidar o efetivo resultado prático esperado da utilização da transferência do potencial construtivo em relação ao lote: a manutenção das suas características físicas²⁵¹, haja vista a diminuição (ou mesmo desaparecimento) da área em si edificável. Tal situação, por sua vez, pode eventualmente apresentar-se como contraditória à expectativa do planejamento urbanístico veiculado pelo plano diretor no tocante ao aproveitamento edílico dos lotes urbanos. A análise sobre a possibilidade de transferência do potencial construtivo para finalidades de fomento a atividades culturais ou sociais, desta forma, deverá ser realizada mediante a ponderação entre o interesse público de incentivar e promover tais práticas e o de ver edificado e destinado à exploração econômica correspondente o solo urbano do qual se pleiteia a transferência do potencial construtivo²⁵².

Ainda no tocante ao inciso II do art. 35 do Estatuto da Cidade, é preciso destacar que a transferência do potencial construtivo dos bens tombados ou de interesse ambiental ou

²⁵¹ A preservação das características do bem tombado é efeito jurídico do tombamento. O que se pretende afirmar é que a transferência elide a eventual argumentação do proprietário da falta de recursos a tanto.

²⁵² Evidentemente, caso o bem esteja tombado, esta discussão já terá sido realizada. Há, contudo, outras modalidades pelas quais o Estado declara os bens imóveis de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural. No Município de São Paulo, por exemplo, o Plano Diretor Estratégico (Lei n. 16.050/2014) prevê as Zonas Especiais de Preservação Cultural, destinadas preservação, valorização e salvaguarda dos bens de valor histórico, artístico, arquitetônico, arqueológico e paisagístico, doravante definidos como patrimônio cultural, podendo se configurar como elementos construídos, edificações e suas respectivas áreas ou lotes; conjuntos arquitetônicos, sítios urbanos ou rurais; sítios arqueológicos, áreas indígenas, espaços públicos; templos religiosos, elementos paisagísticos; conjuntos urbanos, espaços e estruturas que dão suporte ao patrimônio imaterial e/ou a usos de valor socialmente atribuído (art. 61), sendo possível realizar a transferência de potencial construtivo a partir de tais zonas. Nos termos do art. 64 daquela lei, as ZEPEC deverão ser identificadas e instituídas por meio dos seguintes instrumentos existentes e os a serem criados: I - tombamento; II - inventário do patrimônio cultural; III - registro das Áreas de Proteção Cultural e Territórios de Interesse da Cultura e da Paisagem; IV - registro do patrimônio imaterial; V - chancela da paisagem cultural; VI - Levantamento e Cadastro Arqueológico do Município – LECAM. Somente a ZEPEC originada de bem tombado gera o dever de manter o bem protegido nas mesmas condições físicas que levaram à sua caracterização como ZEPEC. Caso seja realizada a transferência do potencial construtivo, este dever é assumido pelo proprietário não em razão da caracterização do bem como culturalmente relevante, mas em razão do compromisso assumido pelo proprietário com o Poder Público.

paisagístico parece não ter caráter indenizatório, haja vista que a simples imposição de restrições à propriedade não tem o condão de gerar a presunção de dano indenizável - em que pese a discussão doutrinária sobre o tema²⁵³, o prejuízo indenizável, como é cediço, é o atual, e não o futuro e eventual, sendo a restrição à edificabilidade, por si (em princípio) incapaz de preencher tal exigência. É preciso ponderar, ainda, que a discussão sobre eventual indenização deverá levar em consideração o fato de que o potencial construtivo adicional em tese admissível no lote ou gleba antes da imposição da restrição urbanística seria, em princípio, disponível pelo particular somente mediante autorização do Poder Público.

O que parece haver nesta hipótese, em verdade, é uma contrapartida disponibilizada pela Administração mediante o preenchimento de determinadas condições formais, tendo por fundamento material a realização de um serviço de utilidade pública de preservação ou conservação prestado pelo proprietário do imóvel sobre o qual recai a restrição de caráter urbanístico²⁵⁴. Ainda que já haja o dever de preservar o bem (imposta pela lei ou por ato administrativo no caso do tombamento), a relação entre o município e este proprietário no tocante à utilização do potencial construtivo é facultativa em sua origem (ninguém é obrigado a pleitear a transferência de potencial construtivo perante a Administração), sendo certo que a opção por utilizar-se do instrumento (obtendo, assim, vantagem financeira consistente na comercialização ou utilização de potencial construtivo adicional em outro

²⁵³ MARÉS assim expõe a discussão: “Embora os Tribunais não venham dando guarida à tese de que as restrições impostas pelo tombamento sejam servidões de natureza indenizável, esta é a posição claramente defendida por Celso Antonio Bandeira de Mello, que considera o ato de tombamento contrário ao direito de propriedade que assiste ao titular do bem atingido. Entende o Professor que o tombamento quando individualiza e particulariza o bem promove um sacrifício de direito individual, assemelhando-se às servidões, sendo completamente diferente o tombamento genérico, como de um Centro Histórico ou de uma cidade, que na verdade se assemelha a uma limitação urbanística, e como tal deve ser tratada. Bandeira de Mello conclui em seu artigo ‘Tombamento e dever de indenizar’, que a indenização é a regra, podendo a ela serem estabelecidas exceções. Posição diametralmente oposta é assumida pela maior parte da literatura jurídica brasileira, como José Afonso da Silva, José Cretella Júnior, Hely Lopes Meirelles, Maria Sylvia de Pietro, Diogo de Figueiredo, Paulo Afonso Leme Machado, Fernando Andrade de Oliveira, que consideram a regra do tombamento a não indenização, podendo, eventualmente, haver exceções, quando a restrição atinge tal grau de esvaziamento da propriedade que ela fica destituída de substância econômica. Porém, neste caso, já não se trata de tombamento, mas de desapropriação, por conceito e fundamento, indenizável”. (MARÉS, Carlos Frederico. A Proteção Jurídica dos bens culturais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 2, jan/mar 1993. p. 19-35).

²⁵⁴ ALOCCHIO, ao comentar a experiência de Chicago, revela seu entendimento de que a restrição à edificabilidade geraria, em tese, o dever de indenizar, e expõe de maneira didática o aspecto de parceria entre o Poder Público e os particulares na hipótese de transferência de potencial construtivo. Segundo o autor, na cidade norte-americana a possibilidade de transferir potencial construtivo é uma faculdade colocada à disposição de proprietários de bens a preservar. Caso o proprietário não deseje utilizar esta prerrogativa (sujeitando-se, assim, ao risco de obter recursos no mercado de comercialização de potencial construtivo), caberia ao Poder Público desapropriar o potencial construtivo do bem a ser preservado, como contrapartida ao encargo que recai sobre o bem imóvel – o dever de preservar. (ALOCCHIO, Luiz Henrique Antunes. O direito do urbanismo e a transferência do direito de construir: requisitos de limitação nas leis locais. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, v. 249, p. 119-141, ago. 2012. Disponível em: <<http://migre.me/vLA0v>>. Acesso em: 20 ago. 2016).

local) gerará obrigações específicas, referentes ao dever de conservar o bem, de observância obrigatória e cujo descumprimento gerará a possibilidade de imposição de sanções pelo Poder Público distintas e adicionais às imputáveis no caso de perecimento do bem tombado.

c) servir a programas de regularização fundiária, urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e habitação de interesse social (inc. III). Esta hipótese de utilização do instrumento da transferência de potencial construtivo, analisada ainda ao ensejo do pressuposto que não haverá a alienação do imóvel ao Poder Público, informa que os recursos arrecadados com o uso do instrumento deverão estar vinculados a uma atuação específica do proprietário do imóvel: executar a regularização fundiária do terreno, a urbanização de glebas ou lotes ocupados por população de baixa renda ou promover a construção de habitações de interesse social.

Neste caso específico, que traz hipóteses de utilização do instrumento com finalidades sociais, o Estatuto da Cidade parece presumir que a transferência do potencial construtivo não retirará do terreno cedente seus atributos de edificabilidade - basta constatar que uma das condições para que se efetue a transferência é a de que no terreno cedente do potencial construtivo sejam construídas habitações para população de baixa renda. Evidencia-se, mais uma vez, o caráter de fomento do instrumento, e a utilização do potencial construtivo adicional dos lotes (no caso, dos lotes receptores do potencial construtivo transferido) com finalidades urbanísticas que extrapolam a concepção de instrumento destinado a mera arrecadação de recursos ao erário.

O § 1º do art. 35 do Estatuto da Cidade veicula uma hipótese de alienação de imóveis ao Poder Público utilizando-se o instituto da transferência do potencial construtivo. A redação é peculiar: afirma ser a transação uma “faculdade”, e a denomina “doação” (“A mesma faculdade poderá ser concedida ao proprietário que doar ao Poder Público seu imóvel, ou parte dele, para os fins previstos nos incisos I a III do caput”).

Acerca deste dispositivo, o primeiro ponto a observar é que ele trata da aquisição de terras pelo Poder Público para as finalidades descritas nos incisos estudados anteriormente. Há, aqui, um evidente sinalagma, na melhor tradição civilista: forma-se um contrato bilateral, no qual o vendedor transfere ao Poder Público determinado imóvel em troca de potencial construtivo adicional, numa operação de venda e compra de imóveis²⁵⁵. É deste negócio jurídico que trata o § 1º do art. 35, uma vez que a doação é o contrato em que uma

²⁵⁵ Segundo DINIZ, contrato de compra e venda é aquele em que uma pessoa (vendedor) se obriga a transferir a outra (comprador) o domínio de uma coisa corpórea ou incorpórea, mediante o pagamento de certo preço em dinheiro. (DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 403).

pessoa, por liberalidade, visa transferir do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra, que os aceita²⁵⁶.

Sem que se pretenda aprofundar a discussão sobre o tema, insta destacar que o regime tributário da doação e da transmissão de propriedade imóvel *inter vivos* é distinto, sendo o imposto sobre doação de bens imóveis de competência dos estados-membros (art. 155, inc. I, da Constituição Federal) e o imposto sobre transmissão de bens imóveis *inter vivos* (ITBI) de competência municipal (art. 156, inc. II, da Constituição Federal). Em que pese a imunidade recíproca dos entes federados, em ambas hipóteses o sujeito passivo da obrigação tributária poderá ser o alienante do imóvel, a depender da legislação municipal ou estadual de regência. Desta forma, longe de ser bizantina, a definição da natureza jurídica da transação em comento pode ter reflexos diretos sobre os custos da transação, com consequências diretas acerca da viabilidade da utilização do instrumento.

Não bastasse este inconveniente advindo da expressão adotada pela lei federal, o texto do Estatuto da Cidade se refere à “faculdade” do proprietário de realizar a transação com o Poder Público. Sob este aspecto, mister se faz relembrar o exposto por REALE, de que “faculdade” tem por significado estrito ser uma “uma forma de exercício do direito subjetivo”²⁵⁷, o que parece laborar em sentido oposto ao desejado pelo Estatuto da Cidade. Com efeito, não há transferência de potencial construtivo que malfira o planejamento urbanístico encetado para a cidade, consolidado no planejamento urbanístico e tornado exigível pelo plano diretor. Desta forma, *a priori*, não se caracteriza como direito subjetivo do proprietário de terrenos urbanos realizar tal transferência, ainda que com as finalidades descritas nos incisos do art. 35 do Estatuto da Cidade - é preciso que o resultado da operação, tanto no que toca ao imóvel cedente quanto ao imóvel receptor de potencial construtivo, esteja adequado à política de desenvolvimento urbano veiculada pelo plano diretor. Assim, nos termos da matriz normativa originalmente grafada no Estatuto da Cidade para o instrumento, não há que se falar, em regra, em faculdade do proprietário de promover a transferência de potencial construtivo com a alienação do bem nas hipóteses em estudo e, conseqüentemente, de dever da Administração Municipal em receber o bem. Como exceção, é possível imaginar que a lei urbanística preveja hipóteses em que não haverá juízo de valor a ser realizado pela Administração Pública no tocante à recepção do potencial construtivo. Nestes casos, haverá uma decisão prévia sobre a compatibilidade da medida com o

²⁵⁶ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 431.

²⁵⁷ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 181.

planejamento urbanístico do município, especialmente tendo em vista fatores como a redução de custos referentes a processos de desapropriação de imóveis ou a necessidade de conservação ou preservação de bens histórica ou ambientalmente relevantes, sendo mandatória a aceitação, pelo Poder Público, do requerimento realizado atendendo-se à todas exigências da legislação.

2.4.4 Outorga onerosa de potencial construtivo adicional e transferência de potencial construtivo adicional e a transformação ou qualificação do território urbano

O desenvolvimento urbano é um processo complexo, que envolve decisões estratégicas de caráter urbanístico, econômico, ambiental, social etc. Esta multiplicidade de possíveis abordagens de cada questão urbanística, por sua vez, exige que os instrumentos voltados à implementação da política de desenvolvimento urbano sejam capazes de oferecer funcionalidades também cada vez mais adequadas à esta realidade.

A outorga onerosa e a transferência de potencial construtivo são exemplos de instrumentos que evoluíram em seu conceito, adaptando-se às necessidades detectadas nos processos de planejamento urbanístico. Sua função mais importante, hoje, é de auxiliar os processos de desenvolvimento urbano promovendo um padrão urbanístico delineado no plano diretor, e definido nos projetos urbanísticos daquele decorrentes. Com efeito, estes dois instrumentos são capazes de estruturar uma série sofisticada de mecanismos de arrecadação, fomento, incentivo e desestímulo aos proprietários urbanos, de modo a direcionar a transformação e qualificação do tecido urbano às metas e diretrizes estipuladas no planejamento urbanístico.

Evidentemente que há limitações ao papel a desempenhar por estes dois instrumentos, desde a mais trivial - correspondente à necessidade prática de o potencial construtivo adicional ter algum valor financeiro no município -, até as mais complexas, advindas da capacidade do Poder Público promover um planejamento urbanístico que de fato consiga diagnosticar as condições econômicas, jurídicas, ambientais etc. do município e estabelecer objetivos, diretrizes e projetos de qualificação e transformação urbana que sejam aderentes à realidade do território de intervenção. Isso, contudo, não afasta as potenciais utilidades destes na busca da eficácia dos projetos urbanísticos – estes instrumentos são, em resumo, essenciais para a construção de métodos e soluções para a

viabilização jurídica de projetos urbanísticos, especialmente considerando as relações entre o Poder Público e os particulares.

2.5 Operação urbana consorciada

2.5.1 A origem do instrumento brasileiro²⁵⁸

Em 1.976, aconteceu a primeira Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos - Habitat I, em Vancouver, no Canadá. Desse evento resultou a “Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos”, documento que resume as principais questões tratadas no encontro. A partir da edição deste documento, foi possível verificar a eclosão de diversas propostas de criação de instrumentos de transformação e qualificação urbanística ao redor do planeta - como exemplos, a *zone d'aménagement concerté* (ZAC)²⁵⁹ e o *plafond légal de densité* (PLD) franceses são dessa época. No Brasil surgem os primeiros textos versando sobre solo criado e sobre um instrumento denominado operação urbana.

Até meados dos anos 1.980, as possibilidades e características desses dois instrumentos foram tratadas separadamente - enquanto a operação urbana apareceu como uma forma de gestão da terra, o tratamento do tema do solo criado, como já exposto, teve foco na conceituação da recuperação da valorização decorrente do processo de urbanização. Neste sentido, as operações urbanas surgiram como empreendimentos de natureza imobiliária, por intermédio dos quais o Poder Público assumiria a iniciativa do processo de produção do espaço urbano e participaria da valorização imobiliária decorrente, visando a objetivos sociais e ao aumento de oportunidades para atuação da iniciativa privada. Como exemplo desta visão, a Prefeitura Municipal de São Paulo, por intermédio da Coordenadoria Geral de Planejamento (COGEP), publicou no início dos anos 1.980 uma coletânea de estudos técnicos denominada “Política Global de Desenvolvimento Urbano e Melhoria da

²⁵⁸ O panorama da evolução do conceito de operação urbana consorciada foi extraído de: MALERONKA, Camila. **Projeto e gestão na metrópole contemporânea**: um estudo sobre as potencialidades do instrumento ‘operação urbana consorciada’ à luz da experiência paulistana. 245 p. Tese (Doutorado em História e Fundamentos da Arquitetura e do Urbanismo) - FAUUSP, São Paulo, 2010.

²⁵⁹ As ZAC estão previstas no art. L 311C: “les zones à l’intérieur desquelles une collectivité publique ou un établissement public y ayant vocation décide d’intervenir pour réaliser ou faire réaliser l’aménagement et l’équipement des terrains, notamment de ceux que cette collectivité ou cet établissement a acquis ou acquerra en vue de les céder ou de les concéder ultérieurement à des utilisateurs publics ou privés”. (AUBY, Jean_Bernard; PÉRINET-MARQUET, Hugues; NOGUELLOU, Rozen. **Droit de l’urbanisme et de la construction**. 8. ed. Paris: L.G.D.J., 2008. p. 377).

Qualidade de Vida” - neste, em capítulo denominado “Diretrizes específicas quanto à produção e estruturação do espaço urbano”, a ideia de operação urbana surge na abordagem das “diretrizes destinadas a dinamizar a atividade imobiliária através de projetos de urbanização integrados com finalidade social”²⁶⁰. No Projeto de Lei n. 254/1985, que pretendia instituir o novo Plano Diretor do Município de São Paulo, a operação urbana foi proposta de forma institucionalizada, como um instrumento de iniciativa do Poder Público em que os setores público e privado acelerariam transformações urbanísticas localizadas e significativas, sendo certo que, em seu art. 19, a proposta indicava que as áreas de operação urbana seriam aquelas destinadas ao desenvolvimento de programas e projetos específicos²⁶¹. O projeto de lei acabou não sendo aprovado, e suas propostas acerca da função do instrumento foram paulatinamente desconsideradas nos anos subsequentes - a parceria em sentido amplo para implantação de projetos urbanísticos cedeu espaço à busca de recursos pela comercialização de potencial construtivo.

Neste instante histórico, portanto, a operação urbana tinha por escopo repartir a valorização gerada pela combinação de investimentos públicos e privados e, assim, viabilizar intervenções estratégicas em trechos urbanos determinados. Para tanto, as disposições da lei de zoneamento poderiam ser alteradas, de modo a serem atingidas mais perfeitamente as finalidades pretendidas. Com base nestas premissas, desenvolveu-se, em meados da década de 1.980, o instrumento jurídico da “Operação Interligada” (Lei n° 11.773/95, do Município de São Paulo), em que era facultado aos empreendedores solicitar exceções aos parâmetros urbanísticos estabelecidos em lei em troca de unidades habitacionais de interesse social. Em 1.998, a lei foi suspensa em liminar concedida pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por permitir alterações pontuais no zoneamento, sem a anuência do Poder Legislativo, sendo julgada inconstitucional em seu mérito no ano de 2.000²⁶².

O revés na implantação da proposta das operações interligadas não desestimulou os estudos sobre a utilidade das parcerias entre os setores público e privado pela Administração Pública paulistana e, ao longo da década de 1.990, a cidade contou três operações urbanas: a Operação Urbana Anhangabaú (Lei Municipal n. 11.090/1991²⁶³), posteriormente transformada, com seu perímetro ampliado, na Lei da Operação Urbana Centro (Lei

²⁶⁰ COORDENADORIA GERAL DE PLANEJAMENTO (COGEP). **Política Global de Desenvolvimento Urbano e Melhoria da Qualidade de Vida**. São Paulo: Prefeitura Municipal de São Paulo, 1980.

²⁶¹ Disponível em: <<http://migre.me/vLA2R>>. Acesso em: 30 ago. 2016.

²⁶² Processo n. 0007222-30.1997.8.26.0000. Disponível em: <<http://migre.me/uOVBM>>. Acesso em: 30 ago. 2016.

²⁶³ Disponível em: <<http://migre.me/vLA3a>>. Acesso em: 01 set. 2016.

Municipal n. 12.349/1997²⁶⁴), a Operação Urbana Faria Lima (Lei Municipal n. 11.732/1995²⁶⁵) e a Operação Urbana Água Branca (Lei Municipal n. 11.774/1995²⁶⁶). Tais operações urbanas, contudo, mais que intervenções voltadas à modificação do tecido urbano ou à solução de problemas estruturais de seus territórios, apresentaram-se como elaborações legislativas tendentes a utilizar os elementos positivos das operações interligadas, sem que fosse possível cogitar da inconstitucionalidade de suas disposições. De fato, à míngua de uma proposta de implantação de um projeto urbanístico claramente definido, as três operações urbanas foram operacionalizadas tendo por base a compra e venda de exceções à legislação vigente, basicamente buscando reproduzir a configuração urbana presente em regiões análogas. Finalmente, no tocante à redistribuição da valorização produzida pela utilização do instrumento e custeada pelas contrapartidas financeiras ofertadas pelos particulares, as operações urbanas apontadas não apresentaram um rol de intervenções que, por si, fosse capaz de caracterizar um programa coordenado de obras públicas, que se consubstanciassem em um plano ou projeto de desenvolvimento urbano.

De qualquer forma, a Operação Urbana Faria Lima foi a inspiração para o texto que institui o instrumento da operação urbana consorciada no Estatuto da Cidade. Se a lei paulistana indica que a apontada operação urbana se revela como um “conjunto integrado de intervenções coordenadas pela Prefeitura [...] com a participação dos proprietários, moradores, usuários e investidores em geral, visando a melhoria e a valorização ambiental” (art. 1º), o Estatuto da Cidade dispõe que

considera-se operação urbana consorciada o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental” (art. 32) - a lei nacional assumiu a redação da lei paulistana, com a adição do objetivo de “transformações urbanísticas estruturais

bem como adjetivando as melhorias almejadas pela operação como “sociais”. Os acréscimos na conceituação do instrumento não são supérfluos, uma vez que permitem concluir que os objetivos de sua utilização devem estar perfeitamente fundamentados, da mesma forma que os impactos urbanísticos e sociais da intervenção devem ser considerados e equacionados.

²⁶⁴ Disponível em: <<http://migre.me/vLA3j>>. Acesso em: 01 set. 2016.

²⁶⁵ Disponível em: <<http://migre.me/vLA3A>>. Acesso em: 01 set. 2016.

²⁶⁶ Disponível em: <<http://migre.me/vLA3T>>. Acesso em: 01 set. 2016.

A lei federal, ainda, acolhe a mais importante criação paulistana, os certificados de potencial adicional de construção - CEPAC (art. 7º da Lei da Operação Urbana Faria Lima e art. 34 da Lei n. 10.257/2001), e adota uma nova nomenclatura: operação urbana, na conceituação proposta pela lei federal, passa se chamar-se “operação urbana consorciada”. Além de uma possível recuperação da referência francesa das ZAC - muito evidente nas discussões iniciadas em 1.976 e na proposta de 1.985, mas distante nas experiências dos anos 1.990 -, o adjetivo “consorciada” valoriza a ideia da associação entre o setor público e o setor privado, bem como o controle social. Observa-se, destarte, que o instrumento previsto no Estatuto da Cidade parte da concepção paulistana de operações urbanas, mas traz inovações significativas, das quais a mais relevante é o papel protagonista do projeto urbanístico que deverá ser por si implantado.

2.5.2 A operação urbana consorciada e o seu projeto urbanístico

O Estatuto da Cidade, no “caput” do art. 32, determina que lei municipal específica, baseada no plano diretor, poderá delimitar área para aplicação de operações consorciadas. Há, desde o primeiro instante, uma informação relevante: o instrumento urbanístico é veiculado por intermédio de lei em sentido estrito. Mais que isso, tal lei deverá ser “baseada” no plano diretor, pelas razões já expostas neste trabalho - é um diploma jurídico que terá por objetivo implantar o planejamento urbanístico globalmente idealizado para o município e positivado pelo plano diretor, ainda que em condições especiais. A ideia subjacente a tal determinação parece evidente: vedam-se as alterações pontuais do planejamento urbanístico desvinculadas do diploma legal que é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. Pretende-se implementar o plano diretor, e não lhe retirar eficácia enquanto instrumento principal da política de desenvolvimento urbano, nos termos, reiterese, do definido como tese pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 607.940-DF.

O § 1º do art. 32, nesta linha de ideias, conceitua o instrumento, estabelecendo seu padrão estrutural fundamental, a ser observado pelas legislações municipais: operação urbana consorciada é o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental.

O item anterior demonstrou que a noção das finalidades das operações urbanas oscilou, em sua construção, entre dois polos distintos: o de ser um mero instrumento de arrecadação de recursos, com a finalidade de financiar investimentos do setor público, ou o de se caracterizar como veículo de implantação de um projeto urbanístico, voltado à transformação ou requalificação do tecido urbano. Como também já exposto, seja por questões práticas, seja por amadurecimento dos conceitos subjacentes à atuação estatal no planejamento e desenvolvimento dos municípios, o Estatuto da Cidade, sem olvidar a necessidade de utilizar a operação urbana para captar recursos disponíveis no setor privado para a viabilização de seu programa, privilegiou a ideia de conceituação de um instrumento de implantação de planejamento urbanístico ao território da cidade, com seus elementos mínimos previstos no art. 33.

As finalidades próprias de qualquer operação urbana consorciada, desta forma, apresentam-se como maneiras de, num planejamento urbanístico coerente com as disposições gerais do plano diretor (ou da lei de zoneamento dele decorrente), fazer cumprir o dever do município de dar função social à propriedade imobiliária urbana. Para tanto, a lei de operação urbana consorciada proporá para o seu território de abrangência as soluções urbanísticas que mais sejam adequadas ao seu desenvolvimento urbano em um nível de detalhamento maior que o previsto nas leis das quais retira o suporte material, identificando as obras de infraestrutura necessárias, a quantidade e qualidade do adensamento construtivo e habitacional do perímetro de intervenção, os mecanismos de incentivo à reprodução de aspectos urbanísticos desejados e de desestímulo ou mesmo vedação a padrões urbanísticos e atividades compreendidas como não adequadas ao território em discussão etc. A identificação de quais sejam tais soluções, por sua vez, depende de um método de trabalho que demandará, sob a égide da gestão democrática das cidades, a realização de estudos urbanísticos (englobando-se aqui os temas sociais, ambientais etc.), econômicos e jurídicos, que serão elaborados forma interdependente e concomitante. Tais estudos demonstrarão não somente as aspirações de transformação ou qualificação urbanística da área objeto de intervenção, mas também a viabilidade econômica de tais propostas, e o arcabouço jurídico-formal que dará suporte à atividade de implantação do projeto urbanístico - é imprescindível que o projeto urbanístico da operação urbana consorciada se mostre viável, apto a ser implantado, o que somente ocorrerá se as disciplinas incumbidas de seu desenvolvimento trabalharem de forma harmoniosa e responsiva.

O *caput* do art. 33 do Estatuto da Cidade expressa que o diploma normativo veiculará seu projeto urbanístico (na dicção legal, “plano de operação urbana consorciada”), cujo programa é exposto em seus incisos e parágrafos. Não é ocioso ressaltar que este conteúdo mínimo poderá ser adaptado e complementado de acordo com a política de desenvolvimento urbano de cada município, sendo razoável e consoante com as funções afetas pela Constituição Federal e pelas constituições estaduais ao plano diretor que cada diploma normativo desta espécie insculpa o modelo de instrumento que mais adequadamente atenda às necessidades da cidade que regula - com efeito, pouco sentido faria atribuir ao plano diretor a importante função de ser o índice de aferimento de cumprimento da função social da propriedade se não fosse possível adaptar e complementar os comandos trazidos na lei nacional que é o Estatuto da Cidade, que, conforme exposto no Capítulo I deste trabalho, se consubstancia como o diploma que veicula as normas gerais de direito urbanístico editadas pela União (art. 24, I c/c § 1º da Constituição Federal). Em outros termos, tanto neste como em outros instrumentos considerados de previsão obrigatória nos planos diretores pela Lei n. 10.257/2001 (como o direito de preempção e a outorga onerosa de potencial construtivo), o que traz o Estatuto da Cidade são noções, alinhamentos mínimos e suficientes a permitir a sua caracterização nos planos diretores dos municípios.

Exemplo comprobatório da assertiva exposta retro é o contido no § 2º do art. 33. Neste dispositivo, o Estatuto da Cidade apresenta regra de grande relevância, estabelecendo serem nulas as licenças e autorizações a cargo do Poder Público municipal expedidas em desacordo com o projeto urbanístico da operação urbana consorciada a partir da aprovação da sua lei específica. Considerando o pressuposto de que a operação urbana consorciada tem, em sentido amplo, a finalidade de implantar a política de desenvolvimento urbano veiculada pelo plano diretor, a lei federal busca, com tal determinação, assegurar que o planejamento urbanístico específico para o território da operação urbana prevaleça em face da normatização mais geral, trazida no plano diretor. Como regra geral, em termos de planejamento urbanístico, tal medida mostra-se perfeitamente útil e adequada: as disposições normativas que consideram uma leitura mais aproximada do território, com especial atenção às suas dinâmicas econômicas, sociais e ambientais, parecem merecer tal tratamento. Em que pese tal constatação, contudo, nada impede que o município, em seu plano diretor, estabeleça a possibilidade de que as leis de operação urbana contenham regras de transição para análise de pedidos de licenciamento e de autorizações realizados antes da sua entrada em vigor, permitindo sua aprovação ainda que contrariando alguns de seus elementos. A

ponderação sobre as consequências de tal medida é medida típica do planejamento urbanístico local, assim como a adoção ou não destas regras de transição (o “direito de protocolo”) é matéria da lei municipal. Consubstancia-se o mandamento da lei federal, assim, como mais um elemento do complexo de determinações que configura o modelo geral de operação urbana consorciada, que será devidamente adaptado e conformado pela lei do plano diretor.

A determinação do Estatuto da Cidade, por outro lado, evidencia outro aspecto a ser destacado: a entrada em vigor da lei da operação urbana consorciada impõe ao Poder Público o dever de implantar o projeto urbanístico por ela veiculado. De fato, sendo obrigatório ao Poder Público o planejamento positivado em lei, a operação urbana consorciada desencadeia uma série de providências obrigatórias no corpo da Administração Pública, tendentes a promover a execução da novel legislação - desde ajustes simples, como anotações e apontamentos burocráticos de registro e encaminhamento, até medidas complexas, como as demandadas para a emissão dos CEPAC. Uma vez que o fator temporal é relevante para a implantação de qualquer projeto urbanístico, que pode ficar defasado em seus pressupostos e desideratos em função da alteração das condições físicas do território, da realidade econômica, da conjuntura social etc., este dever administrativo merece atenção e pronto atendimento.

Mais que providências *interna corporis*, contudo, o principal fenômeno advindo da entrada em vigor da lei da operação urbana consorciada no tocante à obrigatoriedade da observância de suas disposições é a vinculação da atuação administrativa em termos de implantação de políticas de desenvolvimento urbano no perímetro da intervenção. Uma vez que o programa de intervenções da operação urbana consorciada abrange, além da questão urbanística em si considerada, os aspectos econômicos e sociais a qualificar ou transformar na área afetada, o seu projeto urbanístico representa uma série de decisões administrativas preordenadas, um plano de observância obrigatória pelo Poder Público. Desta forma, a análise administrativa sobre a pertinência de se instalarem novas unidades de saúde, equipamentos de educação ou lazer etc. no perímetro de abrangência da operação urbana consorciada deverá tomar como elemento de convicção o programa de intervenções da lei, que poderá, inclusive, descartar *a priori* a implantação de determinados equipamentos ou infraestruturas ou, ao contrário, determinar que tais sejam construídos utilizando-se o numerário arrecadado com a comercialização de potencial construtivo adicional. Além de implantação obrigatória pelo Poder Público, destarte, o plano da lei da operação urbana

consorciada tem um efeito negativo igualmente importante, ao inibir a atuação administrativa - por si ou em consórcio com o setor privado - que contrarie as suas disposições.

O projeto urbanístico da operação urbana consorciada, ainda, é sindicável pela sociedade, que atuará não só em seu controle compartilhado (inc. VII do art. 33), de previsão obrigatória na lei específica, como também por todos os canais pertinentes à gestão democrática das cidades. O controle compartilhado pode incluir a participação da sociedade na definição das prioridades de implantação do programa de intervenções da operação urbana consorciada, bem como na avaliação da eficiência dos gastos da Administração no desiderato de realizar tal implantação. Além do controle social, o detalhamento das intervenções públicas previstas no projeto aumenta a eficácia do controle interno e externo da Administração Pública - como há elementos mais minuciosos em termos de previsão de atuação administrativa, tal consequência é esperada e desejada.

2.5.2.1 O programa mínimo do projeto urbanístico da operação urbana consorciada

O art. 33 da Lei n. 10.257/2001, como já asseverado, traz o conteúdo mínimo do que denomina “plano de operação urbana”, que nada mais é que o seu projeto urbanístico²⁶⁷. Cabe, neste passo, analisar o rol legal.

a) definição da área a ser atingida (inc. I): a operação urbana consorciada é um instrumento urbanístico destinado a transformar ou requalificar trechos do tecido urbano. Uma de suas principais vantagens estratégicas, como se verá, é a possibilidade de regular de forma excepcional o parcelamento, uso e ocupação do solo no município, normatização esta possibilitada, por sua vez, por um planejamento específico para o território que se pretende transformar. Tal vantagem, evidentemente, somente pode ser auferida se houver uma delimitação precisa de onde tais disposições poderão ser aplicadas.

A lei específica da operação urbana consorciada poderá criar mais de uma área de intervenção, onde vigerão todos ou alguns dispositivos do regramento da operação urbana

²⁶⁷ Utiliza-se a expressão “projeto urbanístico” em razão de dois pontos específicos: o primeiro diz respeito à qualidade e quantidade de intervenções que podem estar previstas neste instrumento formal, que ultrapassam em muito os lineamentos básicos de desenvolvimento urbano que incumbem aos planos urbanísticos. O segundo, de ordem prática, busca estreitar este conceito do conceito de plano: se os parâmetros urbanísticos do território são detalhados, adaptados e até mesmo conformados para a implantação do programa de intervenções da operação urbana consorciada, não parece ser adequado denominar “plano” tanto o conjunto básico do regramento urbanístico do município como este conjunto detalhado de elementos de planejamento urbano.

consorciada. A opção legal, por sua vez, deverá refletir o planejamento urbanístico que dá suporte à conformação em concreto do instrumento - a utilização de parâmetros diferenciados com a finalidade de veicular determinados instrumentos urbanísticos não elide (ao revés, confirma) os princípios fundamentais do direito urbanístico, dentre os quais o princípio da reserva de plano²⁶⁸. A observância da igualdade imanente no planejamento urbanístico é indispensável, sendo vedadas discriminações normativas desarrazoadas, isto é, despidas de fundamentos técnicos ou, no mínimo, sem indicações de demandas dos participantes no processo participativo de elaboração da lei que indiquem a conveniência legislativa de tais discriminações serem acolhidas pelo texto legal.

Poderá a lei específica, ainda, criar áreas que, a despeito de não integrarem o perímetro de intervenção do instrumento, receberão investimentos referentes à implantação do programa de intervenções da operação urbana consorciada, isto é, poderão utilizar recursos próprios da operação urbana consorciada para obras e serviços ligados ao programa de transformação ou qualificação urbanística do instrumento²⁶⁹. Tal possibilidade não contraria o § 1º do art. 33 do Estatuto da Cidade, uma vez que tal somente veda a aplicação dos recursos obtidos pelo Poder Público com a comercialização de potencial construtivo adicional nas operações urbanas consorciadas em objetos estranhos ao seu programa - não raro, obras de infraestrutura nas adjacências do perímetro de intervenção têm resultado direto em termos de melhoria das condições socioambientais da área específica do projeto.

b) programa básico de ocupação da área (inc. II) e finalidades da operação (inc. IV): estes incisos representam a descrição do que pode ser definido como o “programa de intervenções” da operação urbana consorciada. Como bem asseverado por LEVIN, o programa básico de ocupação da área deve prever as modificações do espaço físico previsto na lei específica da operação urbana consorciada como área de intervenção, tais como as modificações propostas no sistema viário e de transporte coletivo, o plano de construção de

²⁶⁸ O Município de São Paulo, na Lei n. 16.402/2014 (Plano Diretor Estratégico), criou a figura do Projeto de Intervenção Urbana – PIU, que tem por finalidade exatamente servir de subsídio a propostas de utilização de instrumentos urbanísticos previstos no plano diretor ou na legislação dele decorrente. É possível afirmar que qualquer intervenção urbanística de médio ou grande porte a ser realizada na capital paulista dependerá da realização deste estudo, que também dará suporte às operações urbanas consorciadas. Seu regramento fundamental (previsto no art. 136 do plano diretor) estipula que tal deverá indicar os objetivos prioritários da intervenção, bem como as propostas relativas a aspectos urbanísticos, ambientais, sociais, econômico-financeiros e de gestão democrática. A elaboração do PIU foi regulamentada pelo Decreto n. 56.902/2016.

²⁶⁹ Novamente lançando mão da experiência paulistana, a Lei n. 16.050/2014 (Plano Diretor Estratégico) determina, no art. 141, que a lei específica que criar a operação urbana consorciada poderá delimitar o que denomina de “perímetro expandido”, no qual serão realizados investimentos, com recursos da própria operação urbana consorciada que atendam às necessidades habitacionais da população de baixa renda e melhorem as condições dos sistemas ambientais, de drenagem, de saneamento e de mobilidade, entre outros (inc. II).

habitações de interesse social na área, as melhorias no sistema de saneamento básico, as obras de drenagem e contenção de enchentes, a criação de espaços públicos de lazer e de construção de parques, bem como as desapropriações necessárias à implantação do programa de intervenções²⁷⁰. Para CARVALHO FILHO, trata-se do programa “de maior amplitude em relação à operação urbana por indicar qual o projeto urbanístico a ser desenvolvido na respectiva área da cidade”, devendo “retratar as bases do projeto, ou seja, o que o município pretende alcançar e os meios a serem empregados para esse fim”²⁷¹.

Mais que um compilado de obras e intervenções, ou a declaração formal de quais os objetivos a serem alcançados com a utilização do instrumento da operação urbana consorciada, estes dois conjuntos de dispositivos ganham importância se observados no tocante à dinâmica da implantação do projeto veiculado pela lei especial. De fato, a conjugação destes dois elementos - o programa de intervenções trazido na lei e seus objetivos declarados - constitui, por um lado, um verdadeiro roteiro para avaliação do cumprimento dos desideratos da implantação do programa da operação urbana consorciada, auxiliando tanto em seu controle social como no controle interno e externo da Administração Pública realizado por órgãos como controladorias, Ministério Público, tribunais de contas etc. e, por outro, estabelece uma verdadeira programação de investimentos a realizar pelo Poder Público, necessária à atração da iniciativa privada para adesão aos termos da operação urbana consorciada²⁷²

Importante destacar, ainda sob este aspecto, que, mesmo considerando serem estes os dois principais índices utilizáveis para a análise do fiel cumprimento dos termos da lei, a interpretação do ordenamento jurídico que veicula este especial planejamento urbanístico para determinada parcela do território não prescinde da utilização dos princípios jurídicos aplicáveis ao direito urbanístico, especialmente os da juridicidade e o da coesão dinâmica. Nesta linha de ideias, o entendimento quanto aos objetivos da implantação da operação urbana consorciada e sobre a hierarquia (em termos de prioridade) do seu programa de intervenções deve ser adaptável de acordo com a realidade da situação atual do sítio urbano

²⁷⁰ LEVIN, Alexandre. **Operação urbana consorciada**: concertação público-privada para a justa distribuição dos benefícios decorrentes da atividade urbanística. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 195.

²⁷¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 284.

²⁷² No caso de operações urbanas consorciadas que prevejam a emissão dos Certificados de Potencial Adicional de Construção - CEPAC para sua operacionalização, a Instrução CVM 401/2003 exige extremo rigor com este aspecto da utilização do instrumento, chegando a prever punição na hipótese de eventuais condutas da Administração Pública na implantação do programa de intervenções da operação urbana consorciada que se afastem dos expostos na fundamentação do pedido de expedição e comercialização destes títulos. Disponível em: <<http://migre.me/vLAcf>>. Acesso em: 10 set. 2016.

a transformar ou qualificar. Tal condição, por sua vez, pode determinar que, em que pese a necessidade de observância da lei em todos os seus aspectos, seja possível que a implantação do programa de intervenções revele a necessidade de medidas pontuais não expressamente previstas no rol legal, mas dele decorrentes, ou de cumprimento de objetivos não inicialmente considerados para que seja possível atingir as finalidades últimas da lei da operação urbana. Desta forma, por exemplo, se a lei da operação urbana consorciada previr a construção de habitações de interesse social, e determinar que o atendimento prioritário nestas unidades habitacionais se dará pelas famílias ou comunidades afetadas pela sua implantação, é perfeitamente possível que, mesmo sem expressa previsão em seu texto, utilize parte dos seus recursos para gastos com alocação provisória destas famílias (aluguel social ou bolsa-aluguel, por exemplo) - entendido como objetivo da operação urbana consorciada o atendimento definitivo da demanda habitacional das famílias diretamente atingidas em razão da implantação de seu programa de intervenções, evidencia-se que as providências provisórias e temporárias ao atendimento desta demanda constituem meios para que seja atingido o final objetivo da lei, cumprindo-se, destarte, seu comando com tal medida²⁷³.

c) programa de atendimento econômico e social para a população diretamente afetada pela operação (inc. III) e estudo prévio de impacto de vizinhança (inc. V): o programa de atendimento econômico e social para a população diretamente afetada, em verdade, configura-se como um subitem do programa de intervenções da operação urbana consorciada. De fato, se os gastos elegíveis ao dispêndio de recursos arrecadados com a implantação da operação urbana são exclusivamente os referentes ao seu projeto urbanístico (cf. art. 33, § 1º do Estatuto da Cidade), e considerando que os objetivos básicos da utilização do instrumento são “alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental” (cf. art. 32, § 1º do Estatuto da Cidade), parece ser evidente que as questões atinentes à população diretamente afetada pela intervenção sejam consideradas e equacionadas.

Os principais problemas a serem enfrentados em intervenções urbanísticas desta natureza, por sua vez, são os referentes à manutenção da população moradora na região (especialmente a de baixa renda) tendo em vista sua esperada valorização imobiliária - desta forma, a previsão de disponibilização de recursos da operação urbana consorciada para

²⁷³ Tal possibilidade de adaptação, no caso da previsão de emissão de CEPAC pela operação urbana consorciada, deve vir prevista em seu prospecto, que indicará os limites e condições em que esta medida poderá ser executada.

implantação de empreendimentos de habitação de interesse social, regularização fundiária, desapropriações etc. integra, ordinariamente, o conteúdo mínimo do programa de atendimento econômico e social ora em comento.

As soluções encontradas para tal atendimento deverão necessariamente ser organizadas em um programa previamente estabelecido e coordenado, que deverá estar previsto em estudo de impacto no meio ambiente urbano elaborado para a operação urbana consorciada. O Estatuto da Cidade estipula, neste ponto, a obrigatoriedade de elaboração do denominado Estudo de Impacto de Vizinhança - EIV, que contemplará, nos termos do art. 37 daquela lei, os efeitos positivos e negativos do empreendimento ou atividade quanto à qualidade de vida da população residente na área e suas proximidades. Tal análise deverá considerar, a partir de estudos de diagnóstico atual do território de intervenção e de prognóstico e tendo por base o desenvolvimento urbano esperado com a aplicação do instrumento jurídico da operação urbana consorciada, aspectos referentes a adensamento populacional, necessidade de equipamentos urbanos e comunitários, características de uso e ocupação do solo adequadas à transformação urbanística esperada, valorização imobiliária advinda da implantação do programa de intervenções da operação urbana consorciada, geração de tráfego e demanda por transporte público na região tendo em vista o adensamento populacional e construtivo previsto, ventilação e iluminação e paisagem urbana e patrimônio natural e cultural. O apontado programa, desta forma, refletirá a análise realizada no EIV, e terá por escopo garantir que os efeitos positivos da intervenção proposta sejam também usufruídos pela população diretamente afetada pela intervenção, mitigando-se, por sua vez, os efeitos negativos desta eventualmente advindos.

É importante lembrar que, nos termos do próprio Estatuto da Cidade (art. 38), a elaboração do EIV não substitui a elaboração e a aprovação de estudo prévio de impacto ambiental (EIA), requeridas nos termos da legislação ambiental. Sob este aspecto, a Resolução CONAMA n. 01/1986²⁷⁴ estabelece que configura impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetem, entre outros, a saúde, a segurança e o bem-estar da população; as atividades sociais e econômicas; as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente e a qualidade dos recursos ambientais (art. 1º). A indigitada resolução estabelece, ainda, que

²⁷⁴ O CONAMA (Conselho Nacional do Meio Ambiente) é órgão consultivo e deliberativo do Sistema Nacional do Meio Ambiente-SISNAMA, criado pela Política Nacional do Meio Ambiente. A Resolução CONAMA n. 01/1986 está disponível em <http://migre.me/vLAfT>, consulta em 09 set 2016.

projetos urbanísticos com área acima de 100 hectares²⁷⁵ ou localizados em áreas consideradas de relevante interesse ambiental dos órgãos ambientais competentes necessitarão de licenciamento ambiental utilizando o instrumento do Estudo de Impacto Ambiental - EIA.

O EIA é um estudo de espectro mais completo que o EIV. De fato, as atividades técnicas mínimas previstas neste estudo são muito mais amplas e complexas, e pressupõem a abordagem e solução de questões ambientais em escala mais abrangente que a proposta para a realização do EIV²⁷⁶ - em que pese tal condição, contudo, não parece haver substancial distinção entre quais os elementos que deverão ser ponderados nos estudos a realizar no EIA e no EIV no tocante à elaboração e implantação de empreendimentos no meio ambiente urbano, parecendo haver somente uma distinção baseada na intensidade do impacto de tais intervenções ou em sua escala de abrangência²⁷⁷. De qualquer forma, tendo em vista os objetivos fundamentais da operação urbana consorciada trazidos pelo Estatuto da Cidade (reitere-se: transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização

²⁷⁵ 100 hectares equivalem a 1.000.000 (um milhão) de metros quadrados, ou seja, um terreno quadrado com 1.000 (mil) metros de cada lado, equivalente a 10 (dez) quadras de 100 (cem) metros cada.

²⁷⁶ Na Resolução Conama n. 01/1986: Artigo 5º - O estudo de impacto ambiental, além de atender à legislação, em especial os princípios e objetivos expressos na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, obedecerá às seguintes diretrizes gerais: I - contemplar todas as alternativas tecnológicas e de localização de projeto, confrontando-as com a hipótese de não execução do projeto; II - identificar e avaliar sistematicamente os impactos ambientais gerados nas fases de implantação e operação da atividade; III - definir os limites da área geográfica a ser direta ou indiretamente afetada pelos impactos, denominada área de influência do projeto, considerando, em todos os casos, a bacia hidrográfica na qual se localiza; IV - considerar os planos e programas governamentais, propostos e em implantação na área de influência do projeto, e sua compatibilidade. Parágrafo Único - Ao determinar a execução do estudo de impacto ambiental o órgão estadual competente, ou o IBAMA ou, quando couber, o Município, fixará as diretrizes adicionais que, pelas peculiaridades do projeto e características ambientais da área, forem julgadas necessárias, inclusive os prazos para conclusão e análise dos estudos. Artigo 6º - O estudo de impacto ambiental desenvolverá, no mínimo, as seguintes atividades técnicas: I - diagnóstico ambiental da área de influência do projeto completa descrição e análise dos recursos ambientais e suas interações, tal como existem, de modo a caracterizar a situação ambiental da área, antes da implantação do projeto, considerando: a) o meio físico - o subsolo, as águas, o ar e o clima, destacando os recursos minerais, a topografia, os tipos e aptidões do solo, os corpos d'água, o regime hidrológico, as correntes marinhas, as correntes atmosféricas; b) o meio biológico e os ecossistemas naturais - a fauna e a flora, destacando as espécies indicadoras da qualidade ambiental, de valor científico e econômico, raras e ameaçadas de extinção e as áreas de preservação permanente; c) o meio sócio-econômico - o uso e ocupação do solo, os usos da água e a sócio-economia, destacando os sítios e monumentos arqueológicos, históricos e culturais da comunidade, as relações de dependência entre a sociedade local, os recursos ambientais e a potencial utilização futura desses recursos; II - análise dos impactos ambientais do projeto e de suas alternativas, através de identificação, previsão da magnitude e interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando: os impactos positivos e negativos (benéficos e adversos), diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazos, temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade; suas propriedades cumulativas e sinérgicas; a distribuição dos ônus e benefícios sociais; III - definição das medidas mitigadoras dos impactos negativos, entre elas os equipamentos de controle e sistemas de tratamento de despejos, avaliando a eficiência de cada uma delas; IV - Elaboração do programa de acompanhamento e monitoramento (os impactos positivos e negativos), indicando os fatores e parâmetros a serem considerados.

²⁷⁷ Em sentido contrário, CARVALHO FILHO defende serem análises técnicas de natureza diversa, uma vez que o EIV se destina à proteção da vizinhança contra empreendimentos que lhes sejam nocivos e o EIA tem a finalidade de evitar ações danosas ao meio ambiente (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 328-329).

ambiental), dificilmente este instrumento deixará de ser licenciado por intermédio de EIA²⁷⁸. É possível, ainda, que a realização deste estudo não afaste a necessidade de elaboração de EIV para grandes empreendimentos realizados no âmbito de uma operação urbana consorciada²⁷⁹, sendo certo, por fim, que a lei municipal estipulará quais os empreendimentos que necessitarão do EIV para seu licenciamento (art. 36)²⁸⁰.

d) contrapartida a ser exigida dos proprietários, usuários permanentes e investidores privados em função da modificação de índices e características de parcelamento, uso e ocupação do solo e subsolo, bem como alterações das normas edilícias, considerado o

²⁷⁸ No Município de São Paulo, por exemplo, tal determinação já existe “a priori”, na Resolução n. 179/CADES/2016, disponível em <http://migre.me/vLAj8>, consulta em 10 set 2016.

²⁷⁹ Em São Paulo, art. 151, § 6º da Lei Municipal n. 16.050/2014: § 6º Fica mantida a exigência de elaboração de EIV/RIV para empreendimentos, atividades e intervenções urbanísticas, mesmo que estejam inseridos em áreas de Operações Urbanas Consorciadas e Áreas de Intervenção Urbana que já tenham sido licenciadas por meio de EIA/RIMA ou outro instrumento de licenciamento ambiental (disponível em <http://migre.me/vLAjI>, consulta em 10 set 2016); em sentido contrário, o plano diretor de Curitiba (Lei Municipal n. 14.771/2015), que assim dispõe: “Art. 180. A elaboração do EIV não dispensa a elaboração de Estudo Prévio de Impacto Ambiental - EIA relativo ao mesmo empreendimento ou atividade, nas hipóteses em que a legislação ou regramento ambiental específico exigir a apresentação de EIA. Parágrafo único. Será dispensada a apresentação do EIV quando a integralidade do seu conteúdo mínimo, conforme previsto nessa lei, estiver contemplado no EIA”. Disponível em: <<http://migre.me/vLAKC>>. Acesso em: 10 set. 2016).

²⁸⁰ Interessante destacar o entendimento de MENCIO, que entende ser a expedição das licenças e autorizações urbanísticas de empreendimentos de impacto decorrentes do exercício de competência discricionária da Administração Pública. Segundo a autora, o estudo deve nortear a análise de viabilidade de construção, podendo o administrador público contrariá-lo, com base em critérios de conveniência e oportunidade, ou até mesmo por razões vinculadas em processos participativos. O fundamento da negativa da expedição da licença deverá ser a construção da ordem urbanística sustentável, nos termos do art. 2º do Estatuto da Cidade. (MENCIO, Mariana. A influência do estudo de impacto de vizinhança na expedição da licença urbanística para construção de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente urbano. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; MENCIO, Mariana; ORTOLÁ JORGE, Antonio Carlos; ROSSO, Maximiliano; BAKOWSKI, Leandro. **Estudos de Direito Urbanístico I: Licenças urbanísticas e questões polêmicas sobre as exigências da Lei de Parcelamento do Solo**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2006. p. 91). Não se desconhece, evidentemente, que a licença é considerada pela doutrina tradicional do direito administrativo um ato vinculado. O direito urbanístico, contudo, nos termos do Estatuto da Cidade, ao condicionar a expedição da licença para empreendimentos que tenham relevante impacto urbanístico a fatores que, embora aferíveis objetivamente, permitem certa subjetividade valorativa no momento de decisão da Administração, relativiza e afasta o caráter absoluto deste entendimento. A possível denegação de licença edilícia por razões de, por exemplo, excessivo adensamento de região tendo por fundamentos o direito à cidade sustentável (como sustentado pela autora) e a função pública urbanística evidenciam o novo tratamento dado pelo direito urbanístico à questão urbana. Entende-se, somente, nos termos determinados pela Constituição Federal e pelo próprio Estatuto da Cidade, que a norma a fundamentar a denegação da licença deve estar prevista no plano diretor do município, diploma referencial do cumprimento da função social da propriedade. De todo recomendável, neste sentido, que esta lei municipal trate de arrolar condições em que seja possível ao Administrador Público denegar a licença pleiteada tendo por estes fundamentos. Também no sentido da possibilidade de denegação de licença por incompatibilidade com padrões permitidos pelo sistema jurídico, LIBÓRIO, Daniela Campos. Bem ambiental, livre iniciativa e interesse público. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MENEZES DE ALMEIDA, Fernando; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (orgs.). **Direito e Administração Pública - Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 677. Para uma nova concepção de licença, vinculada não somente ao poder de polícia, e sim à prestação de serviços públicos, submetendo as decisões do Poder Público a cânones de universalidade, generalidade, qualidade e eficiência, cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações nos serviços públicos. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa (coord.) **Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 227.

impacto ambiental das medidas, e regularização de construções, reformas ou ampliações executadas em desacordo com a legislação vigente (inc. VI): como sabido, a operação urbana consorciada representa uma regulação urbanística específica do parcelamento, uso e ocupação do solo para determinada região do município. Esta regulação específica, por sua vez, tem por objetivo implantar um projeto urbanístico próprio da região abrangida no perímetro definido pela lei, podendo haver a adoção de determinadas medidas de caráter urbanístico tendentes a cumprir tal desiderato. O dispositivo trazido pelo inciso VI do art. 32 agrega duas importantes linhas de disposições, ao estabelecer tanto o dever de a lei específica da operação urbana consorciada determinar o que poderá o que poderá ser exigido pelo município em troca da permissão de adesão ao seu regramento jurídico quanto o que efetivamente poderá ser oferecido pela lei especial como regras excepcionais à legislação urbanística ordinária sob este aspecto.

Convém esclarecer, novamente, o que deve ser compreendido como “modificação” e “alteração” das características de aproveitamento do imóvel. Tais expressões devem ser entendidas no âmbito do estipulado pelo subsistema de direito urbanístico, que exige que a conformação da propriedade imobiliária urbana seja dada pela lei em sentido estrito²⁸¹. Mesmo que eventuais índices ou parâmetros sejam acessíveis mediante contrapartida, ou por intermédio de decreto autorizador etc., é preciso que os limites a tais possibilidades estejam previamente definidos em lei. Assim, será juridicamente aceitável que o ordenamento ordinário preveja um coeficiente de aproveitamento máximo igual a 2,0 (dois) para o lote, e a operação urbana consorciada autorize a utilização de um coeficiente de aproveitamento máximo igual a 4,0 (quatro), sendo o uso deste novo coeficiente máximo considerada uma “alteração” no parâmetro, nos termos referidos pelo Estatuto da Cidade. O que não deve haver, por outro lado, é a utilização de parâmetro ou de limite não previsto em lei (no exemplo em discussão, a utilização de coeficiente de aproveitamento máximo igual a 6,0 - seis). Desta forma, os termos “modificação” e “alteração” previstos no inciso I do § 2º do

²⁸¹ “Em princípio, não há norma legal expressa quanto à necessidade de aprovação do plano pelo Poder Legislativo, mas há alguma tendência em exigir a edição de lei em vista dos efeitos gerados. Assim, parece fora de dúvida que será necessário diploma legislativo, por exemplo, quando forem impostos deveres aos particulares, definidos incentivos ou alteradas as regras ordinárias de ordenamento do uso e ocupação do solo para a região considerada. Todavia, parece também possível que o Legislativo, fixando diretrizes e dispondo sobre os pontos sujeitos a reserva de lei, delegue aos órgãos do Executivo o detalhamento do plano, de acordo com um procedimento transparente e participativo.” (BREGA, José Fernando Ferreira. O público e o privado na implantação de planos de renovação urbana. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 4, jan. 2014. p. 169). Nesta linha de ideias, é possível o estabelecimento de “bandas” de limites mínimos e máximos de parâmetros urbanísticos aplicáveis às porções do território, cabendo ao projeto urbanístico indicar qual aplicável em concreto.

art. 32 da lei federal devem ser compreendidos como os meios de acesso aos regramentos especiais da operação urbana consorciada, dentro dos limites estabelecidos por sua lei.

Esclarecidos estes pontos, já é possível analisar o que poderá ser considerado “contrapartida” a ser oferecida pelos interessados. Sob este aspecto, é preciso inicialmente afastar a ideia de que tal é representada exclusivamente por uma retribuição financeira à obtenção dos benefícios da lei. Se é certo que este, em tese, é o principal modo de acessar o regime jurídico da operação urbana consorciada - que, em sua origem, nada mais é que uma forma de antecipar a arrecadação de numerário para a qualificação ou transformação urbanística do território -, o aspecto colaborativo (ou consorciado) da implantação do planejamento urbanístico veiculado pela lei especial autoriza a realização de tratativas entre os interessados que em muito ultrapassam a relação de fornecimento de parâmetros urbanísticos em troca de recursos financeiros.

Desta maneira, poderá a lei específica autorizar a adesão à operação urbana em razão de obras ou instalações previstas no programa de intervenções realizadas pelo interessado, tais como construção de escolas, creches, implantação de ruas, praças ou parques. Evidentemente, estas medidas somente poderão ser autorizadas se houver uma precisa quantificação dos valores que serão despendidos com tais providências, calculando-se, a partir destes, os benefícios auferíveis pelo interessado - esta providência não é de fácil execução.

Do mesmo modo, a lei da operação urbana consorciada poderá prever mecanismos de fomento à implantação do planejamento urbanístico previsto na lei que tenham por base a adoção de determinadas condutas pelos interessados em aderir à operação urbana consorciada em troca de benefícios previstos em seu regime legal. Como exemplos, no caso de previsão de alargamento ou implantação de viário previsto na lei da operação urbana consorciada, o interessado pode ser convidado a ceder a área necessária a tanto em troca de potencial construtivo adicional ou especiais condições de ocupação de seu lote; da mesma forma, poderá ser proposta a desapropriação de terrenos localizados na área abrangida pelo perímetro de intervenção tendo como modo de pagamento os CEPAC, tratados em tópico a seguir; poderá ser autorizada a transferência de potencial construtivo de lotes ou edificações dentro da área da operação urbana consorciada como contrapartida à preservação ou restauração de bens de interesse urbanístico, histórico, paisagístico, ambiental etc.; a lei pode autorizar especiais condições para o cálculo da área construída das edificações caso atendam

a padrões urbanísticos em si previstos (fachada ativa²⁸², fruição pública²⁸³, adoção de cota-parte máxima de terreno por unidade em edifícios²⁸⁴ etc.). As possibilidades deste meio de interação, em síntese, são variadas, devendo ser, em qualquer caso, expressamente previstas na lei especial e adequadas ao programa de intervenções da operação urbana.

A despeito das diversas oportunidades que podem ser disponibilizadas aos interessados em aderir ao regime jurídico da operação urbana consorciada, é preciso reconhecer que a mais comumente utilizada é a retribuição financeira. O motivo é simples: tal é a negociação mais singela em termos operacionais, sendo o método mais conhecido pelo mercado imobiliário para acessar os índices urbanísticos especiais trazidos pelas leis de operação urbana consorciada. Em termos de avaliação econômica do risco do negócio imobiliário, esta é, sem dúvida, uma vantagem a ser ponderada pelo incorporador.

Como já exposto, a retribuição financeira ofertada pelos interessados em adquirir potencial construtivo adicional do município foi considerada como receita não tributária pelo Supremo Tribunal Federal, sendo apontada pelo Pretório Excelso uma forma de compensação financeira pelo ônus causado em decorrência da sobrecarga da aglomeração urbana, caracterizando-se, destarte, como preço público. Ocorre, contudo, como também já apontado, que a contrapartida financeira não terá por utilidade somente adquirir este específico bem jurídico (o potencial construtivo adicional) do município - poderão, também, ser objeto de transação a modificação de índices e características de parcelamento, uso e ocupação do solo e subsolo, bem como alterações das normas e regularização de construções, reformas ou ampliações executadas em desacordo com a legislação.

Em que pese tal condição, não parece ser lícito concluir que haja alteração na natureza jurídica da contrapartida financeira devida em razão da adesão ao regime jurídico da operação urbana consorciada. O rol de exceções à normatização geral da legislação urbanística municipal trazido nas leis de operação urbana consorciada, ainda que não absolutamente determinável de antemão (as exceções serão tantas e quais o projeto urbanístico entender necessárias para a qualificação e transformação daquela especial

²⁸² O termo “fachada ativa” refere-se, em regra, à exigência de ocupação da extensão horizontal da fachada de um edifício por uso não residencial, com acesso direto e abertura para o logradouro – prevê, assim, a implantação de comércios e serviços no andar térreo das edificações verticais, de modo a evitar áreas de calçadas com os paredões que por vezes ocupam toda extensão da quadra.

²⁸³ A “fruição pública” corresponde à área livre externa ou interna às edificações, localizada nos pavimentos de acesso direto ao logradouro público, destinada à circulação de pessoas, não sendo exclusiva dos usuários e moradores.

²⁸⁴ A “cota-parte máxima de terreno por unidade” é relação de densidade, expressa em unidade de área, entre a área total do terreno e o número de unidades a serem idealmente produzidas.

parcela de território objeto da atuação do instrumento urbanístico) parece ter também por desiderato amainar a sobrecarga urbanística advinda do processo de transformação do espaço urbano autorizada pela lei - se é certo que a contrapartida existe para que sejam financiadas as “transformações urbanísticas estruturais” próprias da utilização do instrumento da operação urbana consorciada, também o é que tais transformações, no bojo de um projeto urbanístico próprio e devidamente licenciado ambientalmente, já contam com a mitigação de seus efeitos negativos para que, ao final do seu processo de implantação, sejam obtidas as melhorias sociais e valorização ambiental que são as metas do desenvolvimento urbano. Não há, por outro lado, a relação de compulsoriedade existente na relação tributária caracterizadora dos impostos, e nem a prestação de um serviço público remunerável mediante taxa: o que se evidencia, como bem destacado nos arestos do Supremo Tribunal Federal²⁸⁵, é a relação contratual que se estabelece entre o município e aqueles que desejam aderir ao regramento específico da lei da operação urbana consorciada, obtendo, assim, algum benefício em termos de condições de uso ou ocupação de sua propriedade imobiliária urbana.

A segunda grande indagação advinda dos comandos normativos em comento é se existe, *a priori*, algum limite intransponível pela lei especial da operação urbana consorciada no que toca aos benefícios oferecidos a quem deseje aderir aos seus termos.

Não é ocioso relembrar que o Estatuto da Cidade prevê, entre outras medidas, a modificação de índices e características de parcelamento, uso e ocupação do solo e subsolo, alterações das normas edilícias e regularização de construções, reformas ou ampliações executadas em desacordo com a legislação vigente²⁸⁶. A letra da lei não pode fazer olvidar um ponto relevante: a leitura do dispositivo constante do Estatuto da Cidade deve ser realizada no ambiente da inteligência do regramento do subsistema jurídico-urbanístico, que estabelece como diploma fundamental da ordenação do território a lei do plano diretor. Desta forma, o que poderia inicialmente ser compreendido como uma espécie de “carta-branca” à disposição do planejamento urbanístico transmuda-se em algo a ser elaborado considerando-se os índices e características de parcelamento, uso e ocupação do solo já expressamente

²⁸⁵ Por exemplo, RE 226.942/SC, DJ de 15.05.2009 e RE 387.047-5/SC, DJ de 02.05.2008.

²⁸⁶ A Lei n. 12.836/2013 inseriu, no art. 32, § 2º, o inciso III, que permite a concessão de incentivos em razão da utilização de tecnologias que tenham por objeto a redução de impactos ambientais, bem como por comprovação de utilização, nas construções e uso de edificações urbanas, de tecnologias que reduzam os impactos ambientais e economizem recursos naturais, especificadas as modalidades de design e de obras a serem contempladas. Esta modalidade de fomento não precisaria sequer ser destacada no texto do Estatuto da Cidade, inserindo-se na álea das disposições autorizáveis pela lei especial de cada operação urbana consorciada e, por tal razão, não ganha destaque no estudo ora realizado.

definidos em seus limites mínimos e máximos pelo plano diretor. Em outras palavras, é preciso que tais alterações sejam admitidas dentro deste espectro de espaço deliberável pela lei.

Adotando-se o entendimento que a expressão “índices” se refere a taxas e coeficientes de conformação da propriedade urbanística, e a expressão “características” se refere a aspectos físicos, exteriores desta mesma propriedade, é possível antever, exemplificativamente, que a lei da operação urbana consorciada pode laborar com propostas de alteração:

1) quanto ao parcelamento do solo, de índices de destinação à municipalidade de áreas verdes, institucionais e de viário (tanto no tocante ao percentual mínimo e máximo de área da gleba ou lote a ser destinada ao município quanto a proporções havidas entre tais destinações), de declividade dos terrenos em que é possível realizar o parcelamento ou loteamento ou haver destinação ao município etc. No tocante às características, podem ser propostas regras específicas de tamanho mínimo e máximo de lotes, de largura de vias, de espaços destinados a áreas verdes ou a uso institucionais etc.;

2) quanto ao uso do solo, de índices referentes a proporções específicas entre usos residenciais e não residenciais nos lotes, de regras referentes a percentuais de testada dos lotes não residenciais que deverão ter as “fachadas ativas” etc.; quanto às características, definição de regiões onde os usos necessariamente deverão ser residenciais, não residenciais ou mistos, de áreas de fruição pública nos lotes etc.;

3) no tocante à ocupação do solo, índices especiais de taxas de ocupação e de permeabilidade²⁸⁷, coeficientes de aproveitamento etc., e características específicas quanto a recuos, gabaritos de altura de edificação etc.

O rol apresentado tem a função de meramente exemplificar o variado número de elementos que podem ser objeto de tratamento específico na lei da operação urbana consorciada no tocante às regras de parcelamento, uso e ocupação do solo. Ao cogitar as alterações possíveis na indigitada lei específica, por sua vez, o planejamento urbanístico deve atentar para a necessidade de cumprimento do regramento jurídico básico trazido na lei do plano diretor. Desta forma, os parâmetros urbanísticos em que o plano diretor expressamente não admite elaboração de regulação especial estão automaticamente excluídos do espaço de disposição da lei da operação urbana consorciada - num exemplo simples, se o plano diretor definir que o coeficiente de aproveitamento básico dos terrenos

²⁸⁷ Porcentagem de área permeável no lote ou gleba.

para todo o município é 1,0 (um), não admitindo alteração sobre esta regra em legislação dele decorrente, tal comando deverá ser incluído no regramento urbanístico da lei da operação urbana consorciada.

É possível, ainda, que o plano diretor estabeleça um sistema de bandas, de intervalos de regulação de índices e características de uso e ocupação do solo em que a lei da operação urbana consorciada pode laborar - na mesma linha de exemplo, determinar que coeficientes de aproveitamento entre 4,0 (quatro) e 6,0 (seis) somente sejam acessíveis em um regramento de legislação específica, como o de operações urbanas consorciadas. Da mesma forma, por fim, pode expressamente autorizar que determinados parâmetros poderão ser livremente disciplinados pela indigitada lei, desde que atendido o planejamento urbanístico que lhe dá suporte e os comandos fundamentais de desenvolvimento urbano previstos no plano diretor.

Ainda sobre este item, é importante destacar que a lei da operação urbana consorciada pode trazer dispositivos que estabeleçam a possibilidade de regularização de construções, reformas ou ampliações executadas em desacordo com a legislação vigente. Esta autorização é evidentemente benéfica em termos de função social da propriedade, uma vez que tende a legalizar a situação de imóveis que, com esta medida, poderão ser devidamente registrados e eventualmente comercializados. Há, contudo, alguns pontos a observar: o primeiro diz respeito à fixação das irregularidades “sanáveis” pela lei da especial. Sob este aspecto, não há dúvida que os imóveis que atenderem aos parâmetros urbanísticos autorizados na lei da operação urbana consorciada poderão beneficiar-se da medida - assim, se no zoneamento ordinário a taxa de ocupação de terreno for 0,6 (seis décimos) e a lei da operação urbana consorciada determinar que tal taxa poderá chegar a 0,8 (oito décimos), eventual edificação realizada na vigência da lei ordinária que tenha taxa de ocupação do terreno equivalente 0,7 (sete décimos) poderá pleitear a regularização. No caso de este índice extrapolar até mesmo o autorizado pela lei especial, em tese, tal edificação não será regularizável, a não ser que a lei da operação urbana consorciada expressamente autorize tal medida. O mesmo vale para a questão das construções no tocante a elementos referentes à obra em si, salvo se a irregularidade disser respeito à segurança ou salubridade da edificação.

Como bem lembrado por LEVIN²⁸⁸, ainda, embora o Estatuto da Cidade não trate especificamente da regularização da propriedade ou da posse do lote, a outorga da titulação

²⁸⁸ LEVIN, Alexandre. **Operação urbana consorciada**: concertação público-privada para a justa distribuição dos benefícios decorrentes da atividade urbanística. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 190.

(legitimação da propriedade ou da posse) parece ser medida cabível, desde que prevista na lei especial, tendo em vista a previsão genérica constante do art. 32, § 2º daquele diploma legal, segundo o qual outras medidas podem ser previstas na lei específica, além daquelas indicadas nos incisos I, II e III do mesmo dispositivo.

e) forma de controle da operação, obrigatoriamente compartilhado com representação da sociedade civil (inc. VII): a crescente complexidade da sociedade faz, como já afirmado, com que a identificação do interesse público a tutelar se torne cada vez mais dificultosa. Os diversos polos de interesses legítimos que ocupam a arena de debates políticos devem ser considerados, cumprindo à Administração Pública realizar um processo de abertura e transparência de seus procedimentos decisórios, de modo a buscar soluções cada vez mais consensuais para as demandas a si submetidas.

Nestes termos, o controle sobre a atividade administrativa, que em acepção ampla pode ser conceituado como a “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”²⁸⁹, ganha crescente número de atores e cada vez mais momentos de atuação. Em sede de controle interno, as assessorias jurídicas de cada secretaria ou entidade da administração indireta, as controladorias e corregedorias são estruturas voltadas a esta específica finalidade, que se soma ao dever de cada servidor público de rever os atos da Administração Pública que entender eivados de nulidade ou erro. No tocante ao controle externo, os principais atores institucionais envolvidos neste processo são os tribunais de contas, o Ministério Público, o Poder Judiciário e a Defensoria Pública. Além destes atores institucionais, incide também o controle social da Administração Pública, que, nos termos destacados por MEDAUAR, consiste em atuações dos cidadãos, isoladamente ou mediante associações, incidentes durante todo o processo de formação da convicção administrativa, realizadas com intuito de verificar ou provocar a verificação da legalidade, moralidade, impessoalidade, economicidade, conveniência, oportunidade etc. dos atos e processos administrativos. Tal mecanismo, ainda segundo a autora, permite que a Administração corrija eventual erro de procedimento ou evite inadequações nos seus atos ou omissões por si, bem como permite suscitar atuações dos órgãos de controle interno ou externo²⁹⁰.

²⁸⁹ MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 32.

²⁹⁰ *Ibidem*, p. 186-187.

Em que pese a menção à participação da população ou de entidades organizadas no controle a operação urbana consorciada, a referência trazida no estatuto da Cidade não trata de modalidade de controle externo da Administração Pública, e sim de determinação de que a lei específica estabeleça controle institucional que conte com a participação da sociedade civil - o que há, na maioria dos casos, é a previsão do constituição de um conselho gestor da operação urbana consorciada, com poderes de fiscalização e de proposição de aprimoramentos e estabelecimento de prioridades no tocante à implantação de seu programa de intervenções²⁹¹.

Independentemente do modo pelo qual se dará o atendimento da determinação de controle da operação urbana com participação da sociedade civil, a gestão democrática da implantação do seu projeto urbanístico será tanto mais eficiente quanto mais funcionais forem os canais de comunicação estabelecidos entre o Poder Público e a população.

2.5.3 Os Certificados de Potencial Adicional de Construção – CEPAC

A lei específica que aprovar a operação urbana consorciada poderá prever a emissão, pelo município, de quantidade determinada de certificados de potencial adicional de construção - os CEPAC -, que serão alienados em leilão ou utilizados diretamente no pagamento das obras necessárias à própria operação. Os CEPAC são títulos livremente negociados, e conversíveis em potencial construtivo unicamente na área objeto da operação, obedecida e regulação da propriedade urbanística realizada pela lei da operação urbana consorciada, isto é, podem ser convertidos em potencial construtivo adicional até o limite estabelecido pela lei da operação urbana consorciada. Os CEPAC têm emissão e controle minuciosamente regrados pela Comissão de Valores Mobiliários, entidade criada pela Lei Federal n. 6.385/76, que tem o objetivo de fiscalizar, normatizar, disciplinar e desenvolver o mercado de valores mobiliários no Brasil. Cumpre, neste passo, trazer alguns elementos referentes ao tema.

²⁹¹ Por exemplo, no Município de São Paulo, a Lei n. 16.402/2014 – Plano Diretor Estratégico, determina que as leis de operação urbana consorciada deverão conter a “forma de controle e gestão da operação urbana consorciada, com a previsão de um conselho gestor paritário, formado por representantes do Poder Público e da sociedade civil” (art. 141, inc. XIV). No Município de Salvador, há a previsão de que as leis de operação urbana consorciada deverão conter a “forma de controle gestão da OUC, por meio de um conselho gestor paritário, composto por representantes do poder público por representantes da sociedade civil” (Lei n. 9069/2016, art. 328, inc. X). Como exemplos de municípios que remetem o tema à legislação especial, vale mencionar Rio de Janeiro, Curitiba e Florianópolis.

A Instrução CVM n. 401/2003²⁹² esclarece serem tais títulos, quando ofertados publicamente²⁹³, valores mobiliários, sujeitos ao regime da Lei nº 6.385/1976 (art. 2º). Segundo a instrução, nenhum CEPAC poderá ser ofertado no mercado sem prévio registro na CVM da operação urbana consorciada a que estiver vinculado (art. 4º). O pedido de registro da operação de oferta de CEPAC, regulado no art. 5º do indigitado regulamento, será instruído tanto com elementos previstos no próprio Estatuto da Cidade, como cópia de lei de plano diretor no qual conste a previsão da utilização do instrumento da operação urbana consorciada, cópia da lei específica da operação urbana consorciada etc., quanto por elementos que dizem respeito à construção da confiabilidade do investidor no título a ser comercializado em bolsa.

Destacam-se, dentre tais elementos, a necessidade de encaminhamento de minuta de prospecto²⁹⁴ da operação urbana consorciada, que contará com informações como a descrição detalhada das intervenções previstas no âmbito da operação urbana, bem como os seus respectivos prazos de execução e custos estimados (incluindo desapropriações, obras, elaboração de projetos etc.). Deverão ser apontados, assim, o prazo previsto para execução da operação urbana consorciada, com o respectivo estudo de viabilidade que contenha ao menos o valor de mercado dos imóveis contidos no perímetro da operação urbana, os efeitos previstos das intervenções sobre os imóveis, a análise da demanda por potencial construtivo

²⁹² Disponível em: <<http://migre.me/vLAqu>>. Acesso em: 27 set. 2016.

²⁹³ De acordo com a Instrução Normativa n. 400/2003-CVM, pelo seu art. 3º, são atos de distribuição pública a venda, promessa de venda, oferta à venda ou subscrição, assim como a aceitação de pedido de venda ou subscrição de valores mobiliários, de que conste qualquer um dos seguintes elementos: I - a utilização de listas ou boletins de venda ou subscrição, folhetos, prospectos ou anúncios, destinados ao público, por qualquer meio ou forma; II - a procura, no todo ou em parte, de subscritores ou adquirentes indeterminados para os valores mobiliários, mesmo que realizada através de comunicações padronizadas endereçadas a destinatários individualmente identificados, por meio de empregados, representantes, agentes ou quaisquer pessoas naturais ou jurídicas, integrantes ou não do sistema de distribuição de valores mobiliários, ou, ainda, se em desconformidade com o previsto nesta Instrução, a consulta sobre a viabilidade da oferta ou a coleta de intenções de investimento junto a subscritores ou adquirentes indeterminados; III - a negociação feita em loja, escritório ou estabelecimento aberto ao público destinada, no todo ou em parte, a subscritores ou adquirentes indeterminados; ou IV - a utilização de publicidade, oral ou escrita, cartas, anúncios, avisos, especialmente através de meios de comunicação de massa ou eletrônicos (páginas ou documentos na rede mundial ou outras redes abertas de computadores e correio eletrônico), entendendo-se como tal qualquer forma de comunicação dirigida ao público em geral com o fim de promover, diretamente ou através de terceiros que atuem por conta do ofertante ou da emissora, a subscrição ou alienação de valores mobiliários. A apontada instrução define o que considera “público em geral” (uma classe, categoria ou grupo de pessoas, ainda que individualizadas nesta qualidade, ressalvados aqueles que tenham prévia relação comercial, creditícia, societária ou trabalhista, estreita e habitual, com a emissora) e determina ser a distribuição pública de valores mobiliários somente ser efetuada com intermediação das instituições integrantes do sistema de distribuição de valores mobiliários (“Instituições Intermediárias”), ressalvadas as hipóteses de dispensa específica deste requisito. Disponível em: <<http://migre.me/vLAqS>>. Acesso em: 27 set. 2016.

²⁹⁴ Prospecto é o documento que contém os dados básicos sobre a operação urbana consorciada e indica a quantidade total de CEPAC que poderá ser emitida para alienação ou utilização direta no pagamento das intervenções da própria operação (art. 10 da Instrução CVM n. 401/2003).

adicional no perímetro de intervenção, estudo de impacto ambiental e de vizinhança. Serão elencados, também, os fatores de risco, inclusive os de natureza política e econômica, e demais fatos que possam levar à modificação das características da operação urbana consorciada, à não realização das intervenções previstas, ou à existência de dificuldades para o exercício dos direitos assegurados pelos CEPAC no momento da emissão.

No tocante especificamente aos CEPAC, deverão ser informadas a quantidade total que poderá ser emitida, bem como a forma de determinação deste *quantum* e o modo de colocação no mercado (pública, privada ou ambas). Também deverão ser especificadas suas características - tabela de conversão dos potenciais construtivos e de modificação de uso -, devendo ser assegurados aos seus titulares a existência de preço mínimo para alienação ou utilização direta em pagamento das intervenções.

O município informará trimestralmente à CVM sobre o andamento da operação urbana consorciada, incluindo a situação atualizada das áreas em que os CEPAC ainda podem ser utilizados, o prazo estimado para o seu término e estoque remanescente do título, os custos já incorridos, a quantidade de CEPAC distribuídos pública e privadamente, e quaisquer outros elementos que, direta ou indiretamente, afetem a execução dos projetos, bem como os fatos relativos à aplicação dos recursos auferidos na operação urbana consorciada. Pelo art. 12 da Instrução CVM n. 401/2003, cada distribuição pública de CEPAC poderá contemplar uma única intervenção ou um conjunto de intervenções (composto por uma única obra ou desapropriação, ou conjunto de obras ou desapropriações), e deverá ser objeto de um suplemento específico, que deverá ser anexado ao prospecto, passando a integrá-lo. Uma nova distribuição de CEPAC na mesma operação urbana consorciada somente será possível, nos termos do art. 15 do regulamento, se tiverem sido concluídas as intervenções abrangidas pela distribuição anterior, ou tiver sido esgotada a distribuição de CEPAC previamente aprovada, ou, por fim, tiverem sido captados, comprovadamente, os recursos necessários para a conclusão das intervenções objeto da distribuição anterior.

Não bastassem os apontamentos técnicos já expostos, é necessário que o município contrate instituições integrantes do sistema de distribuição registradas na CVM tanto para atuar em conjunto com este ente estatal nos pedidos de registro, na colocação dos CEPAC no mercado e nas comunicações com a CVM e com o mercado (art. 18 da Instrução) quanto para fiscalizar o emprego dos recursos obtidos com a distribuição pública de CEPAC nas intervenções das operações urbanas consorciadas, bem como acompanhar o andamento das

referidas intervenções e assegurar a suficiência e veracidade das informações que serão periodicamente prestadas pelo município ao mercado (art. 9º).

Observa-se, assim, que a emissão e gestão dos CEPAC é atividade de grande complexidade e, aponte-se, de elevado custo financeiro²⁹⁵. A avaliação da viabilidade da implantação do projeto urbanístico de uma operação urbana consorciada utilizando-se tal título, desta forma, deverá ser realizada em cada caso, tendo em vista os aspectos urbanísticos e econômicos da intervenção pretendida.

A aferição de tal viabilidade, por sua vez, deve ser realizada tendo em vista exatamente a razão para sua criação, que acaba sendo sua grande vantagem operacional: a possibilidade de arrecadação antecipada de recursos para a implantação do projeto urbanístico da operação urbana consorciada, especialmente os havidos em razão da comercialização de potencial construtivo adicional. É importante, ainda, que tanto nas hipóteses em que CEPAC são emitidos e distribuídos todos de uma única vez²⁹⁶, como ocorreu no Projeto Porto Maravilha, do Rio de Janeiro, como nas em que tal medida ocorre em diversas etapas, padrão de atuação nas operações urbanas realizadas no Município de São Paulo, deve haver, sempre, uma fórmula que permita que a sua valorização seja em parte capturada pelo Poder Público, tendo em vista o princípio urbanístico da justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização. Nada mais correto: com a implantação das obras de infraestrutura de cada operação urbana, a tendência é que haja maior investimento privado no local, o que faz com que o valor do metro quadrado dos imóveis da área de se eleve. O Poder Público deve poder recuperar parte desta valorização, que, como visto, resultará em numerário a ser reinvestido na própria operação urbana consorciada.

A recuperação desta valorização pode dar-se, no mecanismo da utilização dos CEPAC, de diversas maneiras. No caso da realização de distribuições fracionadas do total de CEPAC previstos na lei especial, por exemplo, deve haver um mecanismo de atualização de seus valores mínimos a serem exigidos no correspondente leilão, isto é, os valores mínimos de comercialização do título devem estar adequados ao valor do metro quadrado

²⁹⁵ Somente à guisa de exemplo, a 4ª distribuição de CEPAC da Operação Urbana Consorciada Faria Lima, realizada no ano de 2015, com expectativa de arrecadação de R\$ 960.840.190,30, teve custo de distribuição a ser recolhido ao Banco do Brasil e à Caixa Econômica Federal (as instituições responsáveis pela escrituração e pela fiscalização da emissão, de contratação obrigatória pela Instrução CVM n. 401/2013, de R\$ 13.250.327,85. Disponível em: <<http://migre.me/vLAsx>>. Acesso em: 28 set. 2016.

²⁹⁶ Edital do leilão do lote único e indivisível de todos os CEPAC da Operação Urbana Consorciada Poder Maravilha. Disponível em: <<http://migre.me/vLAtm>>. Acesso em: 04 dez. 2016.

praticado no território da operação urbana consorciada. Outro método de captura desta valorização é haver mecanismos próprios na fórmula de conversão do título CEPAC em metros quadrados - no momento da aprovação de cada projeto de empreendimento privado, o empreendedor transforma determinadas quantidades de CEPAC em metros quadrados, mediante conversão constante em fórmula estipulada em lei, que deve conter em si o competente mecanismo de atualização da conversão tendo em vista o valor do metro quadrado de terreno no local do empreendimento.

Ainda sobre os CEPAC e suas possibilidades de utilização, é possível que a lei da operação urbana consorciada especifique setores no território de intervenção com específicas fórmulas de conversão e com estoques próprios de CEPAC a si vinculáveis. Tal condição, por sua vez, permite manobrar a oferta e escassez do título de modo a não só obter maior retorno financeiro em sua comercialização e vinculação como também na indução de desenvolvimento de parcelas específicas do perímetro de abrangência da operação urbana consorciada, tanto no tempo, permitindo a vinculação progressiva de CEPAC em parcelas do território, por exemplo, como no desenho urbano pretendido, aumentando ou diminuindo o índice da conversão de CEPAC de acordo com a tipologia do empreendimento e suas condições de instalação, por exemplo.

Tendo em vista seu conteúdo financeiro, e caso haja previsão específica na lei da operação urbana consorciada e a atividade seja pertinente aos seus objetivos e programa de intervenções, os CEPAC poderão ser utilizados em situações complementares às genericamente previstas no art. 34 do Estatuto da Cidade (alienação em leilão ou utilização diretamente no pagamento das obras necessárias à própria operação). De fato, a Instrução CVM n.º 401/2003, em seu art. 13, prevê sua utilização para regularização fundiária, execução de programas e projetos habitacionais de interesse social, constituição de reserva fundiária, ordenamento e direcionamento da expansão urbana, implantação de equipamentos urbanos e comunitários, criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes, criação de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse ambiental e proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico. Este rol, tanto pelo caráter genérico de alguns de seus termos, tanto pela competência atribuída ao Município pela Constituição Federal e pelo próprio Estatuto da Cidade, é meramente exemplificativo - demonstrada a conveniência da medida e a sua adequação ao projeto urbanístico da operação urbana consorciada, os CEPAC poderão ser utilizados, por exemplo, para pagamento de desapropriações amigáveis, ou para aporte de valores em fundos de investimento imobiliário

ou fundos de investimento em participação²⁹⁷. O que se mostra importante, reitera-se, é que seja demonstrada a vinculação de sua utilização ao projeto urbanístico da lei específica da operação urbana consorciada, fato que será devidamente atestado pela Comissão de Valores Mobiliários ao autorizar as respectivas emissões do título.

2.5.4 Operação Urbana Consorciada e a transformação ou qualificação do território urbano

A operação urbana consorciada é instrumento jurídico-urbanístico que tem sido utilizado por várias grandes e médias cidades brasileiras para a tentativa de implantação de projetos urbanísticos²⁹⁸. A razão a tanto parece ser a sensação de que a mera possibilidade de alteração de parâmetros urbanísticos ordinários, com a finalidade de atrair investimentos do mercado imobiliário, pode gerar um círculo virtuoso de desenvolvimento, o que é desmentido pela realidade²⁹⁹.

A grande questão que se apresenta é que, a exemplo de todos os instrumentos jurídico-urbanísticos, a operação urbana consorciada depende de um planejamento urbanístico eficiente para que se viabilize. Os estudos econômicos, sociais, ambientais, jurídicos etc. devem indicar não só a viabilidade formal da implantação da intervenção urbanística nos termos planejados como também demonstrar que as condições específicas

²⁹⁷ “SPE [Sociedades de Propósito Específico] e FII [Fundos de Investimento Imobiliário] podem ser usados para instrumentalizar a colaboração público-privada em empreendimentos previstos em planos urbanísticos, de acordo com uma estrutura em que o capital de cada um deles pode ser integralizado não somente com recursos captados no mercado, mas com imóveis oferecidos pelos proprietários que aderirem ao plano e com bens desapropriados pela Administração para a efetivação da renovação urbana. Da parte do setor privado, não há dúvida sobre essa possibilidade de utilização de tais instrumentos, pois eles já são utilizados com grande eficácia para a exploração da atividade imobiliária. Do lado do setor público, conquanto ainda não sejam uma opção frequente, tais instrumentos são perfeitamente adequados para a realização dos fins almejados em planos urbanísticos, sobretudo nos espaços destinados ao uso privado.” (BREGA, José Fernando Ferreira. *O público e o privado na implantação de planos de renovação urbana. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 4, jan. 2014. p. 175).

²⁹⁸ Além das operações urbanas consorciadas paulistanas (Água Branca, Água Espreiada, Faria Lima), é possível citar a Porto Maravilha (Rio de Janeiro/RJ); a Linha Verde, de Curitiba; Centro de Niterói (Niterói/RJ); Tietê I e II (Osasco/SP); Lagoa do Papicu (Fortaleza/CE); Joana Bezerra (Recife/PE); Lomba do Pinheiro (Porto Alegre/RS); São Bernardo do Campo (São Bernardo do Campo/SP), entre outras.

²⁹⁹ Como exemplo, o projeto de lei da Operação Urbana Consorciada Água Branca, encaminhado pelo Executivo à Câmara Municipal de São Paulo após minucioso estudo urbanístico e econômico, previa um valor mínimo de R\$ 800,00 para os CEPAC não residenciais (Projeto de Lei n. 505/2012, do Executivo. Disponível em <<http://documentacao.camara.sp.gov.br/iah/fulltext/projeto/PL0505-2012.pdf>>. Acesso em 08 dez. 2016). No substitutivo apresentado pela Câmara de Vereadores, sem que tenha havido amplo estudo para avaliação do impacto da medida, este valor foi alçado a R\$ 1.600,00 (Disponível em: <<http://documentacao.camara.sp.gov.br/iah/fulltext/substitutivo/SPL0505-2012.pdf>>. Acesso em: 08 dez. 2016). O resultado desta medida foi o fracasso no leilão de CEPAC realizado pelo Município (RIBEIRO, Bruno. *Cepacs da Operação Urbana Água Branca Encalham*. O Estado de São Paulo, 16 mar 2015. Disponível em <<http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,cepacs-da-operacao-agua-branca-encalham,1651398>>. Acesso em: 08 dez. 2016).

de parcelamento, uso e ocupação do solo propostas serão atrativas ao mercado imobiliário e, ao mesmo tempo, capazes de orientar um desenvolvimento urbano sustentável, nos termos definidos no plano diretor. Estes estudos, ainda, devem ser conduzidos de forma pública, em processos administrativos transparentes e marcados pela atuação consensual da Administração Pública, a fim de que as decisões do Poder Público no tocante às definições fundamentais de seu projeto urbanístico não seja capturada por interesses privados.

Atendidos estes requisitos de suficiência formal e material, o projeto de operação urbana consorciada terá condições mínimas de promover a transformação ou requalificação do território. Evidencia-se, contudo, que mesmo este instrumento, destinado a implementar regulação específica para determinadas parcelas município, terá por finalidade última promover uma política de desenvolvimento urbano que seja compatível com o planejamento urbanístico global veiculado por intermédio do plano diretor. A transformação ou requalificação local, impulsionada pela atuação concertada entre Poder Público e particulares, deve ser útil a desenvolver o município globalmente.

2.6 Desapropriação urbanística

2.6.1 Breve esboço histórico

A regulação jurídica do direito de propriedade ganhou importância especialmente a partir das chamadas revoluções liberais. Inserido entre os direitos humanos de primeira geração, que têm como titulares os indivíduos e não a sociedade ou a coletividade, a normatização de proteção à propriedade se apresentou como uma espécie de símbolo de resistência ao poder (antes virtualmente irrestrito) do Estado, verdadeira resposta filosófico-política às demandas da burguesia ascendente. Uma das preocupações desta regulação era, como é razoável supor, a descrição das hipóteses em que seria possível a expropriação por parte do Estado.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, caracteriza o direito à propriedade como “inviolável e sagrado”, e estabelece que “ninguém pode ser privado dela, a não ser quando a necessidade pública, legalmente constatada, o exigir de uma maneira clara e sob a condição de uma justa e prévia indenização”³⁰⁰. A ideia, adequada ao novo

³⁰⁰ No texto da Declaração: “Os representantes do povo francês, reunidos em Assembleia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e

momento político então vigente, rapidamente se espalha por todo continente europeu³⁰¹, e a exigência da justa causa e da prévia indenização apresentam-se como medidas ordinárias de limitação do poder estatal.

Em nosso país, a primeira disposição normativa a tratar deste tema foi o Decreto de 21 de maio de 1821³⁰², que regula atuação do poder público, e “prohíbe tomar-se a qualquer, cousa alguma contra a sua vontade, e sem indenização”. Em que pese não haver uso da expressão “desapropriação”, o regramento trata da venda forçada ao Império, e como tal se realizaria. Na Constituição de 25 de março de 1824, primeira Constituição do Brasil independente, o art. 179 traz, em seu inciso XX, a seguinte redação³⁰³:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. [...]
XX. É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indemnizado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indenização.

A despeito de novamente não haver menção expressa ao termo “desapropriação”, os elementos referentes à indenização prévia mais uma vez são destacados, cabendo à legislação ordinária estipular as situações de “bem público, legalmente verificado”. O Ato Adicional de 1834, que expõe a disputa entre liberais e conservadores na política imperial, finalmente traz a expressão, e define ser competência das novas Assembleias Legislativas Provinciais legislar “sobre os casos e a forma por que pode ter lugar a desapropriação por utilidade municipal ou provincial”³⁰⁴.

sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral. Em razão disto, a Assembleia Nacional reconhece e declara, na presença e sob a égide do Ser Supremo, os seguintes direitos do homem e do cidadão: [...] Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão. [...] Art. 17.º Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização.” Disponível em: <<http://migre.me/vLAuL>>. Acesso em: 29 set. 2016.

³⁰¹ Com pequenas variações dos termos utilizados, as ordens jurídicas vão incorporando tal previsão: necessidade pública, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789; utilidade pública, no Código Napoleônico (art. 543); causa justificada de utilidade comum, Constituição Espanhola de 1837; necessidade pública e urgente, na Constituição de Portugal de 1822.

³⁰² Decreto de 21 de maio de 1821. Disponível em: <<http://migre.me/vLAvv>>. Acesso em: 30 set. 2016.

³⁰³ Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. Disponível em: <<http://migre.me/vLAW2>>. Acesso em: 30 set. 2016.

³⁰⁴ O Ato Adicional de 1834 foi a primeira emenda constitucional editada no Brasil, e teve como contexto o período da Regência Trina, de grande atribuição política e social. Sua principal preocupação era pacificar os movimentos sediciosos que eclodiam em todo país, e atender à demanda da elite de agricultores brasileiros era

As constituições republicanas trataram o tema da desapropriação - como exemplo, a Carta de 1891 prevê a possibilidade de desapropriação nos casos de necessidade ou utilidade pública, mediante prévia indenização (art. 72, §17). Sob a égide desta Constituição foi promulgado o primeiro Código Civil brasileiro (Lei 3071/1916), que informa ser a desapropriação caso de “perda da propriedade”, disciplinando os casos de necessidade e utilidade pública.

A Constituição Federal de 1934 trouxe interessante disposição: em seu artigo 113, item 17, dispôs ser “garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. [...]”. A primeira menção à função social da propriedade, muito menos intensa que a contemplada na Constituição Federal de 1988, contudo, teve vida curta: em 1937, Getúlio Vargas implantou o Estado Novo, e outorgou uma nova Constituição, com grande fortalecimento do poder estatal. No tocante à desapropriação, em seu artigo 122, item 14, assegurou “o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia” e determinou que o “seu conteúdo, e os seus limites serão definidos nas leis que lhes regularem o exercício”. Observa-se que a redação excluiu a menção à indenização justa, conforme estabelecia o texto constitucional anterior.

Sob a vigência deste texto constitucional, editou-se o Decreto-Lei 1283 de 1938, em que a competência para fazer a declaração de necessidade ou utilidade pública passa ao Executivo, proibindo-se ao Judiciário a avaliação de sua efetiva existência³⁰⁵ e o ainda vigente Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de Junho de 1941, que “dispõe sobre desapropriações por utilidade pública”. A menção à desapropriação por interesse social surge, por sua vez, na Constituição de 1946 (art. 141, § 16º)³⁰⁶, bem como a possibilidade de indenização por títulos da dívida pública, exclusivamente para fins de reforma agrária³⁰⁷. Sob a vigência desta

medida de grande ordem prática. Ainda que os presidentes das províncias continuassem a ser designados pelo poder central, o aumento das competências das assembleias legislativas provinciais e a suspensão do exercício do Poder Moderador auxiliarem nesta missão. Informações sobre o contexto da edição do Ato Adicional de 1834: SOUSA, Rainer Gonçalves. "**Regências Trinas**"; Brasil Escola. Disponível em <<http://migre.me/vLAWm>>. Acesso em: 04 dez. 2016. O Ato Adicional de 1834 está disponível em: <<http://migre.me/vLAXB>>. Acesso em 04 dez. 2016.

³⁰⁵ Decreto-Lei nº 1.283, de 18 de Maio de 1939. Disponível em: <<http://migre.me/vLayJ>>. Acesso em: 04 out 2016.

³⁰⁶ "Art. 141 – A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos seguintes termos: (...) § 16. - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro."

³⁰⁷ Em verdade, o dispositivo do texto constitucional que introduzia esta novidade trazia outros enunciados, igualmente importantes. Provavelmente inspirado na Constituição do México de 1917 e na Constituição da

Constituição, é editada a Lei 4132, de 10 de setembro de 1962, que até hoje regulamenta a desapropriação por interesse social.

A Constituição de 1967, em seu art. 150, § 22, praticamente repetiu o texto do texto constitucional predecessor, tendo o Ato Institucional n. 9, de 25 de abril de 1969, suprimido o dever de prévia indenização nos casos de desapropriação por interesse social³⁰⁸. O texto da Constituição Federal de 1988, finalmente, é a base da análise realizada doravante.

O que se procurou demonstrar nesta seção introdutória ao tema da desapropriação é o fato de que a origem do instituto tem o caráter de reação liberal ao poder estatal, isto é, sua gênese está ligada a demandas que pressupõe a garantia da propriedade como elemento central e estruturador do ordenamento jurídico, decorrendo de tal realidade a interpretação de todo o regramento relacionado à desapropriação. Em nosso país, que viveu grandes períodos de sua história sob regimes ditatoriais, esta leitura do instrumento, que dá relevo à sua função de garantia em face do arbítrio estatal, por muito tempo ocluiu completamente as possibilidades de sua interpretação em termos mais adequados às suas possibilidades, especialmente no tocante à implantação de projetos urbanísticos. A lentidão dos avanços normativos sobre o tema pode ser atestada até mesmo pela sua regência básica, realizada por diplomas já com quase um século em vigor - considerando-se o conhecido furor legislante de nosso Parlamento, um tema tão relevante manter-se com a regulação praticamente intacta por tanto tempo demonstra a dificuldade em realizar-se esta releitura.

A resistência em utilizar-se o instituto da desapropriação no Brasil, além dos fatores de cunho filosófico, inclui razões de ordem prática, tais como a demora no pagamento dos precatórios formados a partir da fixação da indenização após o trânsito em julgado do processo judicial e um histórico de avaliações deficientes dos bens desapropriados. A desapropriação urbanística, como se verá, sofre ainda maior resistência, pois nela se aventa

República Alemã de 1919 (Constituição de Weimar), este texto continha expressa menção de que o uso da propriedade estaria condicionado ao bem-estar social, devendo o Estado promover a sua justa distribuição (inclusive mediante desapropriação) para prover o bem comum [também valeria incluir a citação]. As indenizações das benfeitorias necessárias e úteis, por fim, seriam pagas em dinheiro. No texto constitucional: "Art 147 - O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos. § 1º Para os fins previstos neste artigo, a União poderá promover desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento da prévia e justa indenização em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária, segundo índices fixados pelo Conselho Nacional de Economia, resgatáveis no prazo máximo de vinte anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação a qualquer tempo, como meio de pagamento de até cinquenta por cento do Imposto Territorial Rural e como pagamento do preço de terras públicas. [...] § 4º A indenização em títulos somente se fará quando se tratar de latifúndio, como tal conceituado em lei, excetuadas as benfeitorias necessárias e úteis, que serão sempre pagas em dinheiro".

³⁰⁸ Ato Institucional n. 09, de 25 de Abril de 1969. Disponível em: <<http://migre.me/vLAzn>>. Acesso em: 06 out. 2016.

ou a apropriação do bem pelo Estado para sua posterior reprivatização ou, a própria desnecessidade de incorporação do bem desapropriado ao patrimônio público, medida que, apesar de típica da implantação de projetos urbanísticos, dá azo ao discurso de que o Estado se alinha ao capital do mercado imobiliário para a indevida maximização dos seus lucros, em detrimento do bem-estar da população. A leitura do instrumento, desta feita, deve ser realizada sob este complexo panorama.

2.6.2 Aspectos gerais do instituto da desapropriação

Inicialmente, é preciso asseverar que não se pretende tratar de todos os aspectos concernentes ao instituto, medida que demandaria aprofundamento não compatível com este estudo. Nestes termos, observa-se que a competência para legislar sobre desapropriação é da União (art. 22, inc. II), que, nos termos do art. 5º, XXIV, estabeleceu o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos na própria Constituição: a desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, indenizável mediante títulos da dívida agrária (art. 184) e a do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, na qual a indenização se dará mediante pagamento com títulos da dívida pública, de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais (art. 182, § 4º)³⁰⁹.

A regência legal do tema das desapropriações, no Brasil, como já asseverado, é dada basicamente por dois diplomas: o Decreto-Lei n. 3365/1941, que dispõe sobre a desapropriação por utilidade pública, e a Lei n. 4132/1962, que define os casos de desapropriação por interesse social e dispõe sobre sua aplicação³¹⁰. As principais diferenças

³⁰⁹ O art. 182 traz duas disposições versando sobre o tema da desapropriação – a primeira estabelece que as desapropriações dos imóveis urbanos serão feitas mediante prévia e justa indenização em dinheiro (§ 3º do art. 182) e a segunda dispõe que os títulos da dívida pública serão utilizáveis para o pagamento da desapropriação do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado sujeito à sanção por não cumprimento da função social (§ 4º do art. 182). Além da caracterização da desapropriação do § 4º como uma verdadeira sanção, o que difere no tocante ao objeto a ser desapropriado chama a atenção: em um dispositivo, fica esclarecido que os proprietários dos “imóveis” desapropriados serão indenizados previamente e em dinheiro, enquanto no outro a sanção prevista acarretará a desapropriação do “solo” urbano. Tal poderá indicar, eventualmente, que as benfeitorias do imóvel desapropriado utilizando-se o mecanismo sancionador do § 4º em sua totalidade (isto é, incluindo o pagamento do solo com títulos da dívida pública) deverão seguir a regra do pagamento prévio e em dinheiro.

³¹⁰ Também interessa a este estudo o Decreto-Lei n. 1075/1970, que regula a imissão de posse, *initio litis*, em imóveis residenciais urbanos.

entre o regramento trazido nestes diplomas são o prazo de vigência do decreto que declara a utilidade pública (5 anos - art. 10 do DL n. 3365/1941) e do que declara o interesse social na desapropriação (2 anos - art. 3º da Lei n. 4132/1962) - findos estes prazos, somente poderá ser realizada nova declaração de utilidade ou interesse público após um ano da caducidade da primeira -, e o comando trazido no art. 4º da Lei de Desapropriação por Interesse Social, que expressamente prevê, como regra para esta modalidade desapropriatória, a reprivatização do bem desapropriado (“Art. 4º Os bens desapropriados serão objeto de venda ou locação, a quem estiver em condições de dar-lhes a destinação social prevista.”). A Lei n. 4132/1962, ainda, expressamente determina ser aplicável subsidiariamente o Decreto-Lei n. 3365/1941.

A doutrina labora com a distinção entre a necessidade pública, a utilidade pública e interesse social. No dizer de FAGUNDES, é possível realizar a distinção destas modalidades na seguinte forma:³¹¹

Existe *necessidade pública* se a Administração está diante de um problema inadiável e premente, isto é, que não pode ser removido, nem procrastinado, e para cuja solução é indispensável incorporar, no domínio do Estado, o bem particular. Há *utilidade pública* quando a utilização da propriedade é conveniente e vantajosa ao interesse coletivo, mas não constitui um imperativo irremovível. Ocorre *interesse social* quando o Estado esteja diante dos chamados interesses sociais, isto é, daqueles diretamente atinentes às camadas mais pobres da população e à massa do povo em geral, concernentes à melhoria nas condições de vida, à mais equitativa distribuição da riqueza, à atenuação das desigualdades em sociedade.

As distinções apontadas interessam a este trabalho para esclarecer que a desapropriação urbanística, pela sua própria natureza, normalmente não é compatível com casos de necessidade pública. Evidentemente, haverá situações em que a utilidade pública se somará à uma situação de necessidade pública, de urgência - como, por exemplo, no caso de desapropriação de áreas invadidas em regiões sujeitas a risco geológico que estejam ocupadas irregularmente -, mas tal será excepcional. O que parece ser importante destacar, por sua vez, é o conjunto normativo formado a partir do das disposições do texto constitucional, da demais legislação de regência existente hoje sobre o tema (especialmente o Estatuto da Cidade) e estes dois diplomas legais. Sem que se pretenda esgotar o tema, tarefa que, por si, já demandaria a realização de estudo de complexidade e profundidade que extrapolariam a proposta ora em curso, é possível realizar rápidos lineamentos sobre o assunto, de modo a auxiliar a compreender o instituto da desapropriação urbanística.

³¹¹ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 287-288.

Destarte, são consideradas hipóteses de utilidade pública autorizadas de desapropriação, nos termos do Decreto-Lei n. 3365/1941:

Art. 4º A desapropriação poderá abranger a área contígua necessária ao desenvolvimento da obra a que se destina, e as zonas que se valorizarem extraordinariamente, em consequência da realização do serviço. Em qualquer caso, a declaração de utilidade pública deverá compreendê-las, mencionando-se quais as indispensáveis à continuação da obra e as que se destinam à revenda.

Parágrafo único. Quando a desapropriação destinar-se à urbanização ou à reurbanização realizada mediante concessão ou parceria público-privada, o edital de licitação poderá prever que a receita decorrente da revenda ou utilização imobiliária integre projeto associado por conta e risco do concessionário, garantido ao poder concedente no mínimo o ressarcimento dos desembolsos com indenizações, quando estas ficarem sob sua responsabilidade.

Art. 5º Consideram-se casos de utilidade pública:

- a) a segurança nacional;
- b) a defesa do Estado;
- c) o socorro público em caso de calamidade;
- d) a salubridade pública;
- e) a criação e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência;
- f) o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica;
- g) a assistência pública, as obras de higiene e decoração, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais;
- h) a exploração ou a conservação dos serviços públicos;
- i) a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o parcelamento do solo, com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; a construção ou ampliação de distritos industriais;
- j) o funcionamento dos meios de transporte coletivo;
- k) a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza;
- l) a preservação e a conservação adequada de arquivos, documentos e outros bens moveis de valor histórico ou artístico;
- m) a construção de edifícios públicos, monumentos comemorativos e cemitérios;
- n) a criação de estádios, aeródromos ou campos de pouso para aeronaves;
- o) a reedição ou divulgação de obra ou invento de natureza científica, artística ou literária;
- p) os demais casos previstos por leis especiais.

As razões de interesse social para a desapropriação, trazidas na Lei n. 4132/1962, são as seguintes:

Art. 2º Considera-se de interesse social:

I - o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deve ou possa suprir por seu destino econômico; [...]

III - o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola:

IV - a manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais de mais de 10 (dez) famílias;

V - a construção de casa populares;

- as terras e águas suscetíveis de valorização extraordinária, pela conclusão de obras e serviços públicos, notadamente de saneamento, portos, transporte, eletrificação armazenamento de água e irrigação, no caso em que não sejam ditas áreas socialmente aproveitadas;

VII - a proteção do solo e a preservação de cursos e mananciais de água e de reservas florestais.

VIII - a utilização de áreas, locais ou bens que, por suas características, sejam apropriados ao desenvolvimento de atividades turísticas.

Numa análise conjunta dos textos normativos, partindo do disposto na Lei n. 4132/1962, temos o seguinte:

a) o inciso I do art. 2º da Lei de Desapropriação por Interesse Social trata de tema hoje também regulado também pelo disposto no § 4º do art. 182 da Constituição Federal e nos arts. 5º e 6º da Lei n. 10.257/2001, sendo diretamente ligado ao aproveitamento da propriedade imobiliária urbana tendo em vista sua função social. A desapropriação dos imóveis urbanos não cumpridores da função social, desta forma, pode ser realizada por ambos métodos - desapropriação-sanção ou desapropriação por interesse social. É de apontar-se, ainda, que as hipóteses trazidas no inciso guardam relação com a alínea “e” do Decreto-Lei n. 3365/1941, que arrola como hipótese de declaração de utilidade pública a “criação e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência”;

b) a autorização legal para que seja realizada desapropriação para fins de providenciar o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola (inc. III do art. 2º) parece ser espécie da autorização já concedida na alínea “m” do art. 5º da Lei de Desapropriações: a construção de edifícios públicos;

c) a Lei n. 4.132/1962 prevê a possibilidade de desapropriação de terrenos urbano em que, por tolerância tácita ou expressa do proprietário, tenham sido construídas habitações por posseiros, formando núcleos residenciais com mais de 10 (dez) famílias. Esta hipótese hoje se aproxima dos §§ 4º e 5º do art. 1248 do Código Civil, que assim dispõe:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. [...]

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

No caso da desapropriação prevista na Lei n. 4132/1962, o Poder Público promove o processo expropriatório segundo o rito tradicional do instrumento, com declaração de interesse social, ajuizamento da ação competente etc., sendo certo que o dispositivo do diploma civilista trata de defesa a ser realizada em ação reivindicatória. A aproximação se dá ao se verificar que, a despeito do fundamento do interesse social na manutenção das famílias poder dar ensejo à atuação expropriatória do Poder Público, a previsão do art. 4º da Lei de Desapropriação por Interesse Social (“os bens desapropriados serão objeto de venda ou locação, a quem estiver em condições de dar-lhes a destinação social prevista”) parece não indicar solução satisfatória para famílias de baixa renda que possam ser beneficiadas por esta intervenção estatal. De fato, os ocupantes das áreas eventualmente desapropriadas podem não ter condições sequer de arcar com custos de aluguel - aliás, é este dado que normalmente leva milhares de famílias a viver em áreas sem qualquer infraestrutura e condições de salubridade. Nestes termos, em que pese algumas críticas que vem sofrendo o dispositivo do Código Civil³¹², e o fato de ser este uma mistura entre os institutos da desapropriação e da usucapião, tal parece ser útil a viabilizar esta modalidade de regularização fundiária, de cunho evidentemente social, pois autoriza que o bem imóvel perdido pelo proprietário original seja prontamente registrado em nome dos possuidores.

d) a possibilidade jurídica de implementar-se a desapropriação para construção de casas populares (inc. V) guarda relação com o disposto nas alíneas “e” (criação de centros de população) e “i” (a execução de planos de urbanização e parcelamento do solo, com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica) do art. 5º do Decreto-Lei n. 3365/1941. Neste caso, a possibilidade de revenda dos bens trazida na Lei n. 4132/1962 afigura-se ainda mais importante, haja vista expressamente prever *a priori* o ciclo de reprivatização do bem público oriundo de processo de desapropriação realizado sob este fundamento, possibilitando, assim, o estabelecimento mecanismos jurídicos de parcerias

³¹² “Hão de ser declaradas inconstitucionais as regras apontadas nos §§4º e 5º do artigo 1228 do CC/02, pois abalam o direito de propriedade, incentivando a invasão de glebas urbanas e rurais criando uma forma nova de perda de direito de propriedade, mediante arbitramento judicial de uma indenização, nem sempre justa e resolvida a tempo, impondo dano ao proprietário que pagou os impostos que incidiam sobre a gleba.” (MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de Direito Civil: Direito das Coisas**. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 87-90). Além disso, o Estatuto da Cidade previu o instituto da usucapião coletiva (art. 10), que torna a utilização desta previsão da Lei de Desapropriação por Interesse Social restrita a ainda menos hipóteses. Com efeito, na hipótese de tolerância tácita, que pressupõe a falta de adoção de qualquer providência para a reintegração da posse, a consequência seria a usucapião coletiva do terreno, não havendo dever de indenizar o antigo proprietário. Restaria, então, a hipótese da tolerância expressa (isto é, a inação do proprietário ciente da ocupação ou mesmo a viabilização desta pelo dono do imóvel). Nestes casos, contudo, é preciso atentar para que o Poder Público não seja utilizado para estimular a ocupação irregular de terrenos urbanos: ao aceitar a ocupação com o parcelamento irregular de seu terreno, pode o proprietário, em verdade, estar buscando contornar as exigências das leis de parcelamento do solo.

com o setor privado para o cumprimento destas atribuições. Destaca-se, ainda, o previsto no § 3 do art. 5º do Decreto-Lei n. 3365/1941, que veda a trestinação ou retrocessão do imóvel desapropriado para implantação de parcelamento popular, destinado às classes de menor renda: o objetivo da lei, neste ponto, é fazer com que o bem desapropriado seja de fato destinado a esta utilização, evitando-se, ainda, que por qualquer motivo a Administração Pública desista da intervenção pretendida, restituindo o bem ao desapropriado;

e) o inciso VI da Lei de Desapropriação por Interesse Social traz a hipótese da desapropriação por zona, dispondo ser lícito ao Poder Público desapropriar - com o específico objetivo, como visto, de revender ou locar - as terras e águas suscetíveis de valorização extraordinária, pela conclusão de obras e serviços públicos, notadamente de saneamento, portos, transporte, eletrificação, armazenamento de água e irrigação, no caso em que ditas áreas não sejam socialmente aproveitadas. Esta hipótese parece ser ainda mais ampla, em termos de autorização à Administração Pública, que a trazida no art. 4º do Decreto-Lei n. 3365/1941, a qual prevê a medida para as áreas contíguas necessárias ao desenvolvimento das obras que fundamentaram qualquer desapropriação, bem como das zonas que se valorizarem extraordinariamente, em consequência da realização do serviço. Na Lei de Desapropriação por Interesse Social, as áreas desapropriáveis são as “suscetíveis de valorização extraordinária”, não necessariamente contíguas ao imóvel que receberá a obra pública. Mais que isso: a Lei de Desapropriação por Interesse Social refere-se também à valorização advinda da prestação de serviços pelo Poder Público, o que aumenta o conjunto de fundamentos legais à utilização do instrumento;

f) a desapropriação por interesse social pode também ser utilizada para fins de preservação e conservação ambiental (inc. VIII do art. 2º). O Decreto-Lei n. 3.365/1941 não dispõe de permissivo específico para este tipo de desapropriação, sendo tal cabível, contudo, nas hipóteses em que se mostre necessária para as demais finalidades do instrumento previstas no rol do art. 5º (por exemplo, para implantação de planos de urbanização);

g) também é possível utilizar a desapropriação por interesse social para garantir que áreas, locais ou bens que, por suas características, sejam apropriados ao desenvolvimento de atividades turísticas. Interessa, no tocante a esta hipótese, lembrar que esta finalidade (desenvolvimento de atividades turísticas) é considerada pela lei como de interesse social, sendo as áreas, locais ou bens desapropriados, portanto, aptos a serem alienados ou locados a quem lhes der esta destinação. Ainda que o Decreto-Lei n. 3.356/1941 disponha que a desapropriação por utilidade pública possa ser utilizada para a preservação e conservação

dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais e para a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza (alínea “k” do art. 5º), tal dispositivo parece indicar que a desapropriação é realizada para que o bem fique sob o domínio do próprio Poder Público, laborando, portanto, em consonância com o art. 19 do Decreto-Lei n. 25/1937³¹³.

As hipóteses autorizadoras dos processos de desapropriação arroladas retro demonstram que a legislação de regência buscou limitar as condições de utilização do instrumento, de modo a vincular a atuação do Poder Público a uma listagem preordenada de condições que ensejariam a medida. Isso se deve, como já asseverado, à preocupação com a defesa da propriedade frente ao arbítrio estatal, e surge como verdadeira origem da criação do processo de desapropriação como modo de atuação estatal para a obtenção de bens particulares independentemente de seu consentimento.

Os termos genéricos trazidos nos róis legais, contudo, acaba por transfigurar a listagem de garantia dos cidadãos em autorizações genéricas para a práticas expropriatórias por parte do Estado. Conceitos juridicamente indeterminados (como “segurança nacional”) ou hipóteses em que diversas medidas poderiam ser adotadas para a obtenção dos resultados pretendidos (como “a exploração ou a conservação dos serviços públicos”) fazem com que ganhe em importância a processualização dos procedimentos decisórios dos atos administrativos, permitindo a avaliação tanto dos fundamentos que levaram à demanda por sua edição quanto os que constituíram o suporte para a decisão final da Administração. Com efeito, ENTERRÍA utiliza uma figuração a fim de explicar que os conceitos jurídicos indeterminados têm um núcleo, no qual indiscutivelmente o objeto conceituado se encontra, um espaço de imprecisão, no qual a discricionariedade administrativa seria exercitável, e um halo, que delimitaria o que está definitivamente fora do conceito³¹⁴, cabendo, no direito

³¹³ “Art. 19. O proprietário de coisa tombada, que não dispuser de recursos para proceder às obras de conservação e reparação que a mesma requerer, levará ao conhecimento do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional a necessidade das mencionadas obras, sob pena de multa correspondente ao dobro da importância em que for avaliado o dano sofrido pela mesma coisa. § 1º Recebida a comunicação, e consideradas necessárias as obras, o diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional mandará executá-las, a expensas da União, devendo as mesmas ser iniciadas dentro do prazo de seis meses, ou providenciará para que seja feita a desapropriação da coisa. [...]”

³¹⁴ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **Democracia, Jueces y Control de la Administracion**. 5. ed. Madrid: Civitas, 2000. p. 244-245. BINENBOJM explica que, no controle judicial da aplicação de atos administrativos baseados em conceitos jurídicos indeterminados, o magistrado não deve controlar se o resultado da operação foi “correto”, mas sim se foi motivado e justificado, tornando-se “sustentável”. Nas palavras do autor, “o parâmetro para se verificar se a interpretação e a aplicação dadas foram sustentáveis é construído a partir das circunstâncias fáticas do caso concreto em cotejo com os princípios constitucionais e legais da Administração Pública”. (BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 236-237).

urbanístico, e especificamente na desapropriação urbanística, a definição sobre estar ou não o fundamento da desapropriação albergado pelo dispositivo legal invocado nas razões expostas no respectivo processo administrativo que dá suporte ao projeto urbanístico desencadeador da medida. Para a desapropriação urbanística, como se verá, é especialmente importante esta medida: a publicidade e transparência dos procedimentos tendentes à expropriação estatal (diretamente ou por intermédio de seus delegados) para a implantação de projetos urbanísticos é o que possibilitará a aferição da aderência entre o motivo da declaração de utilidade pública ou interesse social e as finalidades da prática da medida.

A declaração de utilidade pública ou interesse social do bem desapropriado gera, ainda, consequências jurídicas importantes. A primeira delas, prevista no art. 7º do Decreto-Lei n. 3365/1941, permite que as autoridades administrativas (e seus delegatários, por extensão) entrem nos imóveis apontados como de utilidade pública ou interesse social para que possam proceder aos estudos e levantamentos necessários à desapropriação. Além disso, em regra somente serão indenizáveis benfeitorias havidas antes de tal declaração. Como exceção, serão também indenizáveis as benfeitorias necessárias realizadas após este momento, assim como as úteis, desde que autorizadas pelo Poder Expropriante.

2.6.2.1 Algumas discussões importantes sobre o tema das desapropriações

Há, hoje, algumas discussões importantes sobre o tema das desapropriações que têm relevância para a configuração do que pode representar este instrumento para a política de desenvolvimento urbano do município, especificamente para a implantação de projetos urbanos.

Nesta linha de ideias, o primeiro tema a discutir é o momento em que existe a passagem do domínio do bem expropriado à pessoa que promove a desapropriação. Sobre este tópico, é conhecida a contenda sobre o momento da efetiva perda da propriedade do bem pelo desapropriado: (a) pelo decreto declaratório da utilidade pública; (b) com a expedição do mandado de imissão na posse; (c) pela sentença; (d) com o registro da sentença no Cartório de Imóveis; e (e) com o pagamento da indenização, com predominância de entendimento de que esta última hipótese é a de fato translativa da propriedade do bem desapropriado³¹⁵. A posição da doutrina parte do entendimento de que o pagamento tem o

³¹⁵ Para um panorama sobre as posições e seus defensores, cf. SOARES DE SOUZA, Fladjá Raiane. **Desapropriação: O Momento Consumativo e o Registro do Imóvel Expropriado**. Disponível em: <<http://migre.me/vLABA>>. Acesso em: 18 out. 2016.

condão de tornar definitiva a situação jurídica em discussão no processo expropriatório especialmente em razão de atender ao preceito constitucional da prévia indenização do desapropriado.

Sobre o tema, e para ilustrar uma importante divergência deste entendimento, é relevante trazer a lume o decidido no Processo n. 000.03.044447-0³¹⁶, que tramitou perante a 1ª Vara de Registros Públicos da Capital. Neste feito, o Município de São Paulo requereu que fosse decretada judicialmente a fusão da matrícula de dois imóveis dos quais era possuidor em razão de imissão na posse decretada em distintos processos de desapropriação, não tendo sido possível realizar tal medida em razão da devolução do pedido pelo competente registro de imóveis - o fundamento para a negativa do pedido da Prefeitura Municipal de São Paulo foi a distinta titularidade do domínio dos dois lotes (art. 234 da Lei Federal 6015/73³¹⁷).

A decisão trouxe considerações importantes. A primeira delas é a de que o bem público afetado é assim caracterizado pela conjugação da sua titularidade com a sua destinação a uso coletivo ou especial - os bens são públicos tendo em vista uma situação de fato, sendo certo que posse pública de um bem pode afetar a condição do imóvel também no que toca à sua titularidade. A transferência ou o trespasse de um bem pertencente ao domínio privado para o domínio público, desta forma, pode depender da conjugação de dois fatores independentes ou de apenas um deles: o formal, que se materializa pelo título (escritura, carta de sentença ou de adjudicação), e o fático ou concreto, que se expressa pela afetação, que seria sempre necessária. Nestes termos, o Poder Público não obtém patrimônio em razão da usucapião justamente porque a destinação pública é instantânea e irreversível, tendo sido este entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal no RE 84.327-SP³¹⁸. É a destinação, reiterou-se, então, que marca a irreversibilidade do patrimônio ao domínio privado.

Em continuação, destacou-se na decisão que os Juízes das Varas das Fazendas Públicas de São Paulo exigem o depósito prévio do valor integral do imóvel como condição indispensável e suficiente para a concessão da imissão provisória da posse nas ações expropriatórias. Tal medida foi adotada em razão de diversos fatores - entre eles, o da demora no julgamento definitivo da ação -, mas tem por fundamento principal o entendimento sobre

³¹⁶ Disponível em: <<http://migre.me/vLABZ>>. Acesso em: em: 18 out. 2016.

³¹⁷ “Art. 234 - Quando dois ou mais imóveis contíguos pertencentes ao mesmo proprietário, constarem de matrículas autônomas, pode ele requerer a fusão destas em uma só, de novo número, encerrando-se as primitivas.”

³¹⁸ Disponível em: <<http://migre.me/vLACk>>. Acesso em: 05 dez. 2016.

a irreversibilidade da posse pública. A imissão na posse, em verdade, caracterizaria a transferência do domínio do bem, ocorrida com a sua afetação, ou seja, a sua destinação à utilidade pública que ensejou sua desapropriação. Este entendimento, a propósito, é consoante com o disposto no art. 1.275 do Código Civil³¹⁹, que aponta a desapropriação como uma das formas de perda da propriedade, mas não a inclui em seu parágrafo único, que fixa o momento do ato registral como a circunstância temporal que determina a transferência da propriedade imobiliária - a passagem de um imóvel para o domínio público em razão de desapropriação, desta forma, não se perfaria temporalmente com o registro da carta de adjudicação que é expedida após o pagamento do valor definitivo da contenda, e sim com a destinação irreversível dada ao imóvel³²⁰.

A imissão na posse, assim, mesmo quando ainda inexistente a destinação pública, se renunciaria como um direito cujo aperfeiçoamento fático pode gerar o domínio imobiliário - não se trataria, assim, de mero registro da posse, mas de registro do próprio. Tal sentença, por fim, recebeu “efeitos normativos”, sendo então determinado aos registradores imobiliários da Comarca de São Paulo a sua observância - na maior metrópole do Brasil, destarte, tal regra já é vigente³²¹. A decisão do Judiciário paulista, ainda que restrita em seus

³¹⁹ “Art. 1.275. Além das causas consideradas neste Código, perde-se a propriedade: I - por alienação; II - pela renúncia; III - por abandono; IV - por perecimento da coisa; V - por desapropriação. Parágrafo único. Nos casos dos incisos I e II, os efeitos da perda da propriedade imóvel serão subordinados ao registro do título transmissivo ou do ato renunciativo no Registro de Imóveis.”

³²⁰ Labora a decisão, ainda no tocante ao marco regulatório hoje existente, com o contido nos §§ 4º e 5º, do art. 18, da Lei 6.766/79, na redação dada pela Lei 9.785/99, os quais determinam ser o parcelamento de área declarada de utilidade pública para fins de implantação de projeto habitacional e objeto de ação expropriatória registrável, independentemente da apresentação do título de propriedade, bastando a juntada da decisão judicial que tenha conferido a imissão provisória na posse.

³²¹ Em verdade, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já havia produzido norma com efeitos jurídicos semelhantes. No ano de 1974, por ocasião da iniciativa da então Empresa Municipal de Urbanização – EMURB de realizar a urbanização das áreas nos extremos da Linha Azul do Metrô de São Paulo utilizando-se do instrumento da desapropriação urbanística, editou-se o Provimento n. 01/1974, da E. Corregedoria Geral de Justiça, com o seguinte teor: “CONSIDERANDO que para fins de urbanização o Poder Público tem, muitas vezes, necessidade de construir edifícios em condomínio nas áreas expropriadas para subsequente alienação dos excedentes com prioridade de aquisição pelos expropriados, e para tanto depende de prévia transcrição ou inscrição dos instrumentos de aquisição amigável ou judicial dos terrenos em que serão levantados esses edifícios; CONSIDERANDO que nas desapropriações judiciais o título translativo da propriedade para o poder expropriante é a carta de sentença, só expedida depois do trânsito em julgado da decisão expropriatória, não obstante o expropriante já estar na posse do imóvel desde a imissão provisória no início da ação; CONSIDERANDO que o Poder Público e seus representantes ou contratantes poderão executar obras e edificações no imóvel objeto da desapropriação desde a imissão provisória na posse; CONSIDERANDO, finalmente, que as edificações previstas nos planos de urbanização podem consistir em edifícios de condomínio passíveis de alienações a terceiros e para tanto dependentes de inscrição prévia do título aquisitivo do terreno e do memorial e especificações da construção; RESOLVE Art. 1º - Os registros imobiliários poderão inscrever as ações expropriatórias em nome do Poder Público expropriante, desde que imitado provisoriamente na posse do imóvel, nos termos do art. 178, VII do Decreto-lei 4.857/39 e, subsequentemente, os instrumentos de cessão ou promessa de cessão de direitos relativos a essas ações a terceiros, para todos os fins da Lei 4.591/64. Art. 2º - Procedidas as inscrições, nos termos do artigo anterior, poderão ser inscritos, no livro próprio, os instrumentos a que se refere a Lei 4.591/64 para edificações em condomínio, observados os demais dispositivos

efeitos à Comarca de São Paulo, é de grande importância: a questão do tempo para a implantação de projetos urbanísticos que dependam, em algum grau, da desapropriação de imóveis para sua implementação, é um fator dos mais relevantes. A possibilidade de realizar-se incorporação imobiliária em imóveis antes do final da ação de desapropriação pode ser o elemento que viabilize a estruturação econômica de projetos urbanísticos, fato reconhecido e considerado pela Medida Provisória n. 700/2015, que, entre outras disposições, dava nova redação ao art. 5º do Decreto-Lei n. 3.365/1941, nos seguintes termos:

§ 4º Os bens desapropriados para fins de utilidade pública e os direitos decorrentes da respectiva imissão na posse poderão ser alienados a terceiros, locados, cedidos, arrendados, outorgados em regimes de concessão de direito real de uso, de concessão comum ou de parceria público-privada e ainda transferidos como integralização de fundos de investimento ou sociedades de propósito específico.

§ 5º Aplica-se o disposto no § 4º nos casos de desapropriação para fins de execução de planos de urbanização, de renovação urbana ou de parcelamento ou reparcelamento do solo, desde que seja assegurada a destinação prevista no referido plano de urbanização ou de parcelamento de solo.

A Medida Provisória 700/2015 teve sua vigência encerrada por ausência de deliberação sobre seus termos pelo Parlamento. O cerne de sua discussão, contudo, era a possibilidade de revenda de bens imóveis desapropriados pelo Poder Público ou por seus delegados, debate que se acentua na hipótese da denominada “desapropriação por zona”.

A desapropriação por zona (também chamada “extensiva”, ou “por extensão”) é prevista no “caput” do art. 4º do Decreto-Lei n. 3365/1941, que permite a desapropriação de área contígua necessária ao desenvolvimento da obra a que se destina o decreto expropriatório e das zonas que se valorizarem extraordinariamente, em consequência da realização do serviço. As condições para tais desapropriações sejam possíveis são a de que tais áreas já estejam indicadas na declaração de utilidade pública, sendo identificadas quais as indispensáveis à continuação da obra e as que se destinam à revenda.

A desapropriação realizada para posterior revenda dos terrenos é, por vezes, injustamente denominada “desapropriação especulativa”³²². Se é certo que esta modalidade

do art. 32 da referida lei. Art. 3º - Para efeito de título de filiação da propriedade objeto da inscrição condominial, deverão constar das certidões das ações expropriatórias a serem inscritas, o número da última transcrição do imóvel abrangido pela desapropriação. Publique-se e registre-se para observância por todos registros imobiliários do Estado”. O da transferência de domínio ou a possibilidade de transferência a terceiros foi judicializado, tendo culminado em decisões do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a constitucionalidade da medida, como, por exemplo, a adotada no Recurso Extraordinário n. 82.300-São Paulo, Rel. Min. RODRIGUES ALCKMIN, j. em 12/04/1978. Disponível em: <<http://migre.me/vLADJ>>. Acesso em: 23 out. 2016.

³²² Sobre o tema, cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens Públicos**: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 260 e ss.

de desapropriação não se confunde com a desapropriação urbanística - pois tem por pressuposto exatamente não haver projeto urbanístico para as zonas desapropriadas, que serão valorizadas excepcionalmente em razão da intervenção do Poder Público -, a denominação de “especulativa” não é, tampouco, correta.

Como já exposto, a desapropriação por zona tem por específico desiderato acumular terras para revenda, sem que exista, *a priori*, a necessidade de um projeto de implantação de equipamentos ou empreendimentos públicos ou privados no terreno desapropriado. Da mesma forma, o art. 2º, inc. VI da Lei n. 4132/1962 permite a desapropriação de terras e águas suscetíveis de valorização extraordinária pela conclusão de obras e serviços públicos, no caso em que ditas áreas não sejam socialmente aproveitadas - sempre lembrando que todas as desapropriações realizadas por interesse social são destinadas a venda ou locação (art. 4º da lei n. 4132/1962).

A desapropriação por zona mostra-se medida de interesse público especialmente ao permitir que, ao se realizarem as aquisições de terrenos antes de qualquer intervenção pública (são áreas “susceptíveis de valorização”), o valor a ser pago pelas propriedades desapropriadas não incorpore a excepcional valorização advinda da realização das atividades urbanísticas promovidas pela Administração Pública ou por seus delegados. Esta medida, aponte-se, é diretriz de política urbana do Estatuto da Cidade, que determina ser obrigatória a recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos (art. 2º, inc. XI).

Não se pode confundir a especulação imobiliária - prática que consiste na injusta apropriação de valores por parte dos proprietários de imóveis que deixam de dar destinação aos seus bens, aguardando a sua valorização em razão de transformação ou qualificação urbanística para a qual não contribuem - com a atuação do Poder Público que tem por escopo justamente promover os processos de desenvolvimento urbano, angariando recursos para as diversas atividades pertinentes a esta tarefa. O resultado financeiro positivo da operação de desapropriação por zona, que terá por objeto financiar as atividades urbanísticas coordenadas ou promovidas pelo Poder Público, desta forma, não pode ser confundido com o lucro indevido do especulador imobiliário, agente que labora em sentido contrário às funções sociais da cidade.

Nada impede, ainda, que as áreas objeto de desapropriação por zona sejam, por posterior decisão administrativa, objeto de intervenção promovida pelo Poder Público ou por seus delegados, que podem nela implantar equipamentos públicos ou mesmo incorporações

imobiliárias, desta feita em sede de projeto urbanístico. Não há que se alegar tredestinação por utilização do bem para finalidade diversa daquela para o qual foi desapropriado se a finalidade pública de sua destinação foi atendida³²³. Por fim, a desapropriação por zona pode ser utilizada no âmbito de um projeto que conte com desapropriações urbanísticas, conjugando-se as duas modalidades de fundamento para desapropriação para a obtenção do resultado excelente em termos de desenvolvimento urbano: a desapropriação por zona, aqui, auxiliará o financiamento das demais intervenções urbanísticas, inclusive as referentes a eventuais incorporações imobiliárias realizadas pelo Poder Público ou seus delegados, destinadas a posterior revenda aos particulares.

Outro tema controverso na discussão sobre o instituto da desapropriação é a possibilidade de avaliação do mérito da declaração de utilidade pública ou interesse social pelo Judiciário. Tal tema, contudo, será analisado no bojo das considerações realizadas sobre a desapropriação urbanística.

2.6.3 A desapropriação urbanística

O primeiro ponto a esclarecer é sobre o que compreende, para fins deste trabalho, a denominada “desapropriação urbanística”. É usual encontrar na doutrina e jurisprudência a utilização do termo “desapropriação para fins urbanísticos” para as expropriações realizadas para a implantação de projetos urbanísticos - este termo, todavia, será evitado pela simples razão que a maior parte das desapropriações acaba tendo uma finalidade urbanística - prover equipamentos públicos (hospitais, escolas), abrir ruas, implantar parques etc. são medidas que, inegavelmente, têm impacto urbanístico e remetem ao atendimento das funções sociais da cidade. São, em síntese, “desapropriações para fins urbanísticos”.

³²³ Neste sentido: RECURSO ESPECIAL REsp 814570 SP 2006/0019893-5, Data de publicação: 20/09/2010. Ementa: “ADMINISTRATIVO. E PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO. MUNICÍPIO DE CUBATÃO. TREDESTINAÇÃO LÍCITA. RETROCESSÃO. INOCORRÊNCIA 1. O Tribunal de origem, ao avaliar o conteúdo fático probatório dos autos, concluiu que não houve retrocessão, pois o imóvel recebeu destinação pública relevante. 2. A discussão sobre eventual cláusula de renúncia ao direito de preempção inserida em escritura pública de desapropriação amigável se mostra inócua após constatada a não ocorrência da retrocessão. 3. Recurso especial não provido.”. Ainda: RECURSO ESPECIAL REsp 1025801 SP 2008/0018382-1, Data de publicação: 08/09/2009. Ementa: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA. RETROCESSÃO NÃO-CARACTERIZAÇÃO. TREDESTINAÇÃO LÍCITA. 1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide. 2. O desvio de finalidade que leva à retrocessão não é o simples descumprimento dos objetivos que justificaram a desapropriação. Para que o expropriado tenha direito à devolução do imóvel, ou seja indenizado, é necessário que o Poder Público dê ao bem destinação que não atenda ao interesse público (tredestinação ilícita). Precedentes do STJ. 3. Recurso especial não provido.

Realiza-se, desta forma, a opção metodológica pela utilização do termo “desapropriação urbanística”, sendo tal caracterizada, na dicção de SILVA, como “instrumento de realização da política do solo urbano em função do planejamento urbanístico”³²⁴. Mais que a mera transferência de propriedade, a desapropriação urbanística tende a proporcionar aos lotes atingidos a destinação - podendo incluir características de ocupação e uso - prefixada pelo plano diretor ou em legislação de tal decorrente, sendo uma consequência lógica do atual sistema de disciplina jurídica dos bens imóveis, conformados pela legislação urbanística. Trata-se, ainda, de medida compreensiva e generalizável, atingindo áreas e setores completos para afetação ao patrimônio público ou de seus delegados, e posterior devolução ao mercado³²⁵. A desapropriação urbanística terá por pressuposto a aprovação de um plano urbanístico ou projeto de urbanização próprio³²⁶, sendo cabível nas seguintes hipóteses³²⁷:

[...] (a) desapropriação como sistema de atuação de planos urbanísticos; (b) desapropriação urbanística subsidiária, para aqueles casos em que os particulares não atuem de acordo com as previsões do plano ou quando assim o requeiram trabalhos de urbanificação em terrenos destinados a futuros núcleos urbanos; (c) desapropriação-sanção, revista para punir o não-cumprimento de obrigação ou ônus urbanístico imposto ao proprietário de terrenos urbanos.

A desapropriação urbanística apresenta-se, assim, como aquela destinada a implantação de projetos urbanísticos. Tendo em vista o pressuposto de que tais projetos urbanísticos têm de ser adequados às determinações fundamentais do planejamento urbanístico veiculadas por intermédio do plano diretor, as desapropriações urbanísticas terão, sempre, a finalidade última de implantar a política de desenvolvimento urbano do município, viabilizando a urbanificação do território. O seu principal traço distintivo das demais modalidades de desapropriação, nesta linha de ideias, acaba por se caracterizar como

³²⁴ SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 410. Por “política do solo urbano” entende o autor ser o conjunto de normas, instituições e institutos que disciplinam sua utilização no exercício das funções de habitar, trabalhar e recrear, isto é, que garantem sua utilização de acordo com as funções sociais da propriedade. (Ibidem, p. 163).

³²⁵ Ibidem, p. 411-413.

³²⁶ O princípio nuclear dessa atividade pública instrumentalizada pela desapropriação urbanística é o planejamento. Não é expropriação urbanística aquela que não está baseada em um plano urbanístico. No plano urbanístico estão respaldadas as declarações de utilidade pública, pois o fim da expropriação corresponde ao cumprimento rigoroso das prescrições de tal plano, sendo vedada a alteração do destino dos bens a serem expropriados. A utilidade pública está na ordenação dos espaços habitáveis, na sistematização do solo e nas operações de edificação julgadas desejáveis no interesse geral, conforme determinações de tal plano urbanístico. (BREGA, José Fernando Ferreira. O público e o privado na implantação de planos de renovação urbana. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 4, jan. 2014. p. 170).

³²⁷ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 413.

uma consequência desta condição: a desapropriação urbanística é a única que depende de uma fase prévia de processo administrativo, que atua previamente à declaração de utilidade pública ou interesse social e na qual são chamados a atuar os eventuais desapropriados e da qual, inclusive, em uma quebra de paradigma no tocante ao instrumento da desapropriação, poderá advir o questionamento do seu mérito.

De fato, como já asseverado tantas vezes neste estudo, a elaboração dos planos e projetos urbanísticos é realizada, no Brasil, necessariamente com caráter participativo, se caracterizando pela consensualidade e publicidade dos procedimentos. Os planos, como também já apontado, têm caráter mais genérico, laborando com uma escala de território que, em regra, não permite que seja elaborado o detalhamento das intervenções propostas, característica própria de projetos urbanísticos (as exceções - definições de amplos espaços de preservação ambiental, por exemplo -, confirmam a regra). Os projetos urbanísticos, desta forma, apresentam-se como unidades de planejamento em que ordinariamente serão definidos os terrenos indicados à desapropriação para fins de implantação do projeto idealizado. Em momento anterior a esta definição, contudo, os proprietários ou interessados poderão expor suas razões para que seja possível aferir ou contestar o acerto da iniciativa da Administração Pública. É estabelecido, desta forma, uma etapa do processo administrativo prévia à decretação de utilidade pública ou interesse social dos imóveis a serem desapropriados.

A decisão administrativa, por sua vez, tem que resultar deste processo: não é lícito que a determinação do planejamento urbanístico ignore as informações colhidas durante seu processo de formulação - tal não significa, evidentemente, que a Administração Pública esteja adstrita em seu agir pelas demandas individuais ou mesmo coletivas a si apresentadas: o que é necessário, como já asseverado, é que estas pretensões sejam analisadas e sopesadas com as demais informações e demandas colocadas à disposição da Administração Pública no momento do planejamento urbanístico, e que a decisão final fundamente a opção pela solução considerada mais adequada. Na falta de adesão do proprietário ao planejamento entabulado (que acarretaria, por exemplo, a realização da desapropriação amigável, ou a venda e compra do bem pelo expropriante, ou a participação do proprietário do bem atingido no empreendimento promovido pelo Poder Público etc.), as razões expostas no processo administrativo público e transparente é que possibilitarão atestar que o projeto urbanístico que legitima a desapropriação urbanística está sendo observado. Como também já exposto, o Princípio da Reserva de Plano será atendido se o veículo do planejamento for, de fato, o

processo administrativo público, consensual e transparente.

Em que pese tais observações, é possível, em tese, numa situação concreta, que o Poder Público ignore o resultante da participação dos interessados na formulação do projeto urbanístico que deu origem à decisão administrativa de desapropriar determinados imóveis - ou mesmo, em última instância, que acabe por nem realizar o apontado processo administrativo. Nestas condições, parece ser plenamente adequado que o mérito da decisão administrativa - *in casu*, a definição dos imóveis a desapropriar - seja questionado administrativa e judicialmente. A vedação trazida no art. 9º do Decreto-Lei n. 3365/1941, desta forma, deve ser entendida *cum grano salis*: além dos já reconhecidos temperamentos trazidos em função da teoria dos motivos determinantes dos atos administrativos, também deverá haver, na desapropriação urbanística, o cotejo entre o mérito da decisão do Poder Público e o resultado do planejamento urbanístico que lhe dá suporte. Mais uma vez, afigura-se imprescindível a observância dos preceitos fundamentais da gestão democrática das cidades.

A doutrina aponta que os fundamentos da desapropriação urbanística encontram-se no Decreto-Lei n. 3365/1941, em seu art. 5º, alíneas “e” (a criação e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência), “i” (execução de planos de urbanização e para o parcelamento do solo, com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética), “j” (o funcionamento dos meios de transporte coletivo) e “k” (a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza). Além destas duas hipóteses, apontam-se como casos de desapropriação urbanística os previstos na Lei n. 4132/1962, em seu art. 2º, incisos V (construção de casas populares) e VIII (desapropriação de áreas, locais ou bens que, por suas características, sejam apropriadas ao desenvolvimento das atividades turísticas)³²⁸, além do art. 44 da Lei 6766/1979. Mais que buscar os elementos formais autorizadores da medida (que, por certo, deverão estar devidamente apontados no decreto expropriatório), mostra-se importante destacar o fato de que tais somente poderão ser considerados aptos a surtir o efeito de dar suporte técnico à desapropriação urbanística, se devidamente revelada sua necessidade ou utilidade para a implantação do projeto urbanístico correspondente.

³²⁸ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 418-419.

A discussão sobre a adequação da desapropriação para posterior revenda de terrenos, em verdade, acaba por fazer voltar o debate sobre o interesse público a ser tutelado pela Administração Pública no exercício de suas funções. Analisando-se os elementos coligidos no processo de elaboração do projeto urbanístico que dá ensejo à decretação de utilidade pública, é possível avaliar se a utilização desta modalidade de fundamento da ação expropriatória de fato é consoante ao ordenamento jurídico, evidenciando-se o interesse ou necessidade pública ou interesse social subjacente à medida. A sua previsão no bojo de um projeto urbanístico, elaborado com base em um processo administrativo público e sindicável, desta forma, parece ter como consequência exatamente revelar a faceta do interesse público existente na implantação do projeto urbanístico, seja em razão da proposta para desenvolvimento urbano do sítio afetado, seja pela mera justificativa da necessidade de aferição de recursos para alavancar as transformações urbanísticas planejadas pelo Poder Público, no caso da desapropriação por zona.

Sob este aspecto, cabe ainda destacar o disposto no art. 3º e no parágrafo único do art. 4º do Decreto-Lei n. 3365/1941, este último com a redação dada pela Lei n. 12.873/2013:

Art. 3º Os concessionários de serviços públicos e os estabelecimentos de caráter público ou que exerçam funções delegadas de poder público poderão promover desapropriações mediante autorização expressa, constante de lei ou contrato.

Art. 4º. (...) Parágrafo único. Quando a desapropriação destinar-se à urbanização ou à reurbanização realizada mediante concessão ou parceria público-privada, o edital de licitação poderá prever que a receita decorrente da revenda ou utilização imobiliária integre projeto associado por conta e risco do concessionário, garantido ao poder concedente no mínimo o ressarcimento dos desembolsos com indenizações, quando estas ficarem sob sua responsabilidade.

O próximo item a abordar neste capítulo será o referente às concessões urbanísticas e das parcerias público-privadas para implantação de projetos urbanísticos. Por ora, basta destacar que a legislação expressamente autoriza que até mesmo os delegatários do Poder Público realizem as desapropriações urbanísticas, inclusive sendo permitido que as receitas advindas do ciclo de reprivatização da propriedade expropriada sejam aferidas diretamente pelos contratados - é possível, aliás, cogitar-se inclusive da desnecessidade de tal ciclo, não havendo necessidade de que o bem desapropriado seja incorporado ao patrimônio público (ainda que transitoriamente) para que se perfaça o ciclo expropriatório.

O instituto da desapropriação urbanística não tem pacífica aplicação. As iniciativas do Poder Público na realização de desapropriações urbanísticas, em regra, são tratadas com grande desconfiança por parte de setores da sociedade civil e mesmo por órgãos de controle do Estado. Exemplos claros desta condição estão na reação à tentativa da Prefeitura

Municipal de São Paulo de implantar a concessão urbanística do Projeto Nova Luz, nas quais diversas ações judiciais foram propostas tendo por base o argumento de que a desapropriação urbanística afrontaria o ordenamento jurídico, por servir ao mercado imobiliário em detrimento dos interesses da população³²⁹, além de inúmeras investigações instauradas pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública etc. Tal foi o volume de feitos e questionamentos ajuizados sobre o tema, que o Município de São Paulo formulou pedido de Suspensão de Segurança perante o Órgão Especial do E. Tribunal de Justiça, solicitando que fosse impedida a concessão de novas liminares contra a Fazenda Pública Municipal tendo por base tal fundamento³³⁰. O pedido foi atendido pelo Judiciário, destacando-se, na decisão então proferida:

[...] Em primeiro lugar, o art. 3o do Decreto-lei n° 3.365/41 admite a desapropriação pelos concessionários de serviços públicos, pelos estabelecimentos de caráter público ou que exerçam funções delegadas de poder público. 'Assim, a desapropriação pode ser promovida por particular e os diplomas legais atacados encarregaram entidade privada de promover as desapropriações necessárias à implantação de programa de revitalização de uma das mais deterioradas regiões da cidade. 'É caso, portanto, de desapropriação urbanística, que atende a uma finalidade pública que não se confunde com especulação imobiliária em prejuízo dos associados do autor ou de qualquer outro proprietário de imóvel abrangido pelo programa. [...]

Em ocasião mais recente, durante a discussão pública sobre a Medida Provisória n. 700/2015 (que, como exposto retro, acabou rejeitada por decurso do prazo de análise pelo Congresso Nacional sem que tenha havido deliberação definitiva do Parlamento), a desapropriação urbanística foi tratada por ROLNIK, professora da Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo, como medida que “legaliza a apropriação dos recursos públicos pelo privado”³³¹. Nos termos já expostos, tais reações à desapropriação urbanística - com as quais não é possível concordar - têm por base a soma do desconhecimento técnico das possibilidades de utilização do instrumento com um verdadeiro preconceito com o modelo de desenvolvimento urbano que é a tal associado, que pressupõe a possibilidade do setor privado financiar parcial ou integralmente as atividades de transformação ou requalificação urbana, em troca da remuneração havida pela prestação de tal serviço. Representam um excessivo apego à uma época em que as fontes de recursos do

³²⁹ Como exemplo, as ações populares n. 0012992-82.2010.8.26.0053. Disponível em: <<http://migre.me/vLAJj>>. Acesso em: 19 out. 2016; e n. 0043538-86.2011.8.26.0053. Disponível em: <<http://migre.me/vLAJS>>. Acesso em: 19 out. 2016.

³³⁰ Processo 0022646-87.2012.8.26.0000. Disponível em: <<http://migre.me/vLAKR>>. Acesso em: 19 out. 2016.

³³¹ ROLNIK, Raquel. **MP da desapropriação entrega as cidades aos interesses privados**. São Paulo, 15 abr. 2016. Disponível em: <<http://migre.me/vLALj>>. Acesso em: 19 out. 2016.

erário pareciam inesgotáveis, quando, na verdade, eram tão somente resultado de um processo de alavancagem financeira e orçamentária que hoje tem como consequência o excessivo endividamento do setor público, e a perda da sua capacidade de investimento. Como assevera BREGA³³²,

A possibilidade de financiamento das desapropriações urbanísticas e edificações por meio de mecanismos privados pode afastar um significativo impedimento à realização dos planos, correspondente à falta de recursos financeiros para promovê-los. Tais mecanismos, bem estruturados juridicamente e usados com a devida impessoalidade, são capazes de proporcionar resultados urbanísticos relevantes sem onerar os cofres públicos. Ao contrário, a renovação urbana coordenada pelo Poder Público pode constituir um instrumento de geração de valor, em benefício da coletividade

De fato, em experiências estrangeiras, é possível reconhecer algumas soluções jurídicas, adequadas aos ordenamentos locais, a partir da constatação da importância das desapropriações urbanísticas para a transformação ou requalificação do território, com especial atenção aos custos envolvidos nestas tarefas utilizando-se tal instrumento. Na Colômbia, há mecanismos como o “Anúncio de Projeto” (Ley 9 de 1989, atualizada pela Ley 388 de 1997), no qual os estudos econômicos fixam os valores da terra quando do anúncio realizado pela Administração Pública da execução de um projeto urbanístico, promovendo-se sua desapropriação sem incorporar ao imóvel a valorização havida pela execução da intervenção pública. Também é colombiana a “Participación en Plusvalías”, instituída pela Ley 388, de 1997, no qual o Poder Público tributa entre 30% e 50% a valorização imobiliária advinda da implantação de projetos urbanísticos por si promovidos³³³. Em Portugal, há o mecanismo da Desapropriação por Hasta Pública, instituída pelo Regime Jurídico da Reabilitação Urbana aprovado pelo Dec.-Lei n. 307/2009, posteriormente alterado pela Lei n. 32/2012, no qual o imóvel considerado apto a sofrer desapropriação urbanística é leiloado em hasta pública, ficando o arrematante obrigado a implantar o projeto urbanístico do poder público que deu suporte à declaração de utilidade pública do bem³³⁴. Informa SOUZA, ainda, que na União Europeia, no Tribunal Europeu dos

³³² BREGA, José Fernando Ferreira. O público e o privado na implantação de planos de renovação urbana. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 4, jan. 2014. p. 179.

³³³ SMOLKA, Martin O. **Implementación de la Recuperación de Plusvalías en América Latina**: Políticas e Instrumentos para el Desarrollo Urbano. Cambridge: Lincoln Institute of Land Policy, 2013. p. 44.

³³⁴ Sobre o tema, cf. GARCIA, Fernando Couto. **A desapropriação por hasta pública no ordenamento jurídico português e a constitucionalidade da proposta de sua introdução no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 5, p. 305–325, mar/abr 2014.

Direitos do Homem, há decisões que permitem a desapropriação para o ordenamento previsto em planos urbanísticos e para requalificar bairros ou quadras³³⁵.

Nos Estados Unidos da América, a denominada *the takink clause*³³⁶ abrange um conceito mais amplo do que o de desapropriação, tal como conhecido no Direito brasileiro, pois inclui a desapropriação por utilidade pública, a desapropriação por interesse social e também a regulamentação administrativa (relativa a zoneamento urbano, por exemplo). No tocante à expropriação, baseada no instituto do *eminent domain* (equivalente à nossa desapropriação), utilizou-se naquele país o instrumento do *urban renewal* para revitalizar bairros em decadência e para a expansão de serviços governamentais voltados à comunidade³³⁷.

A falha em reconhecer que a atividade econômica referente à transformação urbanística do solo urbano é tarefa a ser executada em ações concertadas com o setor privado (cabendo ao Poder Público regular a forma com que tal ocorrerá), por fim, faz com que não se aproveite adequadamente o sucesso do empreendedorismo particular, desejado em função

³³⁵ SOUZA, Luciana Correia Gaspar. **Município e Poder Normativo na criação de novos instrumentos urbanísticos** – o Estatuto da Cidade como normative do direito público por uma política urbana. Curitiba: Juruá, 2014. p. 129.

³³⁶ Na Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América: “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb, nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process, of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.” A última parte da Emenda, esclarece FARIAS, na qual se lê: “Nem será propriedade privada tomada para uso público, sem justa compensação”, é conhecida como “*the takings clause*” (também conhecida como “*a just compensation clause*”, aplicável aos Estados por meio da Décima Quarta Emenda. (FARIAS, Márcia. **O direito urbanístico e o direito de propriedade norte-americanos: planejamento urbano e desapropriação para fins de interesse público após a decisão no caso “Kelo vs. City of New London”**. Interesse Público: Revista bimestral de direito público. Porto Alegre: Editora Notadez, ano 8, n. 40, p. 179-196, nov/dez 2006. p. 179).

³³⁷ O *urban renewal* é técnica de planejamento urbano em que a desapropriação para implementação de projetos urbanísticos em que equipamentos públicos eram a base para uma ampla reestruturação urbanística de regiões das cidades. Também conhecido na Inglaterra como “urban regeneration”, essa função de planejamento urbano foi aplicada em todo o mundo. FARIAS aponta alguns exemplos do uso dessa ferramenta em projetos urbanísticos nos Estados Unidos: o Lincoln Center for the Performing Arts (Nova York), a revitalização do Times Square (Nova York), o complexo do Boston Convention and Exhibition Center (Boston), a revitalização da região de baixa-renda de Dudley Street (Boston). Fora dos Estados Unidos, a técnica foi usada em cidades como Berlim, Wittenberg, Ruhr, Nuremberg e Munique (Alemanha); em Utrecht (Holanda) e em Viena (Áustria). (Ibidem, p. 195). Tal forma de atuação foi sendo paulatinamente substituída pelo *Community Development*, que proporciona a requalificação de áreas por intermédio de ações voltadas à requalificação do território em conjunto com a população. Exemplos desta forma de intervenção são as iniciativas norte-americanas das Áreas de Desenvolvimento Econômico (*Business Improvement Districts – BID*), em que a comunidade se reúne e opta por recolher, dos estabelecimentos comerciais, um tributo destinado exclusivamente à requalificação de determinado território, e do Programa da Rua Central (*The Main Street Program*), destinado a revitalizar regiões centrais em iniciativas promovidas pela comunidade em ações concertadas com os municípios que atendam determinados padrões técnicos de desenvolvimento. (BALSAS, Carlos Jose Lopes. **O urbanismo comercial e as parcerias público-privado**. Lisboa: Gabinete de Estudos e Prospectiva Econômica, 2002. p. 46-62).

da geração de divisas e empregos nas cidades, em termos de desenvolvimento urbano equilibrado e sustentável.

2.6.4 Desapropriações urbanísticas e a transformação ou qualificação do território urbano

Poucos instrumentos jurídico-urbanísticos podem ser utilizados com tanto impacto na requalificação ou transformação do território urbanizado como as desapropriações urbanísticas.

Conforme se demonstrou, contudo, é imprescindível que tais desapropriações sejam realizadas no âmbito e sob o escopo de implantação de projetos urbanísticos, baseadas em processos administrativos com ampla participação dos interessados, com atenção à publicidade e com clara fundamentação dos atos administrativos praticados. Neste ambiente, próprio da Administração Pública consensual - e do próprio direito urbanístico -, a desapropriação urbanística ganha condições formais de atuar de forma plena, seja para financiar intervenções realizadas diretamente pelo Poder Público, seja para viabilizar a realização de empreendimentos promovidos pelo capital privado, e destinados à sua remuneração.

A discussão sobre a viabilidade da utilização deste instrumento, suas condições específicas e requisitos urbanísticos, acaba por se confundir com o debate do próprio projeto urbanístico que pretende utilizá-lo para que sejam atingidas suas finalidades. Garantida esta etapa, este instrumento tem condição de atuar de forma eficaz, possibilitando diversas formas de financiamento dos projetos urbanísticos promovidos diretamente pelo Poder Público ou por seus delegados.

2.7 Parcerias público-privadas e concessões urbanísticas

2.7.1 Concessão

Inicialmente, mais uma vez, a advertência: o presente trabalho não tem por pretensão realizar um estudo aprofundado do tema “concessão”, sobre o qual versam com maestria diversos autores nacionais e estrangeiros. Procurará, isto sim, como em todos os seus outros capítulos, trazer a lume os elementos mais relevantes para o objeto deste trabalho.

Nestes termos, a primeira tarefa a realizar é revelar o que, em nosso ordenamento jurídico, deve ser entendido como o contrato de concessão. Para tanto, cabe destacar que o

art. 175³³⁸ da Constituição Federal prevê a concessão de serviços públicos como se fosse um gênero, que se caracteriza por prever um contrato em que há atribuição, ao concessionário, de executar serviços públicos (incluindo-se a implantação e manutenção de obras públicas)³³⁹. Quanto ao regime remuneratório, a grande divisão estabelecida pela legislação é a que divide o gênero em concessões comuns, as concessões patrocinadas e as concessões administrativas. A concessão comum, que poderá ou não ser precedida de obra pública, é regida especialmente pela Lei n. 8.987/1995. Nesta modalidade de concessão, o Poder Concedente não paga contraprestação em pecúnia ao concessionário pela prestação do serviço público, que será remunerado por tarifas ou receitas alternativas - importante notar que a concessão comum admite a remuneração pelo Poder Público, desde que não em pecúnia. A execução do contrato de concessão será assumida “por conta e risco” do contratado³⁴⁰, não sendo aplicadas a tais avenças diversas regras pertinentes às parcerias público-privadas trazidas na Lei n. 11.079/2004: não é necessário que se constitua uma sociedade de propósito específico para a realização do contrato, não há prazos máximos e mínimos de duração, ou piso legal de investimento etc. - embora, saliente-se, tais medidas não sejam vedadas, podendo ser eventualmente exigíveis mediante previsão no edital de convocação e contrato.

Esclarece SUNDFELD que a Lei n. 11.079/2004 (a Lei das Parcerias Público-Privadas - PPP) foi editada para tratar de contratos de concessão em que “existam desafios especiais de ordem financeira: organizar a assunção de compromissos de longo prazo pelo Poder Público e garantir seu efetivo pagamento para o particular”³⁴¹. A concessão patrocinada, nestes termos, também é espécie de concessão de serviço público, e tem como peculiaridade a possibilidade de o Poder Concedente oferecer contraprestação pecuniária

³³⁸ “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado.”

³³⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Parcerias Público-Privadas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 29.

³⁴⁰ Há certa discussão sobre o alcance da expressão “por conta e risco” usada pelo art. 2º, II, da Lei n. 8987/1995, e também presente no art. 4º, § 1º do Decreto-Lei n. 3.365/1941. MONTEIRO, com base em farta doutrina, esclarece que a expressão induz à falsa crença de que o contratado assumiria todos os riscos envolvidos no negócio. A partir da constatação de que os contratos podem deixar margem de decisões estratégica a cargo da Administração, anota que não é proibido que o contrato preveja uma alocação de riscos suportáveis por cada um dos contratantes, até mesmo por uma questão de eficiência econômica. A divisão de riscos, ainda, não é natural, mas sim matéria tipicamente contratual. (MONTEIRO, Vera. **Concessão**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 165-170).

³⁴¹ SUNDFELD, Carlos Ari. Op. cit., p. 31.

que complemente a receita advinda da cobrança de tarifas dos usuários - por receita pecuniária, reitere-se, entendem-se somente pagamentos em dinheiro ou cessão de créditos tributários (art. 6º, incs. I e II da Lei n. 11.079/2004). As concessões administrativas, por fim, são aquelas que são remuneradas exclusivamente pelo Poder Concedente, associando-se ou não a remuneração pecuniária ao pagamento por intermédio de receitas alternativas. A Administração Pública se apresenta como usuária indireta do serviço concedido.

Estabelecida a distinção básica entre os contratos de concessão, observa-se que, considerados estes sob seu aspecto funcional - contratos que tenham por escopo viabilizar a realização de investimentos significativos para a disponibilidade de bens e serviços à sociedade³⁴² -, mostra-se de menor importância buscar definir um regime jurídico único que identifique tal modalidade de contrato firmada pelo Poder Público. Na verdade, como assinala MARQUES NETO, tal tarefa parece ser, até mais que inconveniente, verdadeiramente impossível - isso porque dependerá, sempre, do objeto concedido³⁴³, isto é, “as diferenças entre as várias espécies de concessão não são conceituais, mas baseadas na forma como elas se articulam e compõem os vários mecanismos”.

Todos os arranjos que contenham os elementos funcionais apontados são concessões, que se apresentam, em sua configuração contratual final, com esta natureza jurídica. Desta forma, tanto as concessões previstas na Lei n. 8.987/1995 quanto as concessões previstas na Lei n. 11.079/2004 pertencem ao mesmo gênero de contratos administrativos, da mesma forma que contratos que não reúnam todas ou exclusivamente as características dos contratos previstos naquelas leis, inclusive as concessões urbanísticas, poderão se caracterizar como concessões ou PPP.

Em que pesem tais considerações, e na esteira do afirmado por MARQUES NETO, há elementos comuns ao instituto, que acabem por caracterizar a concessão como o contrato de delegação, ainda que de forma genérica³⁴⁴. Segundo o autor, tais são:

a) delegação do exercício de prerrogativas ao particular: em qualquer hipótese, o contrato de concessão implicará a transferência, ao particular, de um feixe de atribuições do Poder Público. A delegação de tais atribuições, por sua vez, não representa a abdicação da responsabilidade estatal sobre o tema, pois a titularidade de competências estatais não pode ser trespassada - somente é admissível a transferência da responsabilidade de promoção das medidas que originalmente seriam de atribuição do Poder Público, sem que, com isso, possa

³⁴² MONTEIRO, Vera. Op. cit., p. 176.

³⁴³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p 158.

³⁴⁴ *Ibidem*, p. 161-172.

o concessionário ser caracterizado como titular das prerrogativas concedidas³⁴⁵. Embora seja admissível a transferência de poderes inerentes à execução do objeto concedido, a titularidade de tais funções não é transferida mediante contrato. Mesmo no caso das transferências de direito real de bem público, a Administração Pública não abre mão da totalidade dos direitos inerentes à propriedade do bem (por exemplo, haverá, sempre, o direito de sequela pelo Poder Público, ainda que condicionado por disposição contratual);

b) a existência de um objetivo de interesse geral: a concessão, seja qual for a modalidade adotada, sempre terá por fundamento privilegiar o interesse que mais adequadamente corresponda às necessidades e anseios da sociedade. Aqui se destaca o papel da Administração Pública na arbitragem dos interesses legítimos em disputa na arena pública, e da importância da participação dos interessados na definição do interesse público a ser tutelado. Nestes termos, a concessão se apresenta como instrumento que “[...] pode ser manejado sempre que a consecução de finalidades públicas puder ser efetivada mediante a convergência de interesses com um particular disposto a, sob certas condições e objetivos, desempenhar tal atribuição”³⁴⁶;

c) convergência e composição de interesses: como já referido retro, a concessão é determinada simultaneamente pelo interesse público de oferecer a titularidade a ser concedida e pelo interesse privado em explorar tal utilidade. Segundo MARQUES NETO, os interesses do Poder Público e do contratado são “distintos, mas convergentes”³⁴⁷ – tal significa que, ainda que exista, à evidência, um sinalagma contratual na execução do avençado, e que seja legítimo por cada um dos contratantes exigir o exato cumprimento do pactuado, o objeto do contrato de concessão sempre terá por finalidade prover determinada

³⁴⁵ RIBEIRO e PRADO alertam que, em verdade, a legislação referente a concessões e PPP em nada inovam no tocante ao conjunto de atividades que podem ser delegadas pela Administração aos particulares. Das discussões havidas a partir do texto do art. 4º, inc. III da Lei n. 11.079/2004 (indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado), a que levanta maiores dúvidas é a que se refere à delegação do poder de polícia ao contratado. Para os autores, são delegáveis as atividades-meio, preparatórias ou acessórias ao exercício de tal poder, que somente poderão ser definidas no caso concreto. (RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada**. Fundamentos econômicos-jurídicos. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 96-97). Para CUNHA FILHO, a delegação de práticas referentes ao poder de polícia a entidades privadas deverá atender às seguintes condições: “1) a delegação deve se dar como instrumento para a prestação de serviços públicos; 2) previsão legal; 3) competência pontual e com atividades enumeradas; 4) submissão a regime de direito público e controle do Estado; 5) não envolver decisão relevante acerca de atividade discricionária estatal; e 6) não implicar emprego de meios coativos”. (CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. **Poder de Polícia: compreensão contemporânea do instituto e discussão sobre a possibilidade de delegação de seu exercício a entes privados**. Ribeirão Preto: IELD, 2014. p. 206-207).

³⁴⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Op. cit., p. 163.

³⁴⁷ Ibidem, p. 164.

utilidade à população, de modo que a melhor execução contratual possível sempre será aquela que disponibiliza à sociedade, de forma ótima, o objeto do contrato de concessão;

d) a natureza obrigacional - os vínculos recíprocos e a projeção sobre direitos de terceiros: o Poder Público não atua, perante os concessionários, em posição hierarquicamente superior, e sim de parte, que com direitos e obrigações em face dos demais envolvidos na relação contratual. Mais que isso, os efeitos da avença no contrato de concessão atingirão diretamente a terceiros, na medida em que o Poder Público, ao formalizar o vínculo contratual, cria normas que regulamentarão os direitos daqueles que não são partes no contrato. A concessão, assim, caracteriza-se como um contrato relacional³⁴⁸, sendo certo que o acordo cumpre uma função regulatória;

e) a temporalidade - finitude e estabilidade: o binômio representa o privilégio à estabilidade das relações firmadas no contrato de concessão, de modo a proporcionar a todos os envolvidos - como dito, Poder Público, concessionário e terceiros afetados pelas relações contratuais estabelecidas - a necessária previsibilidade jurídica para que o objeto concedido possa ser disponibilizado à sociedade da maneira mais adequada possível. De fato, a concessão, na modalidade delegação de bens ou serviços públicos, pode ser assim conceituada³⁴⁹:

A concessão-delegação, portanto, corresponde ao instituto jurídico por meio do qual o Poder Público delega a particulares obrigações atinentes a um objeto de interesse geral (genericamente aqui tratado como utilidade pública - bens, serviços, atividades), regrando a convergência de interesses e disciplinando as relações jurídicas entre concedentes e concessionários (obrigações recíprocas) e os direitos de terceiros por um prazo relativamente longo, mas finito, durante o qual todas essas relações jurídicas têm estabilidade.

A previsão das intercorrências contratuais (condições de rescisão contratual, prorrogação contratual, reequilíbrio econômico-financeiro etc.) se convola, desta forma, em elemento não só de resolução das questões internas da execução contratual como também em balizamento da conformação de atuação dos parceiros no longo período em que estarão compromissados. O direito de não haver rescisão arbitrária do contrato de concessão, por exemplo, que assiste tanto ao Poder Concedente quanto ao concessionário, transforma-se em

³⁴⁸ Contrato relacional é o contrato de longa duração, que tem como características: (i) a mutabilidade constante de seus elementos centrais (preço, qualidade, condições de prestação); (ii) o objeto cambiante, o que indica imprevisão quanto ao futuro e forte impacto de contingências; (iii) as cláusulas que estipulam termos não rígidos de relações de troca (ou permuta), mas processos para a cooperação permanente entre as partes; e (iv) o fato de que nos contratos dito relacionais as relações jurídicas não se atêm a duas partes contrapostas, mas envolvem múltiplos agentes, constituindo “verdadeiras redes de agentes e participantes”. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Op. cit., p. 151).

³⁴⁹ Ibidem, p. 171.

uma garantia à sociedade civil de que o acordo estabelecido será de fato voltado a implantar o objeto contratual, podendo ser exigido tanto pelas partes quanto pelos órgãos de controle da Administração Pública quanto pela sociedade civil.

2.7.2. As concessões para transformação ou requalificação urbanística

A utilização da concessão para fins urbanísticos existe há muito tempo em nosso país. Como exemplo, em 9 de Dezembro de 1.882, o Império do Brasil editou o seguinte decreto³⁵⁰:

DECRETO Nº 3.151, DE 9 DE DEZEMBRO DE 1882

Art. 1º O Governo fica autorizado para conceder a Americo de Castro e ás empresas que se organizarem com o fim de construir edificios destinados à habitação de operarios e classes pobres, na cidade do Rio de Janeiro e seus arrabaldes, segundo os planos mais convenientes approvados pelo mesmo Governo, os seguintes favores:

1º Isenção, até 20 annos, do imposto predial, excluida a taxa adicional do § 3º, parte 1ª do art. 11 da Lei n. 719 de 28 de Setembro de 1853, destinada ao serviço da limpeza das casas e do esgoto da cidade, conforme o Decreto n. 1929 de 29 de Abril de 1857, cessando a isenção si os edificios forem alienados pelas empresas, salvo no caso de cessão e transferencia de concessões;

2º Dispensa, pelo mesmo prazo, do imposto de transmissão de propriedade, quanto á aquisição de immoveis necessarios ás construcções, segundo os planos approvados;

3º Direito de desapropriação, conforme a Lei n. 816 de 10 de Julho de 1855³⁵¹, relativamente aos terrenos particulares comprehendidos nos ditos planos, comtanto que nos mesmos terrenos não haja edificios sujeitos ao pagamento do imposto predial ou isentos deste por lei;

4º Concessão gratuita, até 20 annos, do dominio util dos terrenos do Estado comprehendidos nos planos, e, findo este prazo, preferencia para o aforamento pelo preço e com as condições ordinarias, conforme a legislação em vigor.

§ 1º As empresas serão obrigadas ao pagamento das despezas com a demolição dos cortiços condemnados pela autoridade competente, sendo os donos destes indemnizados sómente das obras respectivas, segundo arbitramento, na fórma do direito commum.

§ 2º Nos contratos que o Governo celebrar para as concessões facultadas, e nos regulamentos que expedir para execução desta lei, estabelecerá o seguinte:

1º Prazo certo para a organização das empresas, apresentação dos respectivos estatutos, planos e plantas das contrucções, começo e conclusão destas, e duração dos favores;

³⁵⁰ Decreto n. 151, de 09 de dezembro de 1892. Disponível em: <<http://migre.me/vLAOe>>. Acesso em: 20 out. 2016.

³⁵¹ Decreto n. 816/1853: “Art. 1º O Governo fica autorisado a estabelecer o processo para as desapropriações dos predios e terrenos que forem necessarios para a construcção das obras e mais serviços pertencentes á Estrada de ferro de Dom Pedro Segundo, e ás outras estradas de ferro do Brasil, e á marcar as regras para as indemnisações dos proprietarios. O processo será summarissimo, e a avaliação para a indemnisação, no caso de falta de accordo entre os proprietarios e os agentes das respectivas Companhias, feita por cinco arbitros, dous nomeados pelo proprietario, dous pelo agente da Companhia da estrada de que se trata, e hum pelo Governo. Não poderão ser arbitros: 1º os socios da Companhia; 2º os proprietarios dos predios ou terrenos que houverem de ser desapropriados. Art. 2º Ficão revogadas as disposições em contrario”. Disponível em: <<http://migre.me/vLAOv>>. Acesso em: 06 dez. 2016.

2º Especificação dos casos de suspensão e perda dos mesmos favores, caducidade ou rescisão das concessões e aplicação de multas até a quantia de 5:000\$000. Condições concernentes à salubridade, conforto e modicidade de preços do aluguel das habitações, e à polícia e regimem interno dos edificios, mediante accôrdo com a Municipalidade, e applicação da pena de prisão até oito dias e multas até a quantia já declarada.

Art. 2º Ficam revogadas as disposições em contrario.

Segundo o diploma em comento, as empresas que aprovassem junto ao Governo projetos de reurbanização de cortiços na cidade do Rio de Janeiro - projetos que deveriam trazer condições concernentes à salubridade, conforto e modicidade de preços do aluguel das habitações, bem como à administração e regimento interno dos novos edificios - receberiam, desde que pagassem também pelas demolições necessárias, a delegação para promover desapropriação de terrenos necessários à sua implantação, a isenção tributária sobre a propriedade e transmissão de imóveis referentes à implantação do plano aprovado, e a concessão de domínio útil dos terrenos do Estado compreendidos no projeto, com direito de preferência ao final do prazo estipulado. A legislação do Império, assim, disciplinava tanto o contrato quanto o regime da concessão a ser realizada³⁵².

O objetivo de colacionar-se tal regramento, produzido nos albores do Estado brasileiro, é simples: demonstrar que, a despeito do rótulo que se põe ao feixe de institutos e mecanismos que caracteriza uma concessão para a transformação ou requalificação do tecido urbano (em síntese, de uma “concessão urbanística”) seja de utilização relativamente recente, o tema não é novo ou desconhecido em nosso país. Suas principais características são apontadas por SILVA³⁵³,

[...] O já citado Francisco Lliset Borrel dá-nos o essencial de sua configuração, quando preleciona nos termos seguintes: “a concessão pura da Administração a um particular para a execução de obras de uso e aproveitamento do Estado, Província ou Municípios, de cujo custo o concessionário se integrará não através de tarifas de prestação de serviços ou de oferecimento de bens ao uso público, mas através da exploração de mais-valias ou subprodutos da obra mesma”. É o caso, por exemplo, de o Poder Público Municipal elaborar um plano de reurbanização ou de renovação urbana de alguma área: sendo esta de propriedade privada, será desapropriada para a execução do plano – execução, esta, que poderá ser feita diretamente pelos órgãos da Prefeitura ou por empresa pública desta, como a EMURB (Empresa Municipal de Urbanização de São Paulo), ou por via de concessão; por esta, o concessionário assume os encargos da execução do plano,

³⁵² Mais que isso, em temos objetivos, verifica-se que o urbanismo veiculado pelo Decreto n. 3.151/1882 tinha menos preocupação com fatores como o equilíbrio de áreas públicas e privadas que com os fatores sociais envolvidos na implantação dos futuros empreendimentos – destaca-se a preocupação concernente à salubridade, conforto e modicidade de preços do aluguel das habitações, e à polícia e regime interno dos edificios.

³⁵³ SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 322-323.

com o direito de venda das parcelas ou de novas edificações na área urbanificada. O concessionário, portanto, cobrirá seus custos e terá seus lucros precisamente com as vendas de lotes ou de edificações (conforme os termos do instrumento de concessão) que sobraem em consequência da execução do plano de urbanificação da área delimitada.

É importante destacar que esta modalidade de concessão não pode de fato ser confundida com uma simples concessão de obra pública. A concessão urbanística terá como finalidade última realizar o processo de urbanização ou reurbanização de determinada parcela do território do município, incumbindo ao concessionário adotar as providências para que as funções sociais da cidade sejam ali experimentadas, nos termos definidos no contrato de concessão. De fato, não basta prever a construção de algumas centenas de unidades habitacionais para população de baixa renda - deverá o concessionário tomar todas as medidas sob sua incumbência para que tais unidades sejam efetivamente ocupadas, bem como para que os seus habitantes disponham de condições de habitabilidade condizentes com o que se espera de um processo equilibrado de desenvolvimento urbano. Nestes termos, o comércio local deverá ser fomentado, o lazer será disponibilizado etc. Evidentemente, o instrumento contratual definirá as responsabilidades de cada parceiro na implementação deste processo de urbanização, mas é certo que tal, em hipótese alguma, poderá ser confundido com a mera instalação de infraestrutura - ainda que o projeto urbanístico somente transforme áreas privadas, o resultado esperado da sua implantação consistirá em melhorias nas funções sociais da cidade.

Tomando por base os elementos comuns do instituto da concessão arrolados no tópico anterior, temos o seguinte panorama para as concessões para a transformação ou qualificação urbanística - as concessões urbanísticas:

a) delegação do exercício de prerrogativas ao particular: como já apontado, em matéria urbanística o ciclo de formação e implantação do planejamento urbanístico deve ser conduzido pelo Poder Público, isto é, em que pese os projetos urbanísticos poderem ser elaborados pelo setor privado (por intermédio de contratações ou propostas de manifestação de interesse em parcerias público-privadas), as decisões fundamentais em termos de planejamento urbanístico (tais como conformação da propriedade urbanística, definição de estoques de potencial construtivo adicional etc.) são de competência indelegável do Poder Público. Tal ocorre em razão de do reconhecimento que somente a Administração Pública detém condições de arbitrar os legítimos interesses em disputa nos processos de desenvolvimento urbano. Tal não impede, contudo, e conforma já exposto retro, que ao

particular sejam delegadas tarefas afetas ao processo de planejamento urbanístico, tais como organizar e registrar os processos participativos a tal referentes, propor medidas e regulações específicas tendo em vista as informações colhidas e compiladas etc. Sempre, contudo, caberá à Administração Pública avaliar o mérito das conclusões de tais trabalhos (e, claro, propor as pertinentes adaptações e correções), e decidir, fundamentadamente, sobre os temas postos à sua apreciação. Em verdade, em tema de direito urbanístico, as matérias indelegáveis dizem respeito “ao poder de decisão, de coordenação, de fixação do que venha a ser o atendimento do interesse coletivo na situação específica com que se defronte”³⁵⁴. As matérias delegáveis, destarte, são as referentes a atividades materiais executáveis pelos particulares³⁵⁵:

1) a urbanificação primária e secundária: segundo SILVA, a unificação primária refere-se às tarefas descritas no art. 2º, § 5º, da Lei n. 6.766/1976³⁵⁶, e a secundária diz respeito a obras complementares à urbanificação primária, tais como escolas, centros sociais, mercados e outros equipamentos³⁵⁷;

2) exploração de atividades privadas associadas à operação: nas concessões urbanísticas, a principal atividade privada associada à implantação do projeto urbanístico ensejador do contrato de concessão será a realização de empreendimentos imobiliários. O nível de detalhamento do projeto urbanístico concedido pode variar, a depender do caso concreto (diretrizes, estudos de massa, projetos executivos etc.), sendo relevante, nesta hipótese, o aspecto de utilização do mecanismo para a obtenção de receitas alternativas ou acessórias para a implantação do objeto da concessão. Esta vinculação garantirá não somente a sindicabilidade acerca da execução do projeto como também permitirá a participação dos interessados nesta tarefa. É importante destacar, ainda nesta linha de ideias, que a atividade a ser exercida pelo setor privado terá a conformação dada pelos termos do contrato assinalado com o Poder Concedente;

³⁵⁴ LOMAR, Paulo José Villela. Operação Urbana Consorciada. In: DALLARI, Adilson Abreu; Ferraz, Sérgio (coords.). **Estatuto da Cidade** (Comentários à Lei Federal n. 10.257/2001). 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 267.

³⁵⁵ O rol segue a sistematização proposta em REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. **Direito Urbanístico Contratual**. Dos atos negociais aos contratos de gestão urbana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 186-211, com adições de conteúdo.

³⁵⁶ “Art. 2º. O parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento, observadas as disposições desta Lei e as das legislações estaduais e municipais pertinentes. [...] § 5º A infraestrutura básica dos parcelamentos é constituída pelos equipamentos urbanos de escoamento das águas pluviais, iluminação pública, esgotamento sanitário, abastecimento de água potável, energia elétrica pública e domiciliar e vias de circulação”.

³⁵⁷ SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 320.

3) exploração de bens públicos: a gestão dos bens públicos, inclusive os referentes às redes de infraestrutura no território da concessão, também poderá ser delegada ao concessionário, uma vez reconhecida a conveniência da medida em termos de eficiência da implantação do projeto urbanístico. Além desta forma de exploração - que resultará em bens reversíveis ao Poder Público ao final do contrato de concessão - também poderá haver previsão contratual de cessão de patrimônio disponível para incorporação e revenda pelos concessionários. Além de próprios públicos dominiais (por exemplo, uma residência ou um terreno livre), o bem público que por excelência será cedido a tal finalidade será o potencial construtivo adicional do território de intervenção - nada impede que o contrato preveja condições especiais de utilização de tal bem (inclusive com a conferência de índices especiais de aproveitamento, desde que previamente previstos em lei), e que todo ou parte do volume disponível para o território de implantação do projeto urbanístico seja apropriado pelo concessionário, como forma de contrapartida do Poder Público no âmbito do contrato;

4) a aplicação de instrumentos jurídico-urbanísticos pelo particular: o tema já foi referido no capítulo referente às desapropriações urbanísticas. A utilização dos instrumentos jurídico-urbanísticos pelo concessionário será permitida desde que suas formas e limites sejam previamente estabelecidos pela lei ou pelo contrato, e deve ser adstrita à finalidade de implantar o projeto urbanístico concedido. Tal atividade de cunho urbanístico, reitera-se, pode não ter por objeto a edificação de um equipamento público ou a disponibilização de uma praça para a população, podendo configurar-se, por exemplo, na incorporação de um edifício comercial, que terá as rendas revertidas com sua exploração ao particular, para promover o equilíbrio econômico-financeiro previsto na avença.

Além da capacidade de promover a desapropriação, são delegáveis as atividades materiais de utilização de instrumentos como o direito de preempção, a prerrogativa de organizar e promover o consórcio imobiliário etc., a possibilidade de celebrar contratos de direito de superfície de bens públicos dominiais no território abrangido pelo contrato de concessão etc. A delegação de tais elementos, reitera-se, não representa a transferência da titularidade estatal, que não pode ser transferida;

b) a existência de um objetivo de interesse geral: a concessão urbanística representa a parte final de um processo administrativo que tem por finalidade a elaboração e implantação de um projeto urbanístico, necessariamente entabulado com a ampla participação dos interessados e sob a égide da atividade consensual da Administração Pública. Em que pese o dever de remuneração do concessionário pelos serviços prestados no

processo de urbanização ou reurbanização de áreas da cidade, o objetivo de uma concessão urbanística sempre será o de promover as funções sociais da cidade, beneficiando o bem-estar comum por intermédio da qualificação ou requalificação do meio-ambiente urbano. A despeito do sem-número de atividades que podem estar reguladas em um contrato de concessão urbanística, todas as medidas adotadas em virtude de tal avença terão, ao final, de cumprir tal tarefa;

c) convergência e composição de interesses: também na concessão urbanística (reitere-se, termo aqui utilizado para identificar qualquer contrato de concessão comum, parceria público-privada ou congêneres) o balanço entre interesse público em oferecer as prerrogativas associadas à execução contratual ao concessionário e os benefícios obteníveis pela sociedade em razão de tal medida deverão estar perfeitamente identificados.

No ambiente da implantação da política de desenvolvimento urbano, o tema ganha especial importância em razão de razões já expostas: o déficit de credibilidade do Poder Público, que se vê constantemente envolvido em narrativas de desvios de finalidade em suas ações para o benefício de particulares, gera resistência na sociedade no tocante à compreensão de que prerrogativas associadas ao exercício da função pública - especialmente, neste caso, o poder desapropriatório - possam ter sua execução transferida ao particular. Tais problemas se agravam na hipótese de falta de transparência dos processos de formação da decisão administrativa de realizar a concessão para fins de urbanização ou urbanificação do território, ou com a concessão de um projeto urbanístico defeituoso ou incapaz de guiar o trabalho do concessionário e possibilitar a função fiscalizadora dos órgãos de controle da Administração Pública e da sociedade civil.

Não há, por outro lado, qualquer estranheza em defender que a construção de um grande empreendimento comercial por particulares, que realizarão sua exploração e terão seu domínio, atende ao interesse público, desde que a instalação de tal centro comercial esteja inserida no bojo de um projeto urbanístico que o defina como importante para a viabilização econômica das demais intervenções previstas, ou mesmo como essencial para alavancar o desenvolvimento de determinada região, inclusive gerando valorização imobiliária do entorno, que poderá ser recuperado pelo Poder Público pelos instrumentos jurídico-urbanísticos competentes. Os interesses, de fato distintos (não é função estatal estabelecer *shopping centers*), são convergentes no escopo do planejamento urbanístico - ao final, sempre terão por objetivo implantar as funções sociais da cidade;

d) a natureza obrigacional - a atividade do Poder Público nos contratos de concessão urbanística, além do exercício das funções não delegadas ao concessionário, é eminentemente de fiscalização e arbitramento de conflitos advindos da implantação do projeto urbanístico concedido. O contrato relacional firmado entre Administração Pública e o concessionário deve prever mecanismos de composição de conflitos de interesses entre os signatários e destes com a população afetada pela intervenção;

e) temporalidade e estabilidade: o prazo de vigência do contrato de concessão para implantação de projetos urbanísticos ultrapassará o prazo de governo de qualquer Prefeito, na maior parte das vezes mesmo considerando a possibilidade da reeleição. Será, também ordinariamente, maior que o prazo máximo assinalado pelo Estatuto da Cidade para a revisão do plano diretor (10 anos – art. 40, § 3º). A estabilidade das relações contratualmente firmadas para a qualificação ou requalificação do tecido urbano deve, desta forma, considerar tais elementos, que poderão gerar fatos do Príncipe ou mesmo fatos da Administração que gerem impactos no contrato. O contrato de concessão urbanística, assim, deve ser capaz de responder às novas demandas políticas que podem ser apresentadas com a alternância de distintos grupos no governo municipal, bem como deve ser adaptável às novas disposições trazidas em cada revisão de plano diretor - não significa, contudo, que os novos governantes ou novos marcos regulatórios possam ignorar os termos dos contratos de concessão ou parcerias público-privadas. Seja sob a ótica do aprimoramento da política de desenvolvimento urbano do município, seja pela expectativa legítima dos novos governantes de ver implantadas suas ideias e projetos, o respeito aos direitos e deveres estabelecidos no contrato de concessão é condição mínima para que o modelo de transformação do território tenha chances de eficiente implantação.

2.7.3 A velocidade da implantação da política de desenvolvimento urbano em parcerias público-privadas e concessões urbanísticas

A ordinária atividade urbanística, baseada no zoneamento, tem como principal meio de atuação o controle do uso e ocupação do solo, com a indicação de atividades lícitas e ilícitas para cada zona, somando-se a tal a distribuição de parâmetros para uso e ocupação de seus perímetros, ordinariamente adotados e definidos em função da soma de dois condicionantes: uma realidade pré-estabelecida de configuração do desenho urbano e uma proposta de desenvolvimento urbano que mitigue os aspectos negativos da realidade

existente e que promova aspectos positivos na construção da cidade para as próximas gerações.

Ocorre, contudo, que as grandes cidades brasileiras contam com uma questão de difícil solução, em termos urbanísticos: enquanto as áreas urbanas ainda não atingidas pela ocupação humana normalmente se caracterizam por serem áreas de preservação ambiental ou de ocupação desaconselhável ou proibido - sujeitas, portanto, a regramento específico e de cunho altamente protetivo e restritivo - as áreas de ocupação já consolidada, regular ou irregularmente, dependem do fator tempo para que o plano urbanístico a elas idealizado seja finalmente implementado.

Em outros termos, a cessação das atividades não permitidas e a gradual implantação dos usos permitidos ocorre paulatinamente, tendo por norte a lei urbanística e por base o poder de polícia da Administração - tudo, porém, nas condições ditadas pelas leis da ciência da economia e das dinâmicas sociais próprias de cada sítio urbano. O valor do solo realoca ou promove atividades e incentiva ou desestimula determinadas ocupações, cabendo à legislação urbanística estabelecer as balizas democráticas à exploração deste bem pelos empreendedores imobiliários - se como alertava Villaça já na década de 70, “seria melhor dizer que toda vez que um indivíduo compra um imóvel - terreno e construção sobre ele - compra três coisas: um pedaço de terra, uma benfeitoria e uma localização”³⁵⁸, também o é que a importância do fato localização é grandemente influenciado pelo regime legal da propriedade urbanística, fornecido fundamentalmente pela lei do plano diretor.

Por outro lado, o Poder Público, em nosso país, geralmente possui pouquíssima capacidade de investimento e, por tal razão, tem atuação tímida no uso dos instrumentos ativos de urbanização - de fato, o custo de um empreendimento de grande porte numa área urbana já consolidada, com, por exemplo, a utilização do instituto da desapropriação e realização de obras de vultoso custo financeiro, inclusive envolvendo a implantação de rede de infraestrutura urbana, é hoje simplesmente proibitivo para qualquer ente federativo em nosso País. A tal quadro de incapacidade de ação do Estado, contudo, contrapõe-se a crescente demanda social por condições mínimas de vida na cidade, alimentada pelos processos participativos e democráticos da gestão pública, característicos do direito urbanístico.

Tendo em vista tal quadro, as concessões urbanísticas - seja sob o regime das concessões comuns, seja sob o regime das parcerias público-privadas ou mesmo sob um

³⁵⁸ VILLAÇA, Flávio. *Uso do Solo Urbano*. São Paulo: Fundação Prefeito Faria Lima, 1978. p. 16.

regime misto - surgem como uma nova velocidade das atividades urbanísticas de qualificação ou requalificação do território das cidades. Com efeito³⁵⁹,

[...] a utilização de regras de uso e ocupação do solo, ainda que específicas e dotadas de mecanismos de incentivo, pode ser inviável caso se pretenda interferir no tempo em que a transformação ocorrerá. Nesta hipótese, não será o caso de aguardar passivamente, por décadas, a adesão dos atores privados a um determinado plano urbanístico, enquanto o mercado imobiliário procura áreas mais rentáveis naquele momento - nas quais, possivelmente, o Poder Público acabaria com o ônus de complementar a infraestrutura.

O mecanismo ora em estudo permite que o Poder Público, por meio de seus delegados, realize intensa atividade urbanística em determinada área de seu território em período de tempo relativamente curto. Diferentemente das operações urbanas consorciadas, em que o papel do setor privado é eminentemente de fornecer recursos ao Poder Público para que este realize as obras de infraestrutura prevista nos respectivos programas de intervenções - havendo, portanto, uma etapa entre o momento da arrecadação dos valores e da licitação e implantação de tais melhorias -, a urbanização contratada pela Administração Pública por intermédio da concessão urbanística, que contemplará todas as questões urbanístico-ambientais em seu âmbito de atuação, terá a capacidade de conformar o meio ambiente urbano em período certo e programado, nos exatos termos previstos em seu projeto urbanístico.

A relevância desta constatação é facilmente perceptível. A premente necessidade da promoção da qualidade de vida nas grandes cidades passa, inexoravelmente, pela recuperação do próprio meio ambiente urbano. A desorganização do arranjo urbano contribui para exclusão social, a criminalidade, o desperdício de recursos e a falta de oportunidade. A instrumentação jurídica que permite uma mudança rápida e orientada deste panorama, assim, desde que elaborada e implantada com todo rigor técnico e sob amplo processo de fiscalização de seus meios e fins, surge como alternativa positiva e útil. A possibilidade de instrumentação jurídica que permita vincular a transformação do tecido urbano a um desenvolvimento planejado também em seu aspecto temporal tende a gerar maior eficiência na atuação administrativa.

³⁵⁹ BREGA, José Fernando Ferreira. O público e o privado na implantação de planos de renovação urbana. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 4, jan. 2014. p. 170.

2.7.4 O instrumento nominado “concessão urbanística”

Para finalizar este capítulo, cabe tecer algumas considerações sobre o instrumento específico denominado “concessão urbanística”, normatizado pela primeira vez no Município de São Paulo. Como é cediço, tal não foi previsto expressamente no Estatuto da Cidade, tendo surgido no Plano Diretor Estratégico paulistano de 2002 (Lei n. 13.430/2002, art. 239³⁶⁰), tendo sido regulamentado pela Lei Municipal n. 14.917/2009³⁶¹, decorrente dos comandos fundamentais expostos no plano diretor. A previsão do instrumento, então, passou a ser contraditória em vários planos diretores do Brasil³⁶², embora, ressalte-se, tal condição não seja essencial para que os municípios firmem este tipo de avença.

Sob este aspecto, já se apontou retro que independe do rótulo do instrumento jurídico-urbanístico utilizado para a concessão da implantação de projetos urbanísticos a definição da natureza jurídica da avença, já que o estabelecimento de concessões (em sentido amplo) para esta finalidade é permitido pelo ordenamento jurídico brasileiro³⁶³. O fato de o instrumento “concessão urbanística” não constar da listagem dos instrumentos jurídico-urbanísticos do Estatuto da Cidade pouco afeta esta conclusão: é do próprio texto da lei federal que a listagem ali encontrada é aberta, podendo ser instituídos outros instrumentos congêneres (art. 4º, *caput*). Alerta MARQUES NETO, ainda sobre este tema, que o instituto da concessão pode ser aplicado mediante autorização específica na legislação local, sem necessidade de lei geral nacional que o discipline seu regime jurídico³⁶⁴.

Em que pese tal constatação, tendo em vista o efeito multiplicador da regulação paulistana sobre o tema, há alguns elementos a ponderar especificamente sobre esta

³⁶⁰ O antigo plano diretor autorizava o Executivo a delegar a realização de obras de urbanização ou de reurbanização de região da Cidade, inclusive loteamento, reloteamento, demolição, reconstrução e incorporação de conjuntos de edificações com a específica finalidade de implementar as diretrizes do Plano Diretor Estratégico. A remuneração da concessionária seria obtida, por sua conta e risco, da exploração dos terrenos e edificações destinados a usos privados que resultarem da obra realizada, da renda derivada da exploração de espaços públicos, nos termos que forem fixados no respectivo edital de licitação e contrato de concessão urbanística. A concessionária deveria arcar com o pagamento das indenizações devidas em decorrência das desapropriações e pela aquisição dos imóveis que forem necessários à realização das obras concedidas, bem como os necessários detalhamentos do projeto licitado, gerenciamento das obras etc.

³⁶¹ Lei n. 14.917/2009, do Município de São Paulo. Dispõe sobre a concessão urbanística no Município de São Paulo. Disponível em: <<http://migre.me/vLAQw>>. Acesso em: 24 out. 2016.

³⁶² Como exemplo, no Município do Rio de Janeiro (Lei Complementar n. 111/2011), em seu art. 106. Na regência legal do instrumento naquele município é bastante semelhante à do Plano Diretor Estratégico de São Paulo do ano de 2002.

³⁶³ Não bastasse tal autorização defluir do próprio sistema jurídico, o parágrafo único do art. 4º do Decreto-Lei n. 3.365/1941 expressamente trata do tema: “Parágrafo único. Quando a desapropriação destinar-se à urbanização ou à reurbanização realizada mediante concessão ou parceria público-privada [...]”.

³⁶⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Forum, 2016. p. 314.

específica estruturação jurídica que podem vir a ser úteis ao presente estudo. Para sua avaliação, será utilizada como guia a Lei Municipal de São Paulo n. 14.917/2009, com as alterações de seu regime advindas da entrada em vigor da Lei n. 16.050/2014, o novo Plano Diretor Estratégico do Município.

Nestes termos, a Lei n. 14.917/09 estabelece, no art. 1º, que a concessão urbanística constitui instrumento de intervenção urbana estrutural destinado à realização de urbanização ou de reurbanização de parte do território municipal a ser objeto de requalificação da infraestrutura urbana e de reordenamento do espaço urbano. Tal requalificação terá por base Projeto de Intervenção Urbana, prévio à definição da utilização do instrumento (art. 144, § 3º da Lei n. 16.050/2014), para atendimento de objetivos, diretrizes e prioridades estabelecidas na lei do plano diretor estratégico. As diretrizes que podem justificar a realização da intervenção estão grafadas nos incisos do parágrafo único do art. 1º: elevar a qualidade do ambiente urbano, por meio da preservação dos recursos naturais e da proteção do patrimônio histórico, artístico, cultural, urbanístico, arqueológico e paisagístico; racionalizar o uso da infraestrutura instalada, em particular a do sistema viário e de transportes, evitando sua sobrecarga ou ociosidade; promover e tornar mais eficientes, em termos sociais, ambientais, urbanísticos e econômicos, os investimentos dos setores público e privado; prevenir distorções e abusos no desfrute econômico da propriedade urbana e coibir o uso especulativo da terra como reserva de valor, de modo a assegurar o cumprimento da função social da propriedade; permitir a participação da iniciativa privada em ações relativas ao processo de urbanização; recuperar áreas degradadas ou deterioradas visando à melhoria do meio ambiente e das condições de habitabilidade; estimular a reestruturação e requalificação urbanística para melhor aproveitamento de áreas dotadas de infraestrutura, estimulando investimentos e revertendo o processo de esvaziamento populacional ou imobiliário; estimular o adensamento de áreas já dotadas de serviços, infraestrutura e equipamentos, de forma a otimizar o aproveitamento da capacidade instalada e reduzir custos; adequar a urbanização às necessidades decorrentes de novas tecnologias e modos de vida; possibilitar a ocorrência de tipologias arquitetônicas diferenciadas e facilitar a reciclagem das edificações para novos usos.

Esclarece a lei especial que a concessão será formalizada por um contrato que delegará a execução das obras urbanísticas (art. 2º), prevendo o plano diretor (art. 144, § 3º) que o concessionário poderá obter sua remuneração mediante exploração dos terrenos, do potencial construtivo a ser utilizado na implantação do Projeto de Intervenção Urbana, das

edificações destinadas a usos privados que resultarem da obra realizada, da renda derivada da exploração de espaços públicos e das receitas acessórias, nos termos que forem fixados no respectivo edital de licitação e contrato de concessão urbanística.

Ao tratar do objeto da concessão, a Lei n. 14.917/2009, em seu art. 3º, dispõe que podem ser objeto de concessão urbanística, entre outras intervenções estruturais, as obras relativas a modificação do sistema viário, da estrutura fundiária, de instalações e equipamentos urbanos, inclusive sistema de transporte público, e da localização de logradouros públicos, a demolição, reforma, ampliação ou construção de edificações nos termos estabelecidos no respectivo projeto urbanístico específico. O resultado desta intervenção, por sua vez, deverá ser uma área dotada, conforme o caso, de infraestrutura de abastecimento de água potável, disposição adequada de esgoto sanitário, distribuição de energia elétrica e iluminação pública, sistema de manejo de águas pluviais, de transporte público de passageiros e viário público com pavimentação adequada, rede de telecomunicações, rede de gás canalizado e equipamentos comunitários destinados à educação, cultura, saúde, segurança, esporte, lazer e convívio social.

O art. 8º da Lei n. 14.917/2009 determina que o projeto urbanístico específico da intervenção urbana a ser realizada por meio da concessão urbanística deverá conter, conforme a situação da área destacada para a atividade, a definição das modificações no sistema viário; a localização e definição da infraestrutura urbana e dos equipamentos comunitários; a localização e definição dos espaços públicos de uso comum e especial; a definição dos parâmetros e diretrizes urbanísticos, ambientais e sociais e o programa de atendimento econômico e social para a população diretamente afetada pela intervenção urbana. Observa-se que os resultados em termos de parâmetros sociais e ambientais são essenciais ao projeto, afastando-se, destarte, também formalmente, a argumentação de que se trata de mera execução de obra pública de transformação ou qualificação física do meio ambiente urbano. Confirma esta assertiva, de forma ainda mais eloquente, o disposto no art. 10, que autoriza, em conformidade com os respectivos limites legais, a utilização pelo concessionário dos instrumentos jurídicos urbanísticos previstos na legislação vigente, tais como o direito de preempção, o consórcio imobiliário, o direito de superfície, a concessão real de uso e outros conexos para o adequado cumprimento da concessão urbanística.

Este dispositivo, só *per si*, parece afastar a alegação de que instrumento delineado pela Lei Municipal nº 14.917/09 é simples concessão de obra pública - há, nos termos autorizados pela Constituição Federal e pela legislação federal de regência, a atividade do

particular, em nome do Poder Público, nos termos por este elaborados, de atividades urbanísticas que são caracterizáveis como obras públicas e “não públicas”, além de encargos de natureza econômica que não se identificam com obras ou sua exploração. O particular implementa o Estatuto da Cidade e o Plano Diretor, consistindo as obras por si realizadas fonte precípua de sua remuneração, em meio para o atingimento deste fim³⁶⁵. Difere, também, do “Contrato de *Engineering*”, da seara civil³⁶⁶, pois não se limita a meros aspectos de divisão de escopo e momentos de execução de uma obra pública complexa.

O art. 15 da Lei n. 14.917/2009 determina o conteúdo mínimo do edital de licitação da concessão urbanística, que deverá prever, entre outros elementos, a descrição das condições necessárias à adequada execução da intervenção urbana (inc. II), bem como os direitos e obrigações do poder concedente e da sociedade concessionária em relação a alterações a serem realizadas no futuro, para garantir a continuidade e a atualização da intervenção urbana aos fins de interesse público a que se destina (inc. VII), sendo certo, ainda, que o contrato de concessão deverá contemplar os critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade da intervenção urbana (art. 19, III). O Poder Concedente, ainda nesta linha, poderá intervir na concessão com o fim de assegurar a sua adequação aos objetivos de interesse público - objetivos, reiterar-se, que partirão das diretrizes do Estatuto da Cidade, do Plano Diretor e do Projeto de Intervenção Urbana especificamente confeccionado para a concessão urbanística, devidamente atualizados pelo

³⁶⁵ JUSTEN FILHO afirma serem as concessões urbanísticas concessões de “objetos complexos” (JUSTEN FILHO, Marçal. Concessões Urbanísticas e outorgas onerosas. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa (coord.). **Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 526), no que é acompanhado por MARQUES NETO, Flávio de Azevedo. Op. cit., p. 315 e NOVIS, Mariana. **O Regime Jurídico da Concessão Urbanística**. Belo Horizonte: Forum, 2011. p. 104-105. Em sentido contrário, identificando a concessão urbanística como concessão de obra pública, SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2012; LOMAR, Paulo José Villela. Operação Urbana Consorciada. In: DALLARI, Adilson Abreu; Ferraz, Sérgio (coords.). **Estatuto da Cidade** (Comentários à Lei Federal n. 10.257/2001). 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. DALLARI entende ser a concessão urbanística “um instituto específico do direito urbanístico”, não se configurando uma modalidade de concessão de obra pública (DALLARI, Adilson Abreu. Concessões Urbanísticas. In: FREITAS, José Carlos de (coord.). **Temas de Direito Urbanístico 3**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado/Ministério Público do Estado de São Paulo, 2001. p. 22).

³⁶⁶ No dizer de COUTO E SILVA, “O contrato de *engineering* é um negócio jurídico complexo, porquanto, de regra, são feitos diversos contratos, parciais, seja com finalidade preparatória, seja executiva, que constitui, no seu todo, o aludido negócio jurídico. No seu conteúdo pode abrigar, assim, contratos de empreitadas parciais, de planejamento da obra, de realização de certas partes ou equipamentos, contratos de serviços, contratos de transporte, contratos de supervisão, sendo a sua totalidade o ‘contrato de *engineering*’. Configura-se, como contrato atípico, que se desprende do modelo de empreitada, e que, conforma a complexidade da obra, poderia ter como partes, diversos figurantes, e não apenas o empreiteiro e o dono da obra, como sucedia, em regra, no modelo de empreitada previsto no Código Civil. Por este motivo, não é possível descrever o desenvolvimento desse contrato em todas as suas formas; de um modo geral, ele supõe a existência de um projeto, realizado por empresas competentes para isso, projeto esse que depois é executado pelos empreiteiros”. (COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo. **Contrato de *Engineering***. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 81, v. 685, 1992. p. 33).

sistema de gestão democrática e participativa aplicado à implantação do projeto. Como último elemento de destaque da legislação paulistana, o art. 34 determina ser causa de caducidade do contrato de concessão o fato da intervenção urbana estar sendo realizada de forma inadequada ou deficiente, tendo por base as leis municipais, as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores de sua boa qualidade, sem que as irregularidades sejam sanadas em tempo hábil ou sem justificativa, nos termos da avença³⁶⁷.

2.7.5 Parcerias público-privadas e concessões urbanísticas e a transformação ou qualificação do território urbano

A contratualização das atividades urbanísticas, com a delegação de funções estatais a particulares, pode representar importante medida no financiamento da transformação ou requalificação urbana.

Com efeito, partindo da premissa de que o escopo da concessão (em sentido amplo) será a implantação de um projeto urbanístico ofertado pelo Poder Público, proporcionar a transferência dos investimentos necessários ao parceiro privado pode ser medida de grande utilidade. Mais que útil, aponte-se, tendo em vista a realidade de nosso país, em que há pequena capacidade de investimento do setor público (quanto mais em projetos de urbanização), a utilização de recursos do setor privado para a implantação de projetos urbanísticos afigura-se, cada vez mais, indispensável.

Reconhecer esta condição e realizar esforços para o aprimoramento dos mecanismos de relação entre estes atores, especialmente definindo as formas de fiscalização e

³⁶⁷ JUSTEN FILHO arrola dificuldades jurídicas de diversas ordens para a implantação da concessão urbanística tal como prevista na legislação paulistana, a saber: a) omissão legislativa: a disciplina do instrumento pela legislação paulistana seria lacônica, deixando ao contrato a maior parte da estruturação jurídica do negócio; b) necessidade de definição precisa dos encargos do particular, para que seja possível visualizar os eventuais benefícios do contrato para o concessionário; c) a delimitação prévia das vantagens de sua remuneração econômica, uma vez que o retorno dos investimentos realizados não advém de serviço de consumo compulsório, estando à mercê das oscilações de mercado; d) a inaplicabilidade dos mecanismos próprios da concessão de serviço público, uma vez que é o mercado quem definirão montante da remuneração ao particular, relacionado ao preço do metro quadrado comercializável na área transformada e à demanda pela construção de empreendimentos da concessão urbanística; e) dificuldade de consagração de uma equação econômico-financeira estática, novamente em razão dos riscos referentes ao mercado imobiliário. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões Urbanísticas e outorgas onerosas*. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa (coord.). **Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 532-534). A despeito da solidez da crítica realizada, diversas das questões arroladas deverão ser devidamente esclarecidas no projeto urbanístico da concessão urbanística, que trará a previsão da remuneração dos investimentos realizados. Em que pese de fato haver dificuldades referentes às oscilações do mercado, tais podem ser reduzidas a riscos, devidamente compartilhados na matriz de negócios da concessão.

estabelecendo, de modo minudente, as responsabilidades do Poder Público e do setor privado, deve ser uma preocupação clara dos responsáveis pela elaboração e implantação de projetos urbanos. A promoção das funções sociais das cidades é dever do Estado, mas nada impede (ao contrário, tudo aconselha) que seja possível ao setor privado agir para que tal finalidade seja atingida - a atuação dos particulares baseada em projetos urbanísticos elaborados e implantados mediante procedimentos públicos e participativos, veiculados em processos administrativos em que as decisões sejam plenamente fundamentadas, deve ser não só autorizada como estimulada, respeitada a juridicidade da atuação administrativa.

CAPÍTULO 3 – FUNDAMENTOS PARA A EFICÁCIA DOS PROJETOS URBANÍSTICOS

3.1 Ineficácia na elaboração e implantação de projetos urbanísticos

3.1.1 Indefinição de funções e competências e carências de quadros técnicos na Administração Pública

A disputa entre o público e o privado é uma das principais tensões que movimentam o ambiente urbano. Seja nas grandes cidades, onde o embate se dá especialmente na conformação da propriedade urbanística e da edificabilidade dos lotes, seja nos pequenos e médios municípios, em que o principal foco de interesse é a expansão do território urbano por intermédio de novos loteamentos ou condomínios fechados, este tema acaba por perpassar toda a discussão sobre formação e implantação de política de desenvolvimento urbano. O próprio Estatuto da Cidade reconhece esta disputa, e prevê a cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, bem como a isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização, determinando, em ambos casos, o atendimento ao interesse social (art. 2º, incs. III e XVI)³⁶⁸.

A indefinição da atribuição para a prática dos atos e processos referentes à política de desenvolvimento urbano, que pode ocorrer tanto no aspecto negativo, em que nenhum dos atores se dispõe a atuar, como no aspecto positivo, em que cada um entende ser o agente hábil à medida a adotar, tem como imediata consequência prática gerar a dificuldade - ou, por vezes, a incapacidade - dos atores envolvidos de realizar articulações e ajustes que permitam promover o desenvolvimento urbano nos termos idealizados pelo planejamento urbanístico. Em programas que têm seu arco de concretização de resultados previsto para décadas, tais desencontros tendem a acarretar a diminuição da velocidade e eficiência de sua implantação, até a sua final paralisação, prejudicando de maneira decisiva a viabilização das políticas públicas positivadas pelo ordenamento jurídico-urbanístico. Esta condição, por sua vez, gera um déficit de confiabilidade na capacidade de efetiva implantação dos projetos

³⁶⁸ Para SUNDFELD, tais dispositivos representam verdadeiro “limite à autossuficiência estatal” em matéria urbanística, identificada esta como vertente do totalitarismo estatal que impede sistematicamente a atuação privada, individual. (SUNDFELD, Carlos Ari. O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERAZ, Sérgio. **Estatuto da Cidade** (Comentários à Lei 10.257/2001). São Paulo: Malheiros, 2014. p. 58-59).

urbanos, que acaba por contaminar a atuação de todos os agentes envolvidos neste processo, gerando novas disputas acerca dos papéis a desempenhar pelos atores públicos e privados na formação e implantação do planejamento urbanístico.

Há, contudo, ainda outros problemas advindos da falta de clareza sobre os papéis dos diversos atores envolvidos nos processos de elaboração e implantação de políticas públicas de desenvolvimento urbano. A falta de definição dos papéis a desempenhar nestes processos, estribada em uma normatização objetiva e especificamente voltada à construção e implantação de projetos urbanísticos, acaba tanto por fazer parecer legítima a cessão, ao setor privado, da atribuição de definir temas fundamentais na elaboração e implantação de projetos urbanísticos, conformando padrões de decisão que acabam por impedir a regulação eficiente da política pública a ser implantada³⁶⁹, quanto por fazer com que o Poder Público assumira indevidamente o encargo de realizar atividades que deveriam ser desempenhadas pelos particulares, subtraindo do campo de atuação dos particulares funções que deveriam ser por estes agentes exercidas.

É certo que estas substituições podem ocorrer por razões prosaicas, tal como a simpatia da corrente política momentaneamente hegemônica por determinados atores da arena pública de debate sobre o desenvolvimento urbano, incluindo-se neste conjunto de personagens o próprio Poder Público³⁷⁰, mas não raro é mais complexa. O problema da indefinição prática dos papéis do setor público e do setor privado nos processos de elaboração e implantação de projetos urbanísticos pode advir, além da falta de definição de processos objetivos de formação e decisão dos projetos urbanísticos, da incapacidade da Administração Pública de reconhecer e sintetizar os elementos colocados à sua análise no

³⁶⁹ Com efeito, à guisa de exemplo, durante todos os ciclos do processo permanente de elaboração destas políticas públicas há constantes demandas do que se convencionou denominar “mercado imobiliário”, isto é, a ampla rede formada pelos agentes econômicos envolvidos na indústria de transformação do tecido urbano, que inclui, dentre outros, proprietários de imóveis, incorporadores, construtores, fornecedores da construção civil e até mesmo os trabalhadores ligados a tal ramo de negócios, da mesma forma que também influenciaria esta disputa os movimentos sociais, as organizações não governamentais, outras esferas de governo, etc. Como exemplos destas substituições, por sua vez, é possível citar a permissão ou vedação para a utilização do instrumento da outorga onerosa sem que a Administração Pública tenha clareza onde se localizam os territórios de transformação, qualificação ou preservação urbanística no município, ou as situações em que o setor privado acaba por indicar as áreas a transformar em uma operação urbana consorciada, com a correspondente adoção de especiais parâmetros urbanísticos, sem que correspondente projeto urbanístico dê fundamento a tal medida.

³⁷⁰ O dever de imparcialidade do corpo administrativo com a atribuição de arbitrar os interesses em disputa na arena pública foi tratado no Capítulo 1. Aspecto deste dever é o “dever de neutralidade”, desta feita com “um cunho eminentemente negativo, acentuado pelo dever de não-intervenção, de abstenção em tomar partido”, privilegiando, desta forma, a impessoalidade e a imparcialidade. (ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **O Princípio da Impessoalidade na Administração Pública: Para uma Administração Imparcial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 74-75).

exercício desta tarefa - o problema pode ser decorrente da carência dos quadros técnicos da Administração Pública nos municípios brasileiros.

O simples fato de os planos urbanísticos terem por missão prever as áreas de transformação ou qualificação, cabendo aos projetos urbanísticos estipular como esta transformação ou qualificação ocorrerá, dá ensejo à constatação de que, em todos os instrumentos urbanísticos haverá, em algum momento, a necessidade da decisão sobre tais temas por parte do Poder Público, e a carência técnica dos quadros da Administração Pública responsável por analisar tais questões gera problemas de muito difícil solução. Os exemplos são abundantes: no tocante aos instrumentos urbanísticos da outorga onerosa de potencial construtivo e transferência de potencial construtivo, as principais questões acerca dos papéis dos atores públicos e privados têm por origem a compreensão da natureza jurídica deste bem jurídico e de sua função nos processos referentes ao desenvolvimento urbano. A equivocada noção sobre o conceito de propriedade urbanística, adotando-se premissas acerca dos direitos referentes à propriedade imobiliária que partem do pressuposto de que esta é um bem destinado exclusivamente ao gozo e fruição de seu proprietário, leva a decisões administrativas sobre os mecanismos de utilização destes instrumentos não adequadas ao subsistema jurídico-urbanístico, o que afeta especialmente as expectativas a respeito dos deveres do Poder Público em sua disponibilização e formas de emprego³⁷¹.

Em instrumentos que têm por objetivo a implantação de projetos urbanísticos para a transformação de parcelas específicas do território, como as operações urbanas consorciadas, a ineficiência ora em debate ganha ainda outros aspectos. De fato, como já exposto, as operações urbanas consorciadas passaram de um mero mecanismo de adiantamento de recursos para implantação de infraestrutura urbana para um complexo arranjo regulatório, tendente a promover de forma direcionada o desenvolvimento de determinada parcela do território. Houve, em outros termos, uma progressiva passagem da atuação complementar

³⁷¹ Tendo em vista esta realidade, diga-se, não é raro as legislações municipais estabelecerem verdadeiras declarações em seus textos normativos, expressamente atestando que a utilização de da outorga onerosa e da transferência de potencial construtivo não constitui direito subjetivo dos proprietários – tal medida, embora em tese fosse até mesmo desnecessária, explícita eventuais tensões havidas entre os atores incumbidos de implantar a política de desenvolvimento urbano do Município Como exemplos, Plano Diretor de Recife - PE (Lei n. 17.511/2008): “Art. 161 A concessão da outorga onerosa do direito de construir poderá ser negada caso se verifique impacto não suportável pela infraestrutura, de acordo com os critérios e procedimentos definidos nos termos de lei específica.” e o Plano Diretor de Campina Grande – PB (Lei Complementar n. 03/2006): “Art. 59. O Poder Executivo Municipal poderá exercer a faculdade de outorgar onerosamente o exercício do direito de construir, mediante contrapartida financeira a ser prestada pelo beneficiário, conforme disposições dos artigos 28, 29, 30 e 31 do Estatuto da Cidade, e de acordo com os critérios e procedimentos definidos nesta Lei Complementar. Parágrafo único. A concessão da Outorga Onerosa do Direito de Construir poderá ser negada caso se verifique possibilidade de impacto não suportável pela infraestrutura ou o risco de comprometimento da paisagem urbana”.

entre o setor público e os particulares, em que cada qual cumpria suas tarefas no processo de urbanização de forma relativamente independente e estanque (implantação de infraestrutura pelo Poder Público e construção de empreendimentos imobiliários pelo setor privado), para um aspecto verdadeiramente colaborativo na implementação do projeto urbanístico veiculado pela lei da operação urbana consorciada. O aumento da complexidade no desenho do instrumento, assim, normalmente guarda direta relação com o aumento da dificuldade na definição da fronteira entre os papéis dos setores público e privado no processo de sua elaboração - como exemplos, as dificuldades ocorrem no momento das definições de mecanismos de fomento³⁷² ou de incentivo, no tocante aos seus limites e condições de utilização, ou, como já exposto, no processo de definição das áreas de intervenção do instrumento, que receberão parâmetros urbanísticos específicos e, em regra, as grandes obras de infraestrutura planejadas.

É preciso destacar, sob este tema, que não bastassem os aspectos deletérios de um planejamento urbanístico inadequado, que é capaz de promover uma espécie de desenvolvimento urbano que não corrija (ou até mesmo agrave) os problemas da cidade, ainda há o sério risco de, normatizando-se de forma desequilibrada os ônus e benefícios do processo de desenvolvimento urbano, acabe-se criando uma rede de indevidos favores e subvenções a determinadas parcelas do setor privado, em detrimento das demais e do próprio interesse público. A fixação dos direitos e deveres referentes às atividades urbanísticas em operações urbanas consorciadas, parcerias público-privadas, concessões etc. é momento especialmente delicado no complexo arranjo institucional que tem por objeto promover o desenvolvimento urbano do município, especialmente em razão de tais medidas serem possíveis somente tendo por ponto de partida a edição de lei formal a tanto - o revés da facilidade institucional, consistente no permissivo legal de regramento da propriedade urbanística de forma diversa do plano diretor e do zoneamento é a necessidade de ainda maior controle do impacto regulatório por si promovido. Os contratos e demais ajustes decorrentes desta iniciativa, por sua vez, nada mais serão que o reflexo da autorização legislativa já estabelecida. Aponte-se, como derradeiro ponto de reflexão sobre este tema

³⁷² Como sabido, na atividade de fomento, são instituídos mecanismos de incentivo capazes de beneficiar pessoas físicas e jurídicas, de direito público e privado, com o objetivo de estimular ou desestimular a adoção de comportamentos ou práticas destinadas a atender fins sociais, econômicos ou institucionais do Estado. Tais mecanismos demandam planejamento estatal para que possam ser úteis aos fins a que se destinam, e necessitam de que sejam definidos com clareza os benefícios auferíveis pelos tomadores do fomento, assim como as responsabilidades e obrigações que advirão em contrapartida. A respeito do tema, cf. ALENCAR, Letícia Oliveira Lins de. A atividade administrativa de fomento e a importância do planejamento. **Fórum Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, ano 16, n. 182, p. 25-40, abr. 2016.

específico, que não raro há a manipulação da informação sobre o conteúdo de tal delegação, seja por desconhecimento técnico, seja de forma intencional, obstaculizando-se intencionalmente o processo de elaboração e implantação do projeto urbanístico³⁷³.

Por fim, ainda sobre a questão da carência dos quadros técnicos da Administração Pública brasileira, é preciso lembrar que tal acarreta, em termos de formulação e implantação de projetos urbanísticos, a necessidade de contratação de entidades ou profissionais especializados para produção de material técnico tendente a formar a convicção do Poder Público sobre as matérias submetidas à sua apreciação. Tal situação, por si, não representa problema algum: supre-se uma carência da Administração Pública com a contratação de profissionais especializados, oferecendo-se à sociedade civil o serviço público correspondente. Ocorre, contudo, que o dever de detectar e ponderar os interesses legitimamente envolvidos na discussão da formação e implantação da legislação urbanística e a necessidade de promover o espaço para as pertinentes discussões sobre o tema necessitam do estabelecimento de um nível de avaliação técnica, *interna corporis*, condizente com estas medidas.

De fato, é comum que o município seja obrigado a realizar a contratação de mão de obra especializada para a elaboração dos estudos técnicos referentes ao planejamento urbanístico³⁷⁴, em função da especificidade dos conhecimentos técnicos exigidos para a elaboração deste trabalho, dificuldade na colheita e compilação de dados etc. Os estudos referentes ao planejamento urbanístico - urbanísticos em sentido estrito, sociais,

³⁷³ Já foi exposta, retro, a situação havida durante a tramitação do Projeto Nova Luz, que levou a Administração Municipal de São Paulo ajuizar ação de Suspensão de Segurança perante o Órgão Especial do E. Tribunal de Justiça, obtendo, então, a ordem que determinou a impossibilidade de concessões de novas liminares contra a Fazenda Pública Municipal tendo por base o fundamento da impossibilidade de delegação da possibilidade de promoção de desapropriação urbanística pelo futuro concessionário (Processo 0022646-87.2012.8.26.0000).

³⁷⁴ Uma rápida pesquisa na rede mundial de computadores explicita esta condição. Somente à guisa de exemplo, a empresa TECTON/Instituto da Cidade informa ter realizado consultoria para planos diretores e planos e projetos deste decorrentes nos municípios de Limeira (SP), Mogi-Mirim (SP), Pindamonhangaba (SP), Cocal do Sul (SC), Manaus (AM), Franco da Rocha (SP) e Ourinhos (SP) – disponível em <http://migre.me/vLAUC>, acesso em 03 nov 2016; a empresa Ambiens Consultoria informa ter realizado tal trabalho para os municípios de Guarulhos (SP), São José dos Pinhais (PR), Cambará do Sul (RS), São José dos Ausentes (RS), Paranavaí (PR), Viamão (RS) etc. – disponível em <http://migre.me/vLAUU>, acesso em 03 nov 2016. Também é comum a contratação de fundações públicas para esta tarefa, especialmente em razão da facilidade advinda em razão do permissivo do art. 24, inc. XIII da Lei Federal n. 8.666/1993, que autoriza a dispensa de licitação na hipótese de contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos. Como exemplo, a FUPAM (Fundação para a Pesquisa em Arquitetura e Ambiente, ligada à Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo), elaborou a mais recente revisão do Plano Diretor do Município de Campinas (Disponível em: <<http://migre.me/vLAVd>>. Acesso em: 03 nov. 2016).

econômicos, jurídicos etc.³⁷⁵ - são, então, produzidos por contratados, ocorrendo, contudo, muitas vezes, que o exercício do poder decisório sobre os temas fundamentais do planejamento urbanístico, em razão das dificuldades apontadas retro, não seja efetuado por aqueles a quem a lei outorgou competência.

Além da disputa que ocorre na definição dos papéis no processo de desenvolvimento urbano entre o setor público e o setor privado, há outra, menos evidente, mas também capaz de gerar grandes problemas na tarefa de viabilizar a elaboração e implantação de projetos urbanísticos: a indefinição de competências entre os entes federados e entre as suas pessoas jurídicas em regiões metropolitanas. No tocante a este tema, o conjunto de estipulações normativas obtidas a partir da análise conjunta do conteúdo da decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.842, do Estado do Rio de Janeiro³⁷⁶ e do contido na Lei Federal n. 13.089/2015, o Estatuto da Metrôpole, não conseguiu eliminar questões importantes, que prejudicam a elaboração de políticas públicas de desenvolvimento urbano compatíveis com a proposta de desenvolvimento integrado destes municípios.

O Supremo Tribunal Federal decidiu ser constitucional a criação de regiões metropolitanas e aglomerados urbanos (inclusive a integração compulsória dos municípios a tais entes) pelos estados-membros, desde que respeitada a autonomia e autogoverno dos municípios. Os municípios, por sua vez, podem atuar na resolução das questões regionais de forma voluntária (consórcios) ou compulsória (aglomerações urbanas)³⁷⁷, respeitando-se,

³⁷⁵ O Ministério das Cidades lançou um guia para elaboração de planos diretores que propõe um conteúdo mínimo para tais estudos. Novamente, somente a título de exemplo, propõe a elaboração dos seguintes mapas: Mapas temáticos sobre o território: (a) riscos para ocupação urbana, (b) áreas para preservação cultural, (c) estrutura fundiária, (d) evolução histórica da cidade e do território, (d) inserção regional do município, (e) indicadores de mobilidade e circulação; Mapas de população: (a) por bairro e densidade, (b) de faixa etária e escolaridade, (c) condições de emprego e de renda familiar, (d) crescimento ou evasão de população, mapas de uso do solo; Mapa da ocupação atual do território: atividades e formas de uso e ocupação do solo já existentes, formais e informais, regulares ou não, vazios urbanos e zona rural, áreas habitacionais, indicando diferentes padrões existentes na cidade, áreas com edificações de maior altura, densidades habitacionais, morfologias, mobilidade urbana; Mapas da infraestrutura urbana: (a) serviços e equipamentos e níveis de atendimento: (b) redes de infraestrutura (esgotamento sanitário, água, luz, telefone, drenagem, TV a cabo, infovias e outras), (c) redes de equipamentos (educação, saúde, cultura, esporte e lazer, etc.); Mapas da atividade econômica do município: (a) atividades econômicas predominantes, inclusive as informais e sua importância local e regional; (b) atividades em expansão ou em retração, não só em termos de número de empregos e de empresas, mas de sua participação na composição da receita do município, (c) dinâmica imobiliária etc. BRASIL. **Plano Diretor Participativo. Guia para a elaboração pelos municípios e cidadãos**. Brasília: Ministério das Cidades, 2004. Disponível em: <<http://migre.me/vpww4>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

³⁷⁶ Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1842-RJ, rel. Min. Gilmar Mendes. J. em 06/03/2013. Disponível em: <<http://migre.me/vLAVC>>. Acesso em: 05 nov. 2016.

³⁷⁷ Sobre a associação de municípios em consórcios, BORGES já defendia, no ano de 2004, a criação de autarquias intermunicipais que veiculassem tais ajustes entre os municípios. (BORGES, Alice Gonzalez. Operações urbanas consorciadas: os consórcios intermunicipais como instrumento de realização do Estatuto da Cidade. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa (coord.). **Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 1-12). A Lei de Consórcios Públicos (Lei n.

novamente, a autonomia municipal. O Supremo Tribunal Federal estabeleceu, ainda, ser inconstitucional a transferência, ao estado-membro, do poder concedente de funções e serviços públicos de interesse comum - o interesse comum é mais que a soma dos interesses locais, pois a má condução da função de interesse comum por apenas um município pode colocar em risco todo o esforço conjunto de municípios formadores da aglomeração urbana. O poder concedente e titularidade destes serviços, ainda, será atribuído ao colegiado formado pelos municípios e pelo estado, não havendo necessidade de participação paritária nesta entidade: todos devem ter voz, embora o voto não necessariamente deva ter o mesmo peso.

O Estatuto da Metrópole, por sua vez, prevê a existência regiões metropolitanas ou aglomerações urbanas criadas por lei complementar estadual, de governança interfederativa, com o compartilhamento de responsabilidades e ações entre entes da Federação em termos de organização, planejamento e execução de funções públicas de interesse comum. Tais responsabilidades e ações devem ter por base a execução de um plano de desenvolvimento urbano integrado, instrumento que estabelece, com base em processo permanente de planejamento, as diretrizes para o desenvolvimento urbano da região metropolitana ou da aglomeração urbana (art. 1º). As leis complementares que criarem tais entes definirão, no mínimo, os municípios integrantes, os campos funcionais ou funções públicas de interesse comum que justificam a instituição da unidade territorial urbana, a conformação da estrutura de governança interfederativa, incluindo a organização administrativa e o sistema integrado de alocação de recursos e de prestação de contas e os meios de controle social da organização, do planejamento e da execução de funções públicas de interesse comum (art. 5º).

Além das diretrizes gerais de política urbana previstas no Estatuto da Cidade, os entes federados integrantes de tais aglomerações obedecerão a diretrizes específicas de política urbana, tais como a implantação de processo permanente e compartilhado de planejamento e de tomada de decisão quanto ao desenvolvimento urbano e às políticas setoriais afetas às funções públicas de interesse comum, o estabelecimento de meios compartilhados de organização administrativa das funções públicas de interesse comum e de um sistema

11.107/2005) estabeleceu o dever de os consórcios públicos serem estabelecidos mediante associações públicas ou pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos (art. 1º, § 1º, c/c art. 4º, inc. IV). O Estatuto da Metrópole não determinou qual a forma de organização do novo ente metropolitano, não sendo incomum a organização em forma de autarquias, como ocorre na Região Metropolitana de Belo Horizonte – Lei Complementar Estadual n. 107/2009, e na Região Metropolitana de Campinas (Lei Complementar Estadual n 946/2003). Para a região Metropolitana de São Paulo, a Lei Complementar Estadual nº 1.139/2011 autoriza a criação da autarquia.

integrado de alocação de recursos e de prestação de contas, a execução compartilhada das funções públicas de interesse comum, mediante rateio de custos previamente pactuado no âmbito da estrutura de governança interfederativa, a compatibilização dos planos plurianuais, leis de diretrizes orçamentárias e orçamentos anuais dos entes envolvidos na governança interfederativa e a participação de representantes da sociedade civil nos processos de planejamento e de tomada de decisão, no acompanhamento da prestação de serviços e na realização de obras afetas às funções públicas de interesse comum (art. 7º). Além da previsão, em seu art. 9º, da criação de instrumentos jurídico-urbanísticos de caráter interfederativo (como operações urbanas consorciadas interfederativas, consórcios públicos etc.), o diploma legal prevê a formulação de planos setoriais interfederativos para políticas públicas direcionadas à região metropolitana ou à aglomeração urbana e a necessidade de compatibilização do plano diretor dos municípios com o plano de desenvolvimento urbano integrado da unidade territorial urbana (art. 10), esta última medida obrigatória, praticando o prefeito ato de improbidade administrativa caso não tome as medidas necessárias à apontada compatibilização no prazo de três anos após a entrada em vigor da lei estadual (art. 21, inc. II). O Plano de Desenvolvimento Urbano Integrado, obrigatório aos entes pertencentes à região metropolitana ou de aglomeração urbana, conterá as diretrizes para as funções públicas de interesse comum, incluindo projetos estratégicos e ações prioritárias para investimentos; o macrozoneamento da unidade territorial urbana; as diretrizes quanto à articulação dos Municípios no parcelamento, uso e ocupação no solo urbano; e as diretrizes quanto à articulação intersetorial das políticas públicas afetas à unidade territorial urbana, incluindo a delimitação das áreas com restrições à urbanização visando à proteção do patrimônio ambiental ou cultural, bem como das áreas sujeitas a controle especial pelo risco de desastres naturais, se existirem (art. 12).

A grande quantidade de diretrizes e regras trazidas pela decisão do Supremo Tribunal Federal e pelo Estatuto da Metrópole pode causar confusão no tocante aos papéis a desempenhar por municípios e estados-membros integrantes das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas³⁷⁸, especialmente no que se refere à compulsória adaptação dos planos diretores ao regramentos dos planos de desenvolvimento urbano integrado - as funções de planejamento urbanístico e de definição de normatização de tal advinda são, conforme amplamente exposto, de responsabilidade municipal, e a normatização dos planos regionais,

³⁷⁸ Mormente quando constituições estaduais estabelecerem regras discrepantes, como ocorre, por exemplo, com a Constituição do Estado de São Paulo, que determina caber ao Estado a operação do serviço de interesse comum de transporte coletivo de caráter regional (art. 158, parágrafo único).

especialmente no tocante às atividades urbanísticas não diretamente referidas aos serviços de interesse comum, deve observar tal condição³⁷⁹.

Há, ainda, a dificuldade inerente ao planejamento de formulação de medidas de caráter urbanístico que gerem um desenvolvimento sustentável de alcance metropolitano. As diferenças de normatização do uso do solo, de regimes tributários, de procedimentos de obtenção de licenças etc. laboram em sentido contrário à ideia de otimização de esforços para a obtenção de respostas eficientes para vários municípios integrantes destas aglomerações urbanas.

A integração metropolitana também contém problemas no tocante à dificuldade de prestação de serviços de interesse comum nos territórios da metrópole, especialmente nas regiões metropolitanas instituídas antes do Estatuto da Metrópole. As ineficiências neste campo se apresentam, por exemplo, na disputa desregulada entre os sistemas de transporte coletivo municipais e intermunicipais³⁸⁰, a dificuldade em organizar o serviço de coleta e tratamento de esgotos que atenda aos interesses de todos os entes federados existentes em uma região metropolitana³⁸¹ etc. Há, observa-se, dificuldades em delimitação da extensão das competências atribuídas aos entes federados, e destes às suas entidades da administração direta e indireta e seus concessionários.

Por fim, reconhecida a dificuldade de estabelecer e manter em funcionamento fóruns e espaços de discussão com a sociedade civil em caráter municipal, a ampliação deste debate para a esfera metropolitana acaba por gerar desafios ainda maiores, já que a formação da

³⁷⁹ Tramita no Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição n. 13/2014, que prevê participações do estado e dos municípios na arrecadação de impostos federais e estaduais como receitas do Agrupamento Metropolitano, que terá seu plano metropolitano aprovado por decreto legislativo estadual. A proposta, ainda, propõe alterar o art. 182 da Constituição Federal, inserindo um § 5º no dispositivo. Tal inserção determina que no caso de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões em que o ordenamento territorial seja uma função pública de interesse comum, o plano diretor será elaborado pelo agrupamento de municípios e aprovado por decreto legislativo estadual ou municipal, conforme o caso. Projeto de Emenda à Constituição n. 13, de 2015, do Senado Federal. Disponível em: <<http://migre.me/vLAW3>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

³⁸⁰ Inclusive com a judicialização do tema, como pode ser visto, entre tantos exemplos, no Mandado de Segurança n. 0011869-72.2011.8.19.0000, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que discutiu o tema na região metropolitana do Rio de Janeiro (Disponível em: <<http://migre.me/vqPk1>>. Acesso em 06 nov. 2016), no Agravo de Instrumento n. 2013797-53.2016.8.26.0000, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Disponível em: <<http://migre.me/vqPyT>>. Acesso em: 06 nov. 2016).

³⁸¹ O Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo julgou procedente Ação Declaratória de Inconstitucionalidade proposta pelo governador do Estado para declarar a inconstitucionalidade das leis nº 7.095/12, 7.096/12 e 7.102/12, do município de Guarulhos, que instituía, entre outras coisas, a política municipal dos serviços públicos de abastecimento de água e do esgotamento sanitário e a Agência Reguladora dos Serviços Públicos de Saneamento Básico do município, autorizando o Município a realizar uma parceria público-privada para a prestação de tais serviços. Em seu voto, o Des. Rel. Evaristo dos Santos afirmou que o município não tem competência para criar e organizar com exclusividade seus serviços autônomos de água e esgoto, sendo certo que, a pretexto de dispor sobre assunto de interesse local, acabou por desrespeitar o pacto federativo e a repartição de competências (cf. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2071833-93.2013.8.26.0000. Disponível em: <<http://migre.me/vLAW1>>. Acesso em: 06 nov. 2016).

vontade metropolitana não será a soma das vontades individuais das sociedades civis de cada município, e sim a conformação de tais vontades, em funções de interesse comum, a finalidades específicas de caráter metropolitano.

3.1.2 Falta de confiança e déficit de *accountability*

Outro aspecto relevante no tocante à eficácia dos projetos urbanísticos são os problemas associados à dificuldade enfrentada pelo Estado de promover um planejamento coerente e consequente, que permita aos cidadãos e aos investidores ter algum juízo de previsibilidade acerca das condições e regramentos jurídicos de caráter urbanístico aplicáveis em médio ou longo prazo. Conforme já asseverado, ainda que a conformação da propriedade urbanística seja suscetível a mudanças plano diretor e pela legislação dela decorrente, também é certo que as mudanças informadas pelo planejamento urbanístico, em regra, não devem representar alteração significativa nos parâmetros de aproveitamento, uso e ocupação do solo de tais propriedades - em verdade, o acúmulo de processos eficientes de planejamento urbanístico para o território urbano tende a tornar cada vez mais estável a conformação das propriedades urbanísticas localizadas no município.

Neste passo, é importante destacar que tal assertiva não implica concluir que não possa haver a adoção de parâmetros urbanísticos distintos dos definidos pelo plano diretor ou pela lei de zoneamento por legislação específica, veiculadora de projetos urbanísticos – em uma operação urbana consorciada ou em uma parceria público-privada, por exemplo, tal condição será, inclusive, esperada: é a partir destas alterações que se desenha o plano específico de aproveitamento para a determinada porção do território que será objeto de transformação ou requalificação urbanística.

Parte da ineficiência em termos de utilização destes instrumentos urbanísticos por sua vez, ocorre em razão de que tais alterações não são originadas de uma avaliação dos resultados do planejamento urbanístico que considere o efeito de suas estipulações em um período de tempo razoável, mas sim de meras iniciativas que têm por motivações acomodar os interesses da corrente política momentaneamente hegemônica (garantindo uma base de sustentação política para os mandatários municipais) ou cumprir programas políticos elaborados sem uma reflexão adequada sobre os processos de desenvolvimento urbano do município. Tais mudanças são tendentes a diminuir a eficiência do planejamento urbanístico veiculado pelo plano diretor, laborando, assim, em sentido contrário à estipulação normativa

básica do subsistema jurídico-urbanístico que informa ser tal diploma jurídico a sua lei de referência³⁸².

Além da questão da conformação da propriedade urbanística em si, também se relaciona à questão das boas práticas tendo em vista o tempo na implantação do planejamento urbanístico a possibilidade de alterações na política pública de desenvolvimento urbano que acabem modificar diretrizes de atuação do Poder Público, com repercussões imediatas na disponibilidade de recursos - financeiros, técnicos, operacionais - a determinadas iniciativas e programas em termos de desenvolvimento urbano em detrimento de outras, anteriormente privilegiadas. De fato, há possibilidade de advirem consequências negativas em razão do descompasso entre o tempo do planejamento urbanístico e o tempo das gestões dos governos municipais: ordinariamente, como já asseverado retro, o planejamento urbanístico tem por horizonte de transformação ou requalificação do tecido urbano o prazo de anos ou décadas, e mesmo os instrumentos para implantação de projetos urbanísticos com tempos de intervenção relativamente mais abreviados, como as parcerias público-privadas ou as concessões urbanísticas, demandarão anos para sua efetiva concretização³⁸³, contrapondo-se a tal condição os tempos de mandato dos prefeitos municipais - em que pese a possibilidade de reeleição, ou de eleição de candidatos do mesmo partido do governo, os ciclos de disputa pelo poder político municipal reproduzem-se de quatro em quatro anos.

Neste caso, o tempo de implantação dos projetos urbanísticos poderá dar ensejo à revisão de metas ou indicadores de desempenho estipulados para a área objeto da intervenção específica: as propostas de política urbana de determinada corrente política ou grupo hegemônico no governo podem não ter a mesma hierarquização de prioridades das adotadas no governo anterior (o que, em princípio, é absolutamente legítimo). Tal situação, por sua

³⁸² Os tribunais brasileiros têm impedido alterações pontuais da legislação urbanística municipal sob este argumento. Neste sentido, à guisa de exemplo, no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0373244-40.2010.8.26.0000, do Município de Ubatuba (rel. Des. José Reynaldo, j. em 16/03/2011), disponível em: <<http://migre.me/vLAYJ>>. Acesso em 08 nov. 2016; Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 0207644-30.2011.8.26.0000, rel. Walter de Almeida Guilherme, j. em 21/03/2012, disponível em: <<http://migre.me/vLAYV>>. Acesso em: 08 nov. 2016; no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 0036640-03.2000.8.19.0000 (2000.007.00139), Rel. Des. Antonio Eduardo Duarte, j, em 26/08/2002, disponível em: <<http://migre.me/vLB0e>>. Acesso em: 08 nov. 2016.

³⁸³ O Projeto Nova Luz, em São Paulo, previa sua implantação em 15 anos (conforme Projeto Nova Luz – Subproduto 5.1. – PUE Consolidado, Disponível em: <<http://migre.me/vLB0v>>. Acesso em 08 nov. 2016); o Projeto Porto Maravilha, do Rio de Janeiro, que, embora denominado “operação urbana consorciada” acaba por se caracterizar como verdadeira concessão urbanística (conforme exposto adiante), tem prazo de vigência também por 15 anos (conforme Contrato de Parceria Público-Privada, Modalidade Concessão Administrativa, que tem por objeto a “Contratação, em regime de parceria público-privada, dos serviços de revitalização e operação da AEIU da Região Portuária do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://migre.me/vLB0M>>. Acesso em 08 nov. 2016).

vez, pode gerar tanto insegurança no setor privado, que vê ameaçadas suas expectativas de retorno financeiro de seus investimentos em razão de escolhas da Administração pautadas por motivos alheios à técnica de implantação do planejamento urbanístico³⁸⁴, quanto prejudicar a promoção de ações concertadas entre as diferentes esferas de governo - tendentes, em tese, a aumentar a eficiência dos gastos públicos em determinadas porções do território urbano³⁸⁵.

Ainda sobre o tema das boas práticas relacionadas ao tempo de implantação dos projetos urbanos, é conhecida a dificuldade da Administração Pública brasileira em cumprir seus compromissos de longo prazo assumidos com terceiros. Os problemas, neste campo, são também amplamente conhecidos, podendo os riscos dos contratos administrativos ser divididos em distintas espécies, tais como riscos inerentes ao mercado (como o de a demanda ser inferior ou superior à projetada), atribuíveis à atuação do Poder Público (como fatos do príncipe e mudanças legislativas), econômicos (alteração de taxas de juros, câmbio etc.), jurídicos (mudanças de orientação jurisprudencial, por exemplo), de demora nos processos de desapropriação, ambientais, geológicos, de engenharia etc.³⁸⁶ Além destes problemas, é

³⁸⁴ Em um exemplo, é sabido que o custo do potencial construtivo adicional, negociado por intermédio do instrumento da outorga onerosa, é incorporado ao preço final da unidade negociada pelo empreendedor privado, numa conhecida “conta de chegada” – o empreendedor, a partir da noção de quanto vai custar todo o empreendimento (terreno, custo de obra, potencial construtivo adicional, tributos etc.), prevê sua margem de lucro, e calcula o apontado preço final. A alteração da margem de lucro prevista é aceita com grande resistência pela indústria imobiliária em razão do receio de problemas no desenvolvimento da incorporação - danos em imóveis vizinhos, aumento inesperado de valores de insumos, greves, vendas abaixo do esperado etc. -, e também, ao que interessa a este trabalho, por temer inovações legislativas ou de orientação administrativa que afetem este método de trabalho e acabem por influenciar o custo final do empreendimento. Assim, num ambiente normativo em que a fixação do valor do potencial construtivo adicional (da “outorga onerosa do direito de construir”) ocorre tanto para fins arrecadatórios quanto para implantação da política de desenvolvimento urbano do município, as opções da Administração Pública que acabem por modificar o cenário normativo sem a adoção dos processos demandados pela gestão democrática das cidades tende a gerar ineficiência nos negócios imobiliários, aumentando o preço final das unidades e inflacionando o valor do metro quadrado de área construída média no Município. Sobre o tema, MALERONKA, Camila. **Projeto e gestão na metrópole contemporânea: um estudo sobre as potencialidades do instrumento ‘operação urbana consorciada’ à luz da experiência paulistana**. 245 p. Tese (Doutorado em História e Fundamentos da Arquitetura e do Urbanismo) - FAUUSP, São Paulo, 2010.

³⁸⁵ Como exemplo, a implantação de estações de transporte coletivo de alta capacidade demanda do Poder Público Municipal adaptações normativas e alterações de previsões de despesas em infraestrutura urbana que possibilitem tanto a assimilação do impacto urbanístico na região do entorno quanto o desenvolvimento urbanístico equilibrado da área afetada. É razoável, destarte, que sejam previstos terminais de transporte de média capacidade (ônibus) no entorno de tais estações, assim como novos equipamentos urbanos compatíveis com o adensamento construtivo e populacional esperado. A modificação do planejamento urbanístico sem que sejam observadas as diretrizes da gestão democrática das cidades – sem participação dos interessados e sem que haja um processo público e transparente que dê suporte às alterações promovidas – tende a causar a desarticulação dos diversos setores da Administração Pública que tem por dever promover os serviços públicos correspondentes à nova condição esperada destas porções do território urbano, o que, por si, gera a ineficiência não só dos gastos públicos como do planejamento urbanístico em si considerado.

³⁸⁶ Cf. SAMPAIO, Patrícia; ARAÚJO, Thiago. Previsibilidade ou Resiliência? Notas sobre a repartição de riscos em contratos administrativos. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**. Rio de Janeiro: Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, 2014. p. 328.

possível apontar outros: fragmentação dos núcleos de decisão, sem capacidade de coordenação do setor público; falta de dados para a formação da convicção administrativa, gestão temerária da coisa pública, que esgota o erário a ponto de inviabilizar o cumprimento dos compromissos de longo termo assumidos pelo Estado etc.

A insegurança jurídica na execução dos contratos públicos, por sua vez, encarece os valores a serem despendidos pela Administração Pública nas hipóteses de estruturação de políticas públicas de longo prazo (como as referentes ao desenvolvimento urbano) baseadas nesta forma de ajuste. De fato, uma vez que o contrato se apresenta como veículo para viabilizar a realização de investimentos com retorno a longo prazo, as mudanças no cenário político podem dar azo a propostas de alterações contratuais com uso de prerrogativas da Administração, de aceitação obrigatória pelo contratado - a possibilidade da quebra de continuidade do planejamento urbanístico em função da eleição de novos mandatários municipais é um elemento de inafastável ponderação nos processos referentes à implantação do planejamento urbanístico, evidenciando-se, neste ponto, a tensão entre a razoável expectativa do governante eleito de implantar sua política de governo e a intenção do subsistema jurídico-urbanístico, extraída a partir das diretrizes gerais de política urbana do Estatuto da Cidade e com base no plano diretor, de proporcionar o desenvolvimento urbano sustentável, baseado em um planejamento adrede realizado.

Quanto maiores as possibilidades de que haja alterações contratuais em razão de modificações do planejamento urbanístico motivadas pela mudança de entendimento da Administração Pública sobre o objeto contratado, contudo, maior será a sensação de impermanência, resultando que o simples fato de haver em tese esta possibilidade gera riscos de variável intensidade no âmbito de um contrato administrativo desta espécie. Como consequência desta situação, recursos em tese destináveis efetivamente à transformação ou qualificação do território acabam sendo utilizados tão somente para garantir a estruturação contratual da implantação dos projetos urbanísticos. Num aforismo bastante conhecido, quanto maior o risco, maior deve ser a margem de lucro do empreendedor para compensá-lo - portanto, quanto menor a confiança de que o Poder Público arcará com suas obrigações e privilegiará a estabilidade contratual, maior é o custo financeiro da implantação dos projetos urbanísticos.

Especificamente sobre este aspecto, cumpre lembrar que um dos fatores preponderantes na eficácia dos projetos urbanísticos é a compreensão dos processos econômicos que se desenvolvem no território do município. Há uma correlação imediata

entre o reconhecimento de tais processos e a eficiência do instrumental jurídico-urbanístico produzido para a qualificação ou transformação do território.

3.1.3 Base de dados deficientes e estudos ineficientes

A falta de uma política estruturada de construção e monitoramento de indicadores de desenvolvimento urbano, que acompanhe permanentemente a dinâmica econômica do município, é possivelmente a maior causa de descompasso entre o planejamento urbanístico e o que se convencionou chamar de “cidade real”, que acontece independentemente - à margem ou mesmo contrariamente - às normas de parcelamento, uso e ocupação do solo. A ausência da obtenção e compilação de tais índices permite, à guisa de exemplo, que aspirações de determinados segmentos da sociedade quanto a aspectos do planejamento urbanístico vicejem sem que seja possível cotejar a tais desejos com nenhum dado técnico que os confirme ou infirme: se é certo que o planejamento urbanístico depende dos influxos de informação da sociedade para sua conformação, também é indubitável que este não constitui o único elemento a ponderar no momento da definição da propriedade urbanística no município. Definir uma região como exclusivamente residencial com característica de habitações unifamiliares em grandes lotes, demarcar áreas destinadas a habitação de interesse social ou a implantação de indústrias etc. depende da conjugação de diversos fatores, que não podem corresponder exclusivamente à opinião a respeito do tema por parte dos moradores da região ou dos proprietários dos terrenos. Adotar decisões a partir destes poucos elementos de convicção, inclusive, tende a ser antagônica ao postulado da função social da cidade, que preconiza seu desenvolvimento sustentável, de forma equitativa ou, ao menos, equilibrada.

Outro aspecto negativo da definição de elementos de projetos urbanísticos sem que haja a ponderação de dados técnicos referenciais que descrevam as dinâmicas econômicas do espaço urbano planejado é a dificuldade de realizar uma normatização urbanística básica que tenda a oferecer possibilidades de desenvolvimento urbano compatíveis com a realidade do território a qualificar ou transformar. Com efeito, na esteira do afirmado por MARRARA, a análise de aspectos econômicos do direito presta-se a subsidiar atividades de “engenharia jurídica”, que tenham por objeto propor novos modos institutos e soluções normativas que sirvam de base para a organização da sociedade (direito pré-conflito) e para a resolução de

questões surgidas em seu meio (direito pós-conflito)³⁸⁷. A repercussão econômica de uma norma urbanística que não seja produzida com avaliação da realidade que regula pode ser a de obstaculizar o desenvolvimento urbano ou mesmo a de destruir as economias em funcionamento, sem que seja possível substituí-las de forma eficiente.

A deficiente avaliação econômica do território do município também gera reflexos imediatos nos institutos da outorga onerosa de potencial construtivo adicional e de transferência de potencial construtivo. O primeiro reflexo, mais evidente, é que de tal deficiência ocorre a subavaliação ou sobrevalorização do valor do potencial construtivo adicional, gerando, na primeira hipótese, um déficit da possível arrecadação por parte do Poder Público com sua comercialização por intermédio da outorga ou um desestímulo à utilização da transferência do potencial construtivo adicional no tocante à oportunidade de utilizá-lo em substituição à outorga onerosa e, na segunda hipótese, um desestímulo ao consumo de potencial construtivo adicional no município.

O segundo reflexo, menos evidente, é o da dificuldade de projetar qualquer política de fomento ou de incentivos minimamente eficiente utilizando-se tais instrumentos sem que a avaliação do potencial construtivo adicional seja adequada. Com efeito, a eficácia de tais iniciativas depende em grande parte da capacidade do mercado imobiliário de entender como razoável a utilização dos benefícios legais para a implantação do plano urbanístico municipal. Trata-se, aqui, do denominado “custo de transação”, conceituado por BOCKMANN e GUIMARÃES como os que dizem respeito ao conjunto do trabalho, tempo e dinheiro que envolvem um negócio, não representando valores do negócio em si. São situações relacionadas ao levantamento de informações contratuais objetivas, à elaboração dos contratos, à proteção ao meio ambiente e ao controle da execução contratual etc.³⁸⁸

Esta mesma dificuldade ocorre nas operações urbanas consorciadas: a má-avaliação econômica do território e a deficiente formulação de hipóteses de desenvolvimento econômico acarretarão desequilíbrios na implantação dos projetos urbanísticos típicos de tal instrumento³⁸⁹. De fato, de forma ainda mais intensa que no plano diretor ou no zoneamento,

³⁸⁷ MARRARA, Thiago. **Bens públicos, Domínio urbano e Infraestruturas**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 195-196.

³⁸⁸ BOCKMANN MOREIRA, Egon; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC**. 4. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 97.

³⁸⁹ BINENBOJM esclarece que as estratégias de regulação devem considerar diversos fatores relevantes: “(i) a definição adequada de critérios e comportamentos, positivos (obrigação de fazer) ou negativos (obrigação de não fazer ou suportar) que darão ensejo à concessão de recompensas; (ii) o grau de estímulo necessário à realização de objetivos regulatórios estabelecidos, a fim de não impactar, de forma excessiva ou insuficiente, nos padrões de comportamento do mercado; e (iii) o aspecto temporal, de modo que o incentivo seja dado na exata medida de tempo de sua necessidade para os propósitos regulatórios a que se destina”. (BINENBOJM,

haja vista os mecanismos de implantação da operação urbana consorciada, a deficiente alocação de custos e de previsão de receitas na construção do planejamento urbanístico que dará suporte à lei da operação urbana poderá gerar principalmente duas ordens de consequências: o desenvolvimento urbano desequilibrado e disfuncional, desta feita não provocado, e sim financiado pelo Poder Público, e a baixa atratividade aos interessados por parte do instrumental jurídico-urbanístico disponível na operação urbana consorciada.

No tocante ao desenvolvimento desequilibrado, é preciso lembrar que o instrumento prevê maciços investimentos públicos (com os recursos capturados junto ao setor privado) em obras de infraestrutura, previstas no Programa de Intervenções da operação urbana consorciada. Estas infraestruturas terão, por sua característica, a capacidade de transformar, por si, o meio ambiente urbano (como ocorre, por exemplo, com a implantação de terminais de transporte de média e alta capacidade, construção de corredores de ônibus etc.), bem como a de induzir fortemente o capital privado a investir na região transformada. Quanto à atratividade aos interessados à utilização do instrumental jurídico-urbanístico, basta lembrar que a modelagem econômica é necessária para estruturar de modo apropriado a conjugação de esforços entre os setores público e privado. Quando não cuidadosamente sopesadas no planejamento urbanístico que dá origem ao regramento da operação urbana consorciada as dinâmicas e condições econômicas do território de intervenção, tal normatização será impedirá a captura mais eficiente da valorização imobiliária decorrente das intervenções públicas e se apresentará incapaz de incentivar ou desestimular processos referentes à dinâmica econômica da região afetada, nos termos do programa de implantação do instrumento – a ausência de tal ponderação torna disfuncional o desenvolvimento promovido pela operação urbana consorciada, afastando-o dos objetivos fundamentais previstos no Estatuto da Cidade (alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental).

Outro problema enfrentado no uso de instrumentos de transformação urbanística do território com características mais concentradas e intensas, tais como as operações urbanas consorciadas, as parcerias público-privadas e concessões urbanísticas, é a questão do valor da desapropriação dos imóveis necessária à transformação urbanística planejada. Com efeito, os estudos econômicos realizados previamente ao início de cada projeto que utilize tais instrumentos jurídico-urbanísticos podem não conseguir avaliar o impacto da própria

Gustavo. **Poder de polícia, Ordenação, Regulação.** Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 166-167).

intervenção no preço final a ser pago nos processos desapropriatórios a tais referentes, utilizando recursos que inicialmente estariam destinados a outras intervenções e obras para esta específica finalidade³⁹⁰. Em verdade, a própria implantação do projeto urbanístico (e, não raro, o seu mero anúncio oficial) tende a tornar financeiramente mais dispendiosa a utilização deste instrumento pelo Poder Público ou por seus delegados, uma vez que acarreta um processo de valorização imobiliária que traz como consequência direta o aumento dos valores fixados como de justa indenização a ser paga aos particulares³⁹¹.

Ainda no tocante à alocação de custos e recuperação dos investimentos em processos de urbanização, o desequilíbrio na elaboração da matriz de riscos a assumir pelo Poder Público concedente e pelo concessionário em instrumentos como as parcerias público-privadas e concessões urbanísticas é outro fator de ineficiência dos processos de transformação e requalificação do território urbano. A estruturação econômica deficiente da operação pode tanto afastar os concorrentes ao contrato, nos competentes processos licitatórios, quanto encarecer em demasia a avença para o poder concedente³⁹².

³⁹⁰ Somente à guisa de exemplo, o demonstrativo financeiro de setembro de 2016 da Operação Urbana Consorciada Água Espraiada, em São Paulo, informava terem sido gastos já R\$ 3.134.392.564,27 na implantação da operação urbana, sendo, deste valor, nada menos que R\$ 1.179.072.791,78 destinado ao pagamento de desapropriações (disponível em <http://migre.me/vLB4r>, acesso em 14 nov. 2016). Tais valores são muito superiores ao inicialmente estimados com a medida no prospecto inicial da operação urbana, que previa, como despesas para a implantação de todas as intervenções, incluindo a conclusão da Avenida Jornalista Roberto Marinho a partir da Avenida Dr. Lino de Moraes Leme até Rodovia dos Imigrantes, com implantação de acessos, ligações, conexões e novas vias locais, a implantação de unidades de HIS – Habitação de Interesse Social, o prolongamento da Avenida Chucri Zaidan até Avenida João Dias, a implantação de sistema de áreas verdes e de espaços públicos, o alargamento da Avenida Washington Luiz no trecho compreendido no perímetro da operação urbana, implementação de programas públicos de atendimento econômico e social para a população de baixa renda diretamente afetada pela operação etc. e as desapropriações, o valor de R\$1.125.000.000,00, no prazo de 15 anos (Prospecto da Operação Urbana Consorciada Água Espraiada, p. 57-58. Disponível em: <<http://migre.me/vLB4L>>. Acesso em: 14 nov. 2016)

³⁹¹ Em reportagem datada de 22 de maio de 1994, o jornal “A Folha de São Paulo” noticiava que a abertura da nova Avenida Faria Lima geraria um impacto enorme no preço do metro quadrado da região. A reportagem informava que o preço do metro quadrado de escritórios na Avenida Berrini era de US\$ 2,400.00, e na Avenida Faria Lima, de US\$ 2,600.00, podendo ser valorizados em até 10% (dez por cento) em razão da obra. (Valorização imobiliária pode atingir até 400%. Disponível em: <<http://migre.me/vLB5M>>. Acesso em: 14 nov. 2016). Vinte anos após a entrada em vigor da Operação Urbana Consorciada Faria Lima, o valor médio do metro quadrado não residencial em tais regiões, mesmo num ambiente de recessão econômica existente desde o início do ano de 2015, é de R\$ 12.000,00, correspondentes a cerca de US\$ 3,500.00.

³⁹² Um exemplo claro sobre os prejuízos ao erário e ao desenvolvimento urbano em razão de formulação equivocada de projetos urbanísticos e da análise de custos a tais referentes é a da implantação do Veículo Leve sobre Trilhos (VLT) no Município de Cuiabá. A obra, contratada em 2012 para modernização do transporte na cidade em razão desta ter sido escolhida como uma das sedes da Copa do Mundo de Futebol, realizada no Brasil em 2014, até hoje não está pronta. O atraso das obras teria sido causado pela lentidão nas desapropriações necessárias para implantar o VLT (que foram promovidas sem projeto, e sob responsabilidade do Poder Público Municipal), e pelo fato da construção não ter sido implantada em três turnos, como previsto em contrato, sendo certo que etapas da execução do projeto que não dependiam de desapropriações também não foram iniciadas. O contrato foi licitado por cerca de R\$ 1.477.000.000,00, tendo sido consumidos R\$ 1.060.000.000,00 até sua paralisação, em dezembro de 2014. Segundo estudos encomendados pelo governo do Estado do Mato Grosso, serão necessários mais R\$ 602.000.000,00 para encerrar a obra, em valores de janeiro de 2016. (fonte: Estudo

3.1.4 Risco de captura da ação administrativa

No tocante à estruturação dos projetos urbanísticos, este processo não raro enfrenta um outro tipo de problema, mais sutil mas igualmente nocivo à conformação da política de desenvolvimento urbano: a captura da atividade administrativa por grupos de interesse ou por agentes econômicos.

É possível afirmar que o risco de captura, em termos de política de desenvolvimento urbano, consubstancia-se no perigo de que a atuação dos agentes públicos responsáveis pela estruturação e implantação dos projetos urbanísticos seja capturada indevidamente em favor de interesses (ainda que legítimos) dos participantes da arena pública dos processos de desenvolvimento urbano e, a partir disso, prejudique ou mesmo inviabilize o processo de ponderação democrática das pretensões em disputa perante o município para fins de definição do interesse público a ser privilegiado no caso em concreto³⁹³. Empresários ligados ao setor de loteamentos (ou a condomínios fechados) desejarão a instalação de zonas de expansão urbana no município, alegando a necessidade de regular seu crescimento; incorporadores imobiliários, nas grandes cidades, desejarão estabelecer coeficientes de aproveitamento básicos altos, garantindo a gratuidade no acesso ao potencial construtivo dos lotes, sob o argumento do estímulo à importante indústria da construção civil; movimentos de moradia desejarão grafar o máximo de áreas do município como Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS), sob o argumento de preservar a terra para a construção de habitações de interesse social etc.

Reitere-se, neste passo, que a atuação de tais grupos ou agentes é esperada, e até mesmo desejada, pois obriga a Administração Pública a exercer, de forma eficaz, a síntese das informações ofertadas pelos diversos grupos de interesse em disputa (ponderando, inclusive, os interesses daqueles que não comparecem à arena pública de discussão), combinando tal instrução com a visão técnica sobre as questões referentes ao desenvolvimento urbano. Sua função de arbitragem e condução da política pública de

diz que VLT deverá custar mais R\$ 602 milhões para ficar pronto. Portal G1 – Mato Grosso. Disponível em <http://migre.me/vLB52>, acesso em 14 nov 2016). O Consócio contratado para a implantação do VLT, contudo, pretende que o contrato seja aditado em R\$ 1.135.000.000,00. Fonte: Consultoria diz que Estado deve economizar R\$ 535 milhões para concluir o VLT. Portal de notícias do Governo do Estado do Mato Grosso. Disponível em: <<http://migre.me/vLB5h>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

³⁹³ Sobre o tema, especificamente acerca de processos de Procedimento de Manifestações de Interesse (PMI) propostas junto ao Poder Público, cf. SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 187.

desenvolvimento urbano, em outros termos, integra seu dever de atuação na formação e implantação de projetos urbanos. O que se pretende afirmar, ao revés, é que a atuação de tais grupos ou agentes, por vezes, torna-se excessivamente preponderante na formação da vontade administrativa, em claro detrimento dos demais interessados, gerando distorções importantes na elaboração e condução da política de desenvolvimento urbano. Há, em outros termos, a substituição de um processo regular de formação da convicção administrativa sob a técnica da consensualidade, no qual a decisão do Poder Público é o fruto da ponderação objetiva sobre os interesses legítimos em disputa, por uma avaliação em que prepondera a intelecção da norma voltada a atender os interesses de determinados grupos ou agentes atuantes na arena pública de debates, sem que haja determinação legal a tanto.

As consequências negativas de tal condição, por sua vez, são evidentes: instala-se a falta de confiança na eficiência da arena pública de discussões como campo propício à solução das grandes questões urbanas por parte dos setores não privilegiados, retirando-se a legitimidade dos interlocutores que a tal se apresentam e da própria Administração Pública como árbitra dos interesses em disputa. A partir desta situação, mostra-se como variável aceitável e ordinária a judicialização dos processos de formulação e aplicação da legislação urbanística, bem como a tendência de desrespeito à normatização estabelecida. Há, por fim, o esvaziamento do planejamento urbanístico como fonte de formulação e aplicação de políticas públicas de desenvolvimento urbano, e a convicção negativa dos administrados sobre a legitimidade das normas jurídicas a partir dele estabelecidas.

A apontada captura, por sua vez, pode acontecer por intermédio da representação política dos citados grupos e agentes, que exercem pressão *intra muros* sobre os encarregados da decisão acerca das pautas de política urbana, ainda que os interesses defendidos não se consubstanciem na solução mais adequada do ponto de vista do planejamento urbanístico ou mesmo da implantação dos projetos urbanísticos positivados em lei. Além desta hipótese, contudo, a captura não raro acontece à vista de todos, nos momentos formais e solenes de participação dos interessados no processo de gestão democrática das cidades, que convocam audiências e oficinas públicas em assembleias organizadas de movimentos sociais, agentes do mercado imobiliário, grupos de representação setorial com especial interesse na pauta em discussão etc. Formam-se, sob o simulacro de eventos participativos e abertos, verdadeiros cavalos de Tróia, conjuntos preconcebidos de decisões e intenções acerca da formulação e aplicação da regulação urbanística, embalados como se fossem participações legítimas e havidas num processo

democraticamente equilibrado³⁹⁴, sendo tais “presentes de grego”, nesta condição, dolosa ou culposamente, recebidos pela Administração Pública³⁹⁵.

O risco de captura pode ocorrer em todos os momentos do ciclo de formulação e implantação do planejamento urbanístico, podendo influir, por exemplo, (a) na conformação urbanística da propriedade, adotando-se parâmetros e destinações aos imóveis não coerentes ou nem mesmo compatíveis com o conjunto de informações produzidas no processo de planejamento urbanístico; (b) estabelecimento de regras de normatização dos mecanismos da outorga onerosa de potencial construtivo adicional e de transferência de potencial construtivo que privilegiem ou prejudiquem indevidamente determinados grupos de interesse ou mesmo proprietários específicos; (c) conformação da propriedade urbanística e de mecanismos de implantação de operações urbanas consorciadas que tenham por desiderato privilegiar determinados agentes ou grupos de interesses, em detrimento do objetivo geral de promover melhorias sociais, ambientais e urbanísticas a toda comunidade; (d) indicação de imóveis destinados a desapropriação urbanística com a finalidade de valorizar ou desvalorizar determinadas propriedades, sem que a definição destes imóveis tenha sido resultante de um processo público e consensual de planejamento urbanístico, e sim o resultado de ajustes voltados a promover benefícios a determinados agentes ou grupos de interesse; (e) definição de matrizes de risco ou condições contratuais em concessões urbanísticas ou parcerias público-privadas que beneficiem indevidamente os contratados, ou, ao menos, onerem excessivamente o Poder Público; (f) definição de condições para aferição da função social da propriedade, ou de parcelamento do solo em áreas de expansão urbana, de modo a beneficiar grupos de interesse ou agentes específicos.

³⁹⁴ Alerta NOHARA que “[...] a busca da consensualidade, no sentido de legitimidade da conduta de um Estado, perpassa por uma discussão pública, para que haja persuasão. Discussão pública e consenso, no sentido de maior legitimidade, não são conceitos que se resumem à adoção de uma ação acordada (consentida) com os setores interessados. Estes devem ser ouvidos, mas o consenso que se demanda de sociedades materialmente democráticas tem como questão central a preocupação com a cidadania, cujo exercício depende da construção de espaços públicos imparciais, para que haja uma discussão alicerçada no bem-estar geral”. (NOHARA, Irene Patrícia. Consensualidade e gestão democrática do interesse público no Direito Administrativo contemporâneo. **Interesse Público**. Belo Horizonte: Fórum, ano 15, n. 78., mar/abr 2013).

³⁹⁵ A expressão “cavalo de Tróia” com o significado de ameaça aos processos democráticos em razão da participação dos interessados é utilizada por MORAND-DEVILLER, que lamenta o pouco avanço dos processos participativos na França em razão deste receio. Para a autora, a oposição a esta metodologia de trabalho vem justamente dos representantes eleitos. No original: “quant à la participation des citoyens aux décisions administratives, perçue comme un Cheval de Troie dangereux pour la démocratie représentative, elle continue à se heurter à l'opposition des élus et ne fait que des progrès modestes”. (MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Droit Administratif**. 12. ed. Paris: Montchrestien, 2011. p. 328).

3.1.5 Controle ineficiente da Administração Pública

O que deveria, em tese, contrapor-se ao risco de captura da Administração Pública seria um sistema eficiente de controle dos atos da Administração Pública.³⁹⁶ É sabido, sob este aspecto, que com a crise do Princípio da Legalidade (substituído, como visto, pelo Princípio da Juridicidade) e a assunção de que o interesse público a ser tutelado depende de uma atividade de inteligência do problema mediante participação dos interessados, ganhou força com a assunção do paradigma multipolar o direito administrativo. Como consequência desta situação, o controle sobre a atividade administrativa ganhou crescente número de atores e cada vez mais momentos de atuação, sendo este cenário, como já exposto, especialmente relevante no campo do direito urbanístico. Com efeito, a partir da concepção de controle em sentido amplo apresentada por MEDAUAR³⁹⁷, podem ser identificados como órgãos de controle dos processos de elaboração e implantação dos projetos urbanísticos, entre outros: (a) as procuradorias dos municípios, que realizam controle de legalidade dos atos da Administração Pública; (b) os Tribunais de Contas do Município, do Estado e da União, que realizam seu controle a depender da fonte de recursos públicos utilizada nas atividades urbanísticas; (c) o Ministério Público; (d) a Defensoria Pública; (e) o Poder Judiciário e (f) a sociedade civil, que realiza o denominado “controle social”.

³⁹⁶ É possível afirmar haver, hoje, três dimensões do controle da Administração Pública, voltadas ao poder, aos meios e aos objetivos de sua atuação. Conforme esclarece MARQUES NETO, “O controle do poder visa a garantir a liberdade, a proteger os indivíduos contra o arbítrio. Relaciona-se à ideia de Estado de Direito e ao próprio surgimento do Direito Administrativo, enquanto campo do Direito voltado a implementar um arcabouço de regras e princípios que limite o poder estatal e proteja os indivíduos contra o risco de exercício arbitrário do poder político. O controle dos meios volta-se à busca da racionalização da atividade administrativa, de maneira a que ela seja orientada pela economicidade e probidade. Esse controle deve orientar-se pela otimização da gestão do patrimônio público. A ele deve ser dada a melhor utilização possível, que possibilite inclusive uma aplicação econômica condizente com suas finalidades públicas. Ao mesmo tempo, o controle dos meios deve propiciar o controle do desvio de finalidade na gestão da coisa pública. O controle dos objetivos volta-se a consagrar a estabilidade e a permanência na consecução das políticas públicas que, como programas de ação, instrumentos de consecução de finalidades, devem ser concebidas num prazo longo, visando não a objetivos imediatos, influenciados pelo jogo político eleitoral, mas por um viés de planejamento e ordenação da Economia e da sociedade. Esse controle volta-se também a assegurar o agir administrativo orientado a prontamente suprir as demandas dos administrados, de modo a obrigar que a organização administrativa homenageie sempre o bom exercício da função pública que toda prestação estatal deve perseguir no interesse geral do cidadão.” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**. Belo Horizonte: Forum, ano 9, n. 100, p. 12-13, abr. 2010). Assinala tal autor, no mesmo trecho, que o controle deve ser responsivo, com um viés pragmático ou consequencialista, de modo que as medidas corretivas ou acautelatórias tenham o menor impacto para o interesse público a ser privilegiado no caso concreto. (Idem).

³⁹⁷ “Em acepção ampla, o controle significa a 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.” (MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 32).

O modo pelo qual é realizado o controle da Administração Pública por tais atores impacta no trabalho do corpo administrativo responsável pela elaboração e implantação de seus projetos urbanísticos, incluindo-se a construção e utilização do instrumental jurídico-urbanístico necessário a tanto, mostrando-se mais útil que amearhar elementos objetivos acerca de como tal controle é realizado buscar compreender os seus efeitos na atuação dos quadros da Administração Pública encarregados da elaboração e implantação de projetos urbanísticos.

Nesta linha de ideias, cabe destacar que a fiscalização das atividades urbanísticas realizadas pelo Poder Público deve ter parâmetros de controle formalmente estabelecidos, sendo o mais relevante destes o texto exposto da lei e dos decretos editados para sua fiel execução. Estes parâmetros de controle, como sabido, são os mais amplamente utilizados pelos órgãos responsáveis por tal tarefa.

É possível explicar a predominância deste parâmetro de controle em razão de uma cultura *interna corporis* já há muito arraigada, na qual a lei (em sentido amplo), num reflexo evidente de construção filosófica advinda dos albores do Estado Liberal, apresenta-se, mais que autorizadora da atuação administrativa, como verdadeiro elemento legitimador de suas condutas *per se* - a lei, por si, é o fundamento material e a justificativa formal da atuação administrativa. A partir destas fontes normativas, por sua vez, desenvolvem-se práticas e rotinas administrativas já arraigadas, que se transformam em verdadeiros cânones não escritos: sua desobediência fatalmente vem acompanhada de um justo receio, por parte dos agentes públicos, de que estarão sujeitos a sanções disciplinares impostas pelos órgãos internos e externos de controle da Administração.

De fato, ainda que o agente público tenha a convicção de que, ao romper determinados paradigmas, seja dando novas interpretações a dispositivos positivados, seja simplesmente inovando na conduta administrativa, na ausência de norma positiva expressa, dará ao processo administrativo sob sua responsabilidade impulsos e dinâmicas que aumentarão sua eficiência, ver-se-á compelido a repetir rotinas e replicar procedimentos simplesmente em razão de seu receio de ver-se exposto a processo disciplinar ou judicial para correção de sua conduta. Tal receio por parte do corpo profissional da Administração Pública - de responsabilização disciplinar ou por ato de improbidade em razão da adoção deste tipo de conduta -, por sua vez, está longe de ser infundado.

Os processos de fiscalização realizados pelos tribunais de contas, pelo Ministério Público, Poder Judiciário ou mesmo por controles internos podem levar anos para serem

encerrados - anos em que, ainda que no final demonstrada a absoluta eficiência administrativa e a ímpolita atuação do agente público, haverá dispêndio de recursos financeiros por parte do acusado ou investigado em sua defesa, bem como a ameaça constante de uma decisão administrativa ou judicial a si desfavorável, com possibilidade de gravames ainda mais severos. Esta situação induz o agente público a buscar atuar, na falta de lei expressa determinando procedimento diverso, de acordo com os usos e costumes arraigados na prática administrativa, evitando-se, sempre que possível, qualquer iniciativa que envolva a interação com os interessados - evidentemente, esta postura, em termos de elaboração e implantação de projetos urbanos, é, no mínimo, contraproducente.

A atenção dos órgãos de controle na aferição dos aspectos formais dos meios de atuação administrativa, em detrimento da análise dos resultados efetivos obtidos ao final dos correspondentes processos, por sua vez, mais que uma opção filosófica, representa o caminho mais prático (menos dificultoso, portanto) de avaliação dos procedimentos administrativos. De fato, também aos órgãos controladores por vezes falta expertise ou corpo técnico responsável capaz de realizar as análises referentes à eficiência da alocação de recursos públicos, das despesas realizadas mediante ajustes com o setor privado ou da opção por determinada forma de subsídio ou fomento público. Em razão de tal condição, contudo, a eficiência da atuação administrativa acaba sacrificada duas vezes: os órgãos de fiscalização especializam-se em avaliar o processo formal de decisão da Administração Pública, derivando desta realidade o menor valor à avaliação do resultado concreto das suas ações, e os agentes controlados, em contrapartida, buscam atender meticulosamente os procedimentos formais estabelecidos, a fim de não serem increpados pela fiscalização, sacrificando, eventualmente, o melhor resultado possível do ponto de vista do interesse público a ser tutelado. Anote-se, como derradeiro resultado indesejado desta condição, que os próprios agentes públicos encarregados do controle da Administração Pública acabam tendo metas e índices a atingir, nos quais os indicadores normalmente refletem resultados esperados da análise formal dos procedimentos postos à apreciação de tais profissionais - os itens "avaliáveis" de forma objetiva, em regra, referem-se ao caminho percorrido pelos

administradores públicos para a realização da despesa, reservando-se pouco espaço para a avaliação dos resultados desta³⁹⁸.

A soma do fato de haver tantos e tão distintos órgãos de fiscalização com a determinação do arcabouço jurídico-urbanístico de privilegiar a arena pública de debate com os interessados na formulação e implantação das atividades urbanísticas, aumentando, assim, os momentos em que tal interação deve ocorrer, faz com que a atenção ao procedimento formal ganhe ares de verdadeira obsessão dos agentes públicos, num mecanismo de autodefesa que, ao final, tende a diminuir a eficiência de tais procedimentos. Por exemplo, considerando somente o aspecto formal, em um processo ordinário de implantação do projeto urbanístico de uma operação urbana consorciada do Município de São Paulo, além do controle concomitante realizado pela própria assessoria jurídica da Pasta encarregada da atividade urbanística em concreto, incide o controle social, realizado de forma difusa por toda sociedade civil e especialmente por intermédio do Conselho Gestor da operação urbana, e os controles formais do Tribunal de Contas do Município, da Controladoria Geral do Município, do Ministério Público do Estado de São Paulo e do Poder Judiciário. Se, por hipótese, a Controladoria do Município e Ministério Público considerarem formalmente adequados os processos administrativos analisados, pode o Tribunal de Contas simplesmente discordar de tal conclusão, instaurando seu competente processo de averiguação de irregularidade.

Por fim, considerando-se que dos processos administrativos instaurados para a formulação e implantação de projetos urbanos, ponderados os interesses em discussão de modo a obter o interesse público a ser privilegiado, seja proporcionado o mais eficiente atendimento às demandas existentes em termos de desenvolvimento urbano, surge um outro objeto de controle dos atos da Administração Pública: o que se refere à eficácia do planejamento urbanístico. Se, do ponto de vista do interesse público, tal controle se afigura indispensável, ele também é capaz de, por si, gerar um novo campo de insegurança do ponto de vista da atuação dos agentes públicos. A avaliação sobre o êxito dos processos de

³⁹⁸ Como exemplos comprobatórios das assertivas lançadas nestes tópicos, vide “Cartilha de Perguntas e Respostas – Municípios em Situação de Emergência, Prestação de Contas, FISCAP e SICOM”, editada pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (Disponível em: <<http://migre.me/vLB82>>. Acesso em: 18 nov. 2016); Resolução n. 18.589, do Tribunal de Contas do Estado do Pará, que “Aprova Instrução Normativa que disciplina a Prestação de Contas de auxílios, contribuições e subvenções, repassados pelos órgãos e entidades da Administração Pública Estadual, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres” (Disponível em: <<http://migre.me/vLB8e>>. Acesso em: 18 nov. 2016); o constante nos manuais de atuação funcional do Ministério Público do Estado São Paulo (Disponível em: <<http://migre.me/v2oH6>>. Acesso em: 18 nov. 2016), do Ministério Público do Estado do Paraná (Disponível em: <<http://migre.me/vLB8u>>. Acesso em: 18 nov. 2016) etc.

elaboração e implantação dos projetos urbanísticos sob o aspecto material soma-se aos controles anteriormente realizados, aumentando a possibilidade de responsabilização daqueles que têm por dever promover a política de desenvolvimento urbano.

A partir deste amplo quadro de elementos que geram a ineficácia na elaboração e implantação de projetos urbanísticos, cumpre propôr métodos e soluções para sua viabilização jurídica.

3.2 O devir: métodos e soluções para viabilização jurídica de projetos urbanísticos

3.2.1 Dois principais contributos

Arroladas, em grossas linhas, as dificuldades havidas na definição de papéis do setor público e do setor privado na elaboração e implantação de projetos urbanísticos, aponta-se, desde já, que há principalmente dois contributos a ofertar para fins aumentar a eficiência dos instrumentos jurídico-urbanísticos.

O primeiro é a afirmação clara de que as medidas de transformação e qualificação urbanística deverão sempre ser definidas pelo Poder Público. Longe de ser um discurso de louvor ao Estado intervencionista, esta assertiva tem por objetivo somente lembrar que a necessidade de ouvir e ponderar as demandas dos diversos atores envolvidos nos processos de elaboração e implantação dos projetos urbanísticos não afasta o dever estatal de promover as funções sociais da cidade nos moldes de uma política de desenvolvimento urbano elaborada de forma democrática e participativa. Mais que a reafirmação de uma potestade atribuída ao Estado, representa o reconhecimento da legitimidade dos processos públicos de formação e implantação das políticas públicas que, em conjunto, representam a política de desenvolvimento urbano³⁹⁹.

A manutenção das decisões fundamentais sobre o planejamento urbanístico e sobre sua implantação nas mãos do Poder Público, deixando a terceiros contratados, caso necessário, as funções ancilares a tanto, tais como a produção do material técnico, o apoio aos processos participativos referentes à gestão democrática, a compilação de dados etc. deve ser preservada mesmo nas hipóteses em que a atividade especializada contratada pelo

³⁹⁹ Neste sentido, cf. SOUZA, Luciana Correia Gaspar. **Município e Poder Normativo na criação de novos instrumentos urbanísticos** – o Estatuto da Cidade como normativa do direito público por uma política urbana. Curitiba: Juruá, 2014. p. 116

Poder Público integrar o núcleo das “atividades-fim” do órgão responsável⁴⁰⁰. Em outros termos, mesmo havendo a contratação de empresa ou fundação para colheita e análise de dados e informações necessários à elaboração do planejamento urbano, é imprescindível que as decisões como as referentes às estratégias de desenvolvimento urbano e da conformação da propriedade urbanística permaneçam nas mãos dos agentes públicos. A indicação técnica de que determinada região do município é apta a receber maior adensamento construtivo e populacional, por exemplo, deve vir considerada no quadro global da política de desenvolvimento urbano do município, que pode perfeitamente indicar não ser interessante realizar tal medida naquele espaço urbano. É importante lembrar, neste passo, que a decisão da Administração Pública não pode ser arbitrária: deve, isto sim, estar fundamentada em elementos de planejamento urbanístico, ponderados de forma transparente e participativa.

Sob este aspecto, assenta-se a segunda principal contribuição deste trabalho às reflexões acerca da viabilização jurídica de projetos urbanísticos: é essencial o estabelecimento de processos públicos, transparentes e consensuais de elaboração e implantação do tanto do planejamento urbanístico que prevê a qualificação ou transformação do território quanto do instrumental jurídico necessário a tanto, evidenciando as disputas sobre os benefícios advindos do processo de urbanização ou urbanificação do território, os fundamentos da alocação dos ônus e bônus correspondentes a tal processo e a caracterização da Administração Pública como árbitra dos diversos interesses em disputa na arena pública de formação e implantação das políticas públicas de desenvolvimento urbano. A definição do processo administrativo, com regras predispostas que auxiliem a definição dos papéis de cada um dos atores da arena de debate sobre as questões de desenvolvimento urbano, com efeito, pode afastar uma série de fatores prejudiciais à eficiência dos procedimentos de elaboração e implantação de projetos urbanísticos, aumentando a confiança dos administrados nas decisões do Poder Público e privilegiando a *accountability* administrativa, facilitando-se a compreensão dos fundamentos das definições dos projetos urbanísticos (diminuindo, assim, a litigância administrativa e judicial a este respeito), viabilizando a possibilidade de obtenção e transformação da maior quantidade possível de informações para a formação da convicção administrativa etc. Em que pese importância

⁴⁰⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A contratação de particulares para suporte de atividade regulatória estatal. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, n. 32, 1993. p. 170-171.

destes dois pontos de aprimoramento do processo de construção e implantação dos projetos urbanísticos, há, ainda, diversos elementos aprimoráveis para a sua viabilização jurídica.

Neste passo, cumpre destacar a importância da formação de estruturas permanentes na Administração Pública que contenham um quadro de servidores públicos qualificado, capaz de avaliar tecnicamente as informações produzidas e colocadas à sua disposição no processo de elaboração e implantação de projetos urbanísticos, bem como de analisar processos administrativos para fins de seleção de contratados para o exercício de funções instrumentais ao planejamento urbanístico. A existência de tal quadro é indispensável, observa-se, para que seja minimamente possível cogitar de formação de políticas públicas de desenvolvimento urbano que contemplem os dois fatores já destacados: a capacidade de decisão do Poder Público sobre as questões fundamentais acerca da formação e implantação dos projetos urbanísticos e a sua aptidão a conformar, conduzir e aproveitar os resultados dos processos administrativos necessários à formação da convicção administrativa sobre o tema.

A incorporação, ao ordenamento jurídico-urbanístico municipal, de estipulações como o coeficiente de aproveitamento 1,0 (um) para todo o território, bem como a definição expressa do potencial construtivo adicional como bem jurídico dominial da municipalidade, com funções urbanísticas e socioambientais, fará com que as discussões sobre a localização das áreas a transformar, qualificar ou preservar em projetos urbanísticos, bem como a definição de como tal intervenção no território será realizada sejam efetuadas em termos mais claros no tocante às demandas e expectativas dos envolvidos no processo. Mostra-se relevante, também sob este aspecto, a vinculação da implantação de projetos urbanísticos de médio e grande impacto à prévia produção de projetos de intervenção urbana, fazendo com que o princípio da reserva de plano atue de forma eficiente na transformação urbanística pretendida. Na hipótese de instituição de mecanismos de fomento e incentivo à atuação de particulares para a consecução de fins públicos, ainda nesta linha de ideias, tais estipulações devem estar baseadas, de maneira clara e fundamentada, em resultados obtidos no apontado processo de planejamento urbanístico, estabelecendo-se claramente as condições para acesso aos benefícios concedidos e as contrapartidas esperadas a tanto pela sociedade.

3.2.2 Competências, funções e Reserva de Plano

No tocante à indefinição de competências entre os entes federados pertencentes a regiões metropolitanas, a construção dos planos de desenvolvimento urbano integrado deverá respeitar a autonomia municipal no campo do planejamento urbanístico, garantida pelo subsistema jurídico-urbanístico a partir do texto constitucional. Respeitadas tais balizas, indispensáveis para a construção de um marco normativo que não padeça de vícios de inconstitucionalidade sob este aspecto, os temas abordados nestes planos deverão ser os essencialmente necessários ao trato dos interesses de natureza comum dos municípios da região metropolitana, sendo os planos diretores municipais as referências formais, em termos de informação de planejamento, de sua elaboração. A adaptação dos planos diretores municipais a estes planos metropolitanos, ainda, deve refletir a adoção de políticas públicas que reconheçam a situação do município tanto individualmente quanto inserido em um território no qual haverá decisões estruturantes que terão repercussão nos municípios vizinhos.

No caso das regiões metropolitanas já existentes, instituídas ainda fora das especificações contidas no Estatuto da Metrópole - e que não necessariamente detém, em sua organização, os elementos mínimos de conformação exigidos pelo Estatuto da Metrópole e referidos na decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o tema -, as decisões vinculantes a seus integrantes deverão ser adotadas por intermédio de estruturas onde todos os entes tenham voz e voto, ainda que não necessariamente paritários, em organizações como convênios ou consórcios públicos. Os temas de interesse comum devem seguir, em termos de debate e produção normativa, às especificidades da gestão democrática das cidades, com amplo e transparente processo colaborativo, buscando-se entabular prescrições que atendam a coeficientes mínimos de homogeneização em temas como diferenças de normatização do uso do solo, de regimes tributários, de procedimentos de obtenção de licenças etc.

A normatização da região metropolitana, por fim, deverá identificar claramente os seus temas de interesse comum, e os limites e condições em que a autoridade metropolitana instituída poderá realizar sua regulação. É a partir desse reconhecimento, aponte-se, que será possível organizar sistemas de participação e controle social de caráter metropolitano que sejam de fato eficientes a esta finalidade.

No que toca à necessidade de observância do planejamento urbanístico, as alterações de parâmetros urbanísticos anteriormente definidos pelo plano diretor ou pela lei de

zoneamento ou à edição de normatização específica desta regulação, ordinariamente necessária para a implantação de um novo projeto urbanísticos, deve ser vinculada à realização de processos administrativos públicos e com ampla possibilidade de participação dos interessados. A modificação da conformação da propriedade urbanística depende de planejamento urbanístico que a justifique, sendo considerada justa a expectativa da sociedade de que o planejamento urbanístico seja respeitado e implantado.

Nesta linha de ideias, a síntese do processo dialético instaurado a partir da expectativa de manutenção do planejamento urbanístico e a expectativa dos governantes de ocasião de implantarem seus programas de governos está albergada no próprio sistema jurídico-urbanístico, e reside no fortalecimento das instâncias participativas e colegiadas referentes ao processo permanente de planejamento urbano. Com efeito, tal fortalecimento tende a tornar cada vez mais rotineira a obrigatória realização do diálogo entre o governo e a sociedade civil para que sejam realizadas alterações e aprimoramentos nos marcos regulatórios urbanísticos, salientando-se a necessidade de que este diálogo deve ser efetivo, com ponderação de informações de parte a parte, e não meramente formal. Tal condição, por sua vez, tende a diminuir o receio na alteração de projetos urbanísticos com a assunção do novo representante do Poder Executivo municipal: a medida proporcionará a construção de um ambiente institucional que vincule a alteração de tais projetos – e da sua instrumentação jurídica correspondente – à oitiva e ponderação das razões dos órgãos dedicados ao seu controle, tanto na diagnose das transformações urbanísticas havidas no município a partir da edição do plano diretor como na elaboração das correções, adaptações e inserções de dispositivos para o aprimoramento deste diploma legal. Novamente, neste ponto, ganha destaque a importância do estabelecimento de normas que formalizem a metodologia de informação, consulta e debates públicos referentes a tais processos, de forma a promover o aumento no grau e na qualidade de participação dos interessados e dos órgãos colegiados e, em consequência, do resultado prático deste processo iterativo.

No tocante ao aprimoramento das relações jurídicas havidas no âmbito específico da implantação de projetos urbanísticos, é necessário explicitar os riscos inerentes à atuação das partes envolvidas. É preciso, assim, que nas leis e decretos que regem o tema e, especialmente, nos editais e contratos, seja apontado quem está em melhores condições de evitar que determinados riscos se transmudem em danos e, caso ocorra, quem tem o dever de remediá-lo. Faz-se necessário, também, racionalizar o mecanismo de descoberta e mitigação de riscos, cabendo à Administração Pública, especificamente no caso de

contratações realizadas para implantar projetos urbanísticos: (a) definir claramente os objetivos pretendidos com a contratação, dispendo com especial cuidado sobre as atividades urbanísticas eventualmente delegadas aos contratados; (b) analisar a regulação existente e aplicável ao tema, especialmente a que define o programa de intervenções do projeto urbanístico e a regulação jurídica referente aos instrumentos urbanísticos a serem utilizados para que seja viabilizada a implantação do projeto; (c) estruturar de forma realística o orçamento da contratação, de modo que seja possível identificar o progresso das despesas e receitas no tempo de implantação do projeto; (d) estruturar a licitação de forma transparente, permitindo amplo controle social; (e) emitir claro mandato à entidade que acompanhará a execução contratual (se houver), para que tal detenha as atribuições necessárias à adoção das medidas legal e contratualmente previstas no transcorrer da execução contratual; (f) capacitar o quadro de servidores do Poder Público, para que possa compreender o objeto licitado e seja capaz de receber os produtos e serviços contratados⁴⁰¹.

A constante prática administrativa realizada nestes moldes produzirá um conhecimento burocrático capaz de gerar mais eficiência na elaboração de marcos normativos, editais e contratos administrativos, o que, por sua vez, tanto reduzirá a necessidade de repactuações ao longo do tempo como proporcionará a criação de mecanismos que permitam a adaptação e preservação das relações jurídicas firmadas pelo Poder Público e pelos particulares no ambiente de implantação de projetos urbanos. Deve ser adotado, em termos gerais, o conceito do *value for citizen*, que advoga a aplicação de recursos financeiros (públicos ou privados) em serviços públicos considerando suas utilidades relativas para os cidadãos e empresas⁴⁰².

3.2.3 Informações mais qualificadas, estudos mais eficientes

Sob este aspecto, cumpre lembrar que os projetos urbanísticos, para que detenham mínimas condições de ser efetivamente implantados, devem estar calcados em estudos urbanísticos (que incluem os aspectos ambientais, sociais etc.) adequados, em uma análise jurídica que avalie todo o contexto jurídico-normativo a regular urbanisticamente a área a

⁴⁰¹ Nesta linha de ideias, não diretamente referidas a projetos urbanísticos, cf. SAMPAIO, Patrícia; ARAÚJO, Thiago. Previsibilidade ou Resiliência? Notas sobre a repartição de riscos em contratos administrativos. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**. Rio de Janeiro: Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, 2014. p. 329.

⁴⁰² Contrapõe-se ao *value for citizen* a tradicional noção do “*value for money*”, que avalia e pondera a utilidade da aplicação de recursos privados tendo em vista exclusivamente os custos e os benefícios dos investimentos.

qualificar ou transformar e em estudos econômicos condizentes com a realidade do território que será objeto do planejamento⁴⁰³. Sem que tais estudos estejam perfeitamente alinhados e equilibrados, e desenvolvidos em um processo contínuo de retroalimentação, as possibilidades de êxito na tarefa de implantar os projetos urbanísticos diminuem sensivelmente, sendo muito mais atribuíveis ao acaso, a uma conjugação fortuita de fatores que ensejem o desenvolvimento urbano nos moldes planejados. Há, de fato, uma interdependência entre estes estudos, tanto no momento do estabelecimento da regulação urbanística quanto no de sua aplicação e de análise dos resultados obtidos.

Tendo em vista tais condições e o impacto regulatório dos projetos urbanísticos nas dinâmicas econômicas das áreas a transformar e qualificar e de todo o município, é preciso, juntamente com a já exposta necessidade de qualificar-se os quadros técnicos da Administração Pública - se não para realizar os estudos econômicos pertinentes à dinâmica de desenvolvimento urbano, ao menos para avaliar produtos e serviços entregues por empresas contratadas para a execução desta tarefa -, que seja criada e institucionalizada uma política de colheita e compilação de indicadores de desenvolvimento urbano, tais como (i) análises e diagnósticos socioeconômicos, demográficos e territoriais para subsidiar o planejamento e as ações das unidades competentes da Administração Pública, (ii) produção de indicadores socioeconômicos, demográficos e urbanos relativos às condições de vida da população e ao espaço urbano, como subsídio às políticas e ações do Poder Público Municipal; (iii) manutenção de base de dados socioeconômicos, demográficos e de equipamentos urbanos do município, voltada às atividades de gestão e planejamento urbanos; (iv) desenvolvimento de metodologias, instrumentos e parâmetros para avaliação das políticas públicas e da aplicação dos instrumentos de planejamento, tais como o plano diretor e as leis orçamentárias, a tal relacionadas por força do Estatuto da Cidade.

Este monitoramento constante permitirá tanto a adoção das decisões tecnicamente mais eficientes durante todo o processo de implantação dos projetos urbanísticos quanto proporcionará, no momento em que se iniciarem formalmente os processos de revisão da legislação urbanística (seja de forma ampla, como na revisão dos planos estratégico, seja de forma pontual, como nas leis de operação urbana, concessões urbanísticas etc.), que a Administração Pública possua um conjunto confiável de informações para o diagnóstico e prognóstico dos territórios a regular do ponto de vista das dinâmicas econômicas - quanto

⁴⁰³ O processo contínuo de participação dos interessados é transversal a todas estas especialidades – os estudos urbanísticos, econômicos e jurídicos têm que ser realizados incluindo os mecanismos de gestão democrática das cidades.

mais seguras e confiáveis estas informações, maior a probabilidade de calibragem das políticas públicas de desenvolvimento urbano.

Da mesma forma, a eficiente realização do diagnóstico econômico da área a ser objeto de projetos urbanísticos auxiliará a eficiente regulação no tocante à distribuição do potencial construtivo adicional e da transferência de potencial construtivo adicional, permitindo que esta tenha por objeto não somente a arrecadação de numerário aos cofres públicos, mas também (ou especialmente) a indução ou desestímulo de processos econômicos no município. Nas operações urbanas consorciadas, parcerias público-privadas para a implantação de projeto urbanísticos e nas concessões urbanísticas, esta questão se apresenta ainda mais importante: uma vez que o mecanismo de transformação concentrada do território veiculado por tais instrumentos jurídico-urbanísticos normalmente utiliza o oferecimento de induções e fomentos para o atingimento de seus fins, os estudos econômicos devem ser especialmente desenvolvidos de modo a demonstrar, por intermédio de ensaios e modelagens, que a implantação de empreendimentos nos moldes desejados pelo Poder Público (com mais áreas verdes públicas e privadas, com certificações ambientais e de energia, com fachada ativa etc.) é atraente financeiramente para o setor privado. Mais que isso, tais empreendimentos devem possibilitar ao Poder Público a recuperação financeira de parte dos investimentos que realizou, ou a captura de parcela da receita extraordinária do particular, advinda do projeto de intervenção urbana promovido pela Administração Municipal. Esta medida, de equidade urbanística é, em verdade, uma das justificativas para o Poder Público lançar mão destes instrumentos jurídico-urbanísticos.

3.2.4 Custos e responsabilidades

No que tange especialmente aos crescentes valores a despender em desapropriações urbanísticas, algumas soluções são possíveis: a primeira delas, mais simples, é a de realizar as desapropriações previstas no Programa de Intervenções da operação urbana ou concessão já no início da implantação do projeto urbanístico. Tal medida fixaria os valores dos imóveis em patamares mais próximos aos dos constatados nos estudos econômicos, de modo a evitar que o proprietário se beneficiasse excessiva e desproporcionalmente da intervenção urbanística promovida pelo Poder Público. Como é sabido, contudo, tais instrumentos são utilizados como forma de financiamento de intervenções estruturais no território com recursos extraordinários, não disponíveis inicialmente no erário - seja pela arrecadação

adiantada dos valores de potencial construtivo adicional nas operações urbanas consorciadas, seja pelo aporte financeiro dos contratados nas concessões e parcerias, a ideia subjacente é compartilhar os custos da intervenção, com baixo custo financeiro e orçamentário para o município, ao menos num primeiro instante. Caso não haja efetivamente recursos nos cofres públicos, e nas hipóteses de os estudos econômicos da intervenção contratada em concessão ou parceria público-privada mostrarem ser inviável o aporte financeiro do contratado no início do prazo de vigência do contrato⁴⁰⁴, a situação pode até mesmo inviabilizar a implantação do projeto urbanístico.

Em nosso ordenamento jurídico, a busca de soluções juridicamente aceitáveis para esta questão apenas inicia, havendo resistência em discutir o tema do valor da desapropriação sob as luzes da implantação de projetos urbanísticos. Tentativas de viabilizar a solução deste problema podem ser encontradas, contudo, na legislação urbanística mais recente, ou ainda em fase de discussão. Como exemplos, apontam-se medidas como a previsão de pagamento de indenizações por desapropriação utilizando-se os CEPAC trazida no Plano Diretor Estratégico de São Paulo (Lei n. 16.050/2014)⁴⁰⁵, e o Projeto de Lei do Município de São

⁴⁰⁴ Tal situação não ocorreu na Operação Urbana Porto Maravilha, do Rio de Janeiro, A Lei Complementar n. 101/2009, do Município do Rio de Janeiro, modificou o plano diretor e autorizou a instituição da Operação Urbana Consorciada da Região do Porto do Rio (“Porto Maravilha”). Juntamente com as tradicionais anotações referentes a princípios e diretrizes da operação urbana consorciada, previu sua implantação por intermédio de instituição de parcerias entre o Poder Público e o setor privado. A lei aprovou o Plano de Operação Urbana Consorciada e respectivo programa básico de ocupação da área, com previsão de intervenções promovidas pelo Poder Público, diretamente ou por intermédio de seus delegados (constantes do Anexo II da Lei). Os recursos para financiar estas intervenções adviriam especialmente da comercialização do potencial construtivo adicional do perímetro, que teve seu zoneamento completamente alterado pela lei. Para a implantação da Operação Porto Maravilha, outra lei municipal, a Lei Complementar n. 102/2009, criou a Companhia de Desenvolvimento Urbano da Região do Porto do Rio de Janeiro – CDURP, que recebeu a incumbência de realizar o processo de urbanização da região, inclusive mediante a contratação de parceria público-privada. Para tanto, recebeu do Município do Rio de Janeiro, como subscrição de seu capital, entre outros, bens imóveis da Municipalidade e os Certificados de Potencial Adicional de Construção-CEPAC, emitidos pelo Município no âmbito da Operação Urbana Consorciada do Porto Maravilha. Realizada a licitação da PPP, sagrou-se vencedor o Consórcio formado pelas empresas OAS, Odebrecht e Carioca Christiani Nielsen, tendo a Caixa Econômica Federal, por intermédio do FGTS, adquirido imediatamente todos os CEPAC e terrenos públicos da região, ao custo inicial de 3,5 bilhões de reais (o custo total estimado da operação é 8 bilhões de reais). A Caixa Econômica Federal assumiu, assim, todo o risco da operação, tendo acumulado, até o momento prejuízos – segundo notícia do jornal Valor Econômico do dia 12/07/2016, “Do estoque inicial de 6,43 milhões de Cepacs em poder do fundo, cerca de dois milhões já foram negociados no mercado. Mas apenas 565,7 mil (8,79% do estoque total) foram efetivamente consumidos em empreendimentos imobiliários. O consumo se dá quando uma incorporadora constrói na região edifícios maiores do que o permitido pela lei de zoneamento urbano. ‘Cerca de 100 mil Cepacs foram vendidos [a construtoras], em dinheiro, o restante é de participações [do FIIPM] em projetos’, conta Victor Hugo, da Caixa.”. (Retração do mercado imobiliário castiga projetos do Porto Maravilha. Disponível em <<http://migre.me/vLB6o>>. Acesso em: 15 nov. 2016). Todo o material relativo à Operação Urbana Porto Maravilha, inclusive o referente às licitações e contratos, é disponível no *website* <<http://www.portomaravilha.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2016).

⁴⁰⁵ “Art. 143. A lei específica que criar a Operação Urbana Consorciada poderá prever a emissão pelo Município de quantidade determinada de Certificados de Potencial Adicional de Construção - CEPAC, que serão alienados em leilão ou utilizados diretamente no pagamento das obras, das desapropriações necessárias

Paulo n. 723/2015⁴⁰⁶, que “estabelece objetivos, diretrizes, estratégias e mecanismos para a implantação da Operação Urbana Consorciada Bairros do Tamanduateí, define Projeto de Intervenção Urbana para a área da Operação Urbana e autoriza a criação da empresa Bairros do Tamanduateí S/A”, que prevê mecanismo de fixação do valor do metro quadrado dos imóveis a desapropriar de acordo com o Programa de Intervenções da operação urbana consorciada, de modo a integrar o valor a ser ofertado pelo município ou por seus delegados no momento da desapropriação urbanística: o dispositivo não fixa o valor do imóvel, que contém benfeitorias e acessões, avaliáveis em seu tempo, mas sim determina às unidades da Administração Pública que considerem o valor do metro quadrado do terreno (devidamente anotado em quadro anexo à futura lei) antes da realização da intervenção promovida pelo Poder Público no cálculo da justa indenização a ser ofertada perante o Judiciário⁴⁰⁷.

Ainda no tocante às parcerias público-privadas e às concessões urbanísticas em sentido estrito, é preciso que a matriz de responsabilidade dos respectivos contratos seja elaborada de forma minudente no que toca a alocação de competências para assunção de riscos pertinentes à álea econômica do negócio. Para tanto, é imprescindível que o projeto urbanístico consiga detalhar todas as intervenções previstas, com uma avaliação adequada das consequências econômicas das medidas adotadas na sua implantação. Mais que as consequências jurídicas advindas das condutas praticadas pela Administração Pública ou por seus delegados, interessa aqui avaliar o impacto de tais medidas em termos econômicos,

à implantação do programa de intervenções, bem como oferecidos em garantia para obtenção de financiamentos para a implementação da operação”.

⁴⁰⁶ Projeto de Lei n. 723/2015, da Câmara Municipal de São Paulo. Disponível em: <<http://migre.me/vLB6H>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

⁴⁰⁷ Art. 77 do projeto de lei: “Com fundamento na diretriz da recuperação da mais-valia advinda do processo de transformação urbana previsto nesta lei e de modo a privilegiar a função social da propriedade urbana, o cálculo do valor a ser inicialmente ofertado como justa indenização pela desapropriação dos imóveis necessários à implantação do Programa de Intervenções da OUCBT não poderá incluir integralmente a excepcional valorização imobiliária advinda da implantação da Operação Urbana. Parágrafo único. Para fins de aplicação do disposto no “caput” deste artigo, a valorização imobiliária nele citada deverá ser aferida usando como parâmetro o valor estimado do metro quadrado nas quadras atingidas pelos melhoramentos públicos no momento da entrada em vigor da lei da OUCBT, conforme Quadro 7 desta lei, atualizado por índice oficial, a ser definido por decreto”.

especialmente no que toca a receitas e custos diretos e indiretos⁴⁰⁸, que terão repercussão imediata nos valores do contrato⁴⁰⁹.

A necessidade do cuidado da construção desta matriz de responsabilidades, por sua vez, mais uma vez evidencia a necessidade de um processo de planejamento que combine de forma eficaz a participação dos interessados com um apurado estudo técnico, que seja capaz de responder às demandas advindas da sociedade com soluções urbanisticamente adequadas. É fato, por exemplo, que caberá ao município prover o crescimento sustentável do seu território, o que inclui a participação ativa do mercado imobiliário, mas é preciso que tal necessidade não acarrete a incapacidade da Administração Pública em ponderar, tendo em vista o desenvolvimento global do município, acerca de demandas específicas deste setor econômico que, caso atendidas, poderão gerar repercussões negativas em termos de desenvolvimento urbano. Da mesma forma, a decisão sobre a priorização da distribuição dos recursos públicos (normalmente escassos) para processos de urbanização e reurbanização do território não pode estar disponível a qualquer grupo de interesse atuante no município: ainda que seja imprescindível o processo participativo e a gestão consensual das demandas realizadas neste sentido, a Administração Pública não pode abrir mão de arbitrar e, finalmente, decidir sobre o tema.

3.2.5 Transparência, accountability e controle

Nesta linha de ideias, como já asseverado, é essencial o estabelecimento de procedimentos transparentes de produção de decisões administrativas referentes à formulação e implantação de projetos urbanísticos, definindo-se as etapas de instrução e

⁴⁰⁸ Em rápida síntese, os custos diretos são aqueles que estão objetivamente ligados a determinado produto ou serviço. Devem ser perfeitamente mensuráveis, a fim de serem incluídos de forma direta no cálculo da produção. Na grande maioria dos casos, são referentes a materiais (embalagem, matéria-prima, componentes) e mão de obra direta, que é aquela aplicada diretamente na fabricação ou acabamento de produtos ou na prestação de serviços. Os custos diretos são incluídos de forma direta no cálculo dos produtos. Já os custos indiretos não são identificados diretamente nos produtos e serviços. Por consequência, os custos enquadrados nesta categoria não podem ser relacionados a produtos específicos, existindo a necessidade de que sejam estabelecidos critérios de rateio para serem devidamente alocados. Um bom exemplo é a mão de obra indireta, referente a atividades realizadas em setores auxiliares da empresa ou por prestadores de serviços, como vigilância, manutenção de equipamentos, limpeza e afins. Também são classificados como custos indiretos os materiais empregados nestas atividades, como lubrificantes e parafusos. A depreciação dos equipamentos, os aluguéis e os seguros também são exemplos de custos indiretos.

⁴⁰⁹ Como exemplo, a construção de um empreendimento de habitações de interesse social em área ocupada, terá basicamente como custo direto o da remoção dos moradores e a incorporação imobiliária, e como custo indireto a manutenção das famílias deslocadas em moradias provisórias, ou a instituição de um mecanismo de bolsa-aluguel enquanto as novas edificações são erigidas.

decisão de tais processos em regulamentos (decretos, portarias, ordens de serviço) sindicáveis por qualquer interessado é essencial. Da mesma forma, a obrigatoriedade de a decisão prolatada pela Administração Pública ser fundamentada em elementos de convicção organizados colacionados a tais processos administrativos públicos, de modo a ser possível avaliar a sua coerência com o material produzido sob o regime da gestão democrática das cidades, em um processo claro de *accountability*, deve ser exigência mínima dos processos de elaboração e implantação de projetos urbanos.

A abertura de ambientes formais e permanentes de debate sobre as questões atinentes à política de desenvolvimento urbano, com possibilidade de apresentação de propostas e com a obrigatoriedade de formulação de respostas às demandas apresentadas, bem como o estabelecimento de fóruns para análise e solução administrativa de conflitos de interesse entre os diversos atores da arena pública de desenvolvimento urbano, com decisões vinculantes à Administração Pública, são fatores que privilegiam o *accountability*. Da mesma forma, laboram a favor da responsividade da atuação do Poder Público a produção de relatórios e notas explicativas acerca das etapas de implantação dos projetos urbanísticos promovidos pelo Poder Público ou por seus delegados, bem como das consequências, sob a ótica das funções sociais da cidade, advindas de tal condição. Por fim o fortalecimento da atuação dos conselhos e grupos com participação da sociedade na fiscalização da implementação da política de desenvolvimento urbano, promovendo-se sua composição de modo a contemplar os grupos de interesse diretamente afetados em tal processo, de forma equilibrada, tende a diminuir o espaço para a captura da ação da Administração Pública na elaboração e implantação da política de desenvolvimento urbano.

No que toca aos efeitos do controle dos atos da Administração Pública na rotina administrativa, a criação de canais formais de debate institucional entre os órgãos e entidades estatais encarregados de elaborar e de fiscalizar as atividades urbanísticas, em conjunto com representações da sociedade civil, permitiria uma troca de informações que tende a diminuir um dos principais problemas decorrentes da atuação dos órgãos de controle: a paralisação de processos administrativos ou mesmo legislativos para que os controladores possam, simplesmente, tomar ciência das medidas e decisões adotadas nos processos sob fiscalização.

Com efeito, é corriqueiro que medidas como paralisações liminares de licitações determinadas pelos tribunais de contas, recomendações de ajuste advindas dos órgãos ministeriais, concessões de cautelares pelo Poder Judiciário etc. tenham por base, simplesmente, o desconhecimento dos fundamentos da atuação administrativa que teve por

resultado os processos apontados como, de alguma forma, irregulares. Por outro lado, a ignorância, por parte dos órgãos públicos encarregados de realizar o planejamento urbanístico, de positivar as decisões advindas de tal processo e de, finalmente, concretizar as determinações e propostas e decisões adotadas no ordenamento jurídico-urbanístico faz com que elementos considerados importantes para a avaliação pelos órgãos de controle, ainda que produzidos e ponderados, deixem de ser colacionados ou, ao menos, explicitados nos processos administrativos fiscalizados. O compartilhamento de informações, desta forma, permitirá tanto o aprimoramento dos mecanismos de controle da Administração Pública quanto o aumento na eficiência dos processos de formulação e implantação do planejamento urbanístico, bem como na conformação e utilização dos instrumentos legais correspondentes às atividades urbanísticas.

Outra medida importante, desta feita diretamente ligada aos processos instaurados para a formação da convicção administrativa sobre elementos pertinentes à elaboração e implantação de projetos urbanísticos, é a formalização, nestes procedimentos, de momentos de prestação de contas, em que os atores responsáveis pelo controle da Administração Pública tenham a oportunidade indagar acerca das decisões fundamentais adotadas pelo Poder Público em tais processos, abrindo-se a oportunidade de fornecimento de justificativas e eventuais correções. Sem que isso signifique ingerência dos órgãos de controle sobre a regular atuação do Executivo e do Legislativo, esta medida propõe a construção de um método de trabalho que propicie condições formais e previamente estabelecidas de informação e validação de etapas dos trabalhos realizados, diminuindo, assim, o espectro de elementos questionáveis em sede de processos administrativos e judiciais que tenham por objeto o controle destes atos praticados pela Administração Pública.

É desejável, ainda, a criação de unidades, no aparato estatal, especializadas em compilar e elaborar informações acerca dos processos de elaboração e implantação das políticas de desenvolvimento urbano, bem como da conformação e utilização dos instrumentos jurídico-urbanísticos a tais pertinentes. A estas unidades, por sua vez, devem ser conferidas condições formais e materiais para o bom desempenho de suas tarefas, especialmente a possibilidade de demandar dos demais órgãos e entidades da Administração Pública Direta e Indireta informações e esclarecimentos referentes às suas funções. Também deve ser função de tais órgãos instruir as demais unidades da Administração Pública no tocante a quais posturas adotar e sobre a qualidade e quantidade de informações a serem prestadas nos processos de controle da Administração Pública, de modo a criar uma cultura

de atuação de tais agentes públicos que permita a estes maior segurança no que tange à qualidade de seu trabalho, e menor temor no tocante a eventuais increpações advindas do regular exercício de suas funções. Tudo isso exige a concomitante capacitação do corpo de servidores da Administração Pública, para que tal seja apto a reconhecer o objeto e amplitude dos processos de controle de sua atuação, de modo a possibilitar a prestação mais adequada possível de informações e esclarecimentos aos órgãos de controle formal e à sociedade.

O estímulo à criação de uma cultura de controle dos atos e processos administrativos que tenha por paradigma a imposição de medidas corretivas ou acautelatórias que considerem o impacto de tais determinações tendo em vista a eficiência dos processos de elaboração e implantação dos projetos urbanísticos também se apresenta como importante providência. As medidas apontadas devem ser as estritamente suficientes à correção ou suspensão de procedimentos considerados inadmissíveis pelos órgãos de controle, evitando-se a paralisação de processos amplos e complexos por questões formais superáveis com meras adaptações de procedimentos ou repetição pontual de atos praticados⁴¹⁰.

Por fim, ouvidos os órgãos de controle da Administração Pública e a sociedade civil, é medida útil a criação de regulamentação administrativa da atuação dos agentes públicos encarregados da tarefa de formulação e implantação dos projetos urbanos, inclusive no âmbito do Poder Legislativo, especialmente indicando metodologias de interação com os interessados nos processos a tais referentes. Tal regulamentação terá por escopo tanto

⁴¹⁰ Na França, há uma verdadeira metodologia de controle de gestão, que compatibiliza os objetivos previstos para a ação administrativa com os resultados efetivamente obtidos. Assevera CHEVALLIER que o objetivo de tal controle não é a punição, mas a reorientação da ação estatal, um controle de eficiência por confronto entre os meios utilizados e os resultados alcançados: “Le contrôle de gestion qui est, on l’a vu, un des éléments de la rationalisation des choix, n’a plus rien à voir avec les contrôles de type classique: intégrer à la gestion qu’il encadre de manière permanente, il se présente comme un instrument de mesure des écarts entre les résultats présents et les résultats attendus, dont l’objet n’est plus la sanction, mais la réorientation de l’action. Tant dans sa finalité que dans ses modalités, ce contrôle diffère donc profondément du contrôle de régularité traditionnel: c’est à la fois un contrôle d’efficacité, par la confrontation des objectifs visés et des résultats obtenus, un contrôle d’efficience, par la confrontation des moyens utilisés et des résultats atteints, et un contrôle de pertinence, par la confrontation des moyens et des objectifs”. (CHEVALLIER, Jacques. **Science administrative**. 2 ed. Paris: PUF, 1994. p. 514. Informa SCHWIND, ainda, que também na Itália há experiência semelhante, consistente na “Conferenza di Servizi” (Lei Italiana de Processo Administrativo – Lei n. 241/90). Nesta, fica estabelecido que nas hipóteses em que houver necessidade de um “exame contextual” de vários interesses públicos envolvidos em alguma disputa, as diversas administrações envolvidas na decisão do caso se reunirão para deliberação sobre o processo e formulação de orientação vinculante aos órgãos envolvidos. Caso o projeto seja complexo, poderão ser realizadas conferências preliminares. Da mesma forma, a experiência alemã do “procedimento estrela” (§§ 71d e 71e da lei de processo administrativo - *Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVfG*) prevê o suporte mútuo de diversos órgãos da Administração Pública na resolução de conflitos de forma concentrada. (SCHWIND, Rafael Wallbach. Resolução consensual de controvérsias administrativas: elementos para a instituição da “Conferência de Serviço” no direito brasileiro. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MENEZES DE ALMEIDA, Fernando; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (orgs.). **Direito e Administração Pública: Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 171-187).

fornecer uma margem de segurança jurídica a tais servidores no que se refere a eventual possibilidade de responsabilização em razão de condutas praticadas no regular exercício de suas funções, como proporcionar aos órgãos de controle da Administração Pública elementos objetivos para avaliação dos trabalhos executados nestas tarefas.

3.2.6 O Poder Público e o setor privado: a busca da eficácia dos projetos urbanísticos

Uma das grandes questões a superar na tarefa de proporcionar mais eficácia na elaboração e implantação de planos e projetos urbanísticos é a definição do modo pelo qual objetivamente devem atuar os atores envolvidos na arena pública de debate de desenvolvimento urbano, incluindo as entidades do setor público, e, principalmente, como tais atores devem se relacionar entre si.

Esta missão, por sua vez, é dificultada por diversas razões. Do ponto de vista das relações intersubjetivas, o acúmulo de escândalos de corrupção noticiados pela imprensa e levados ao Judiciário faz com que as iniciativas da Administração Pública tendentes a desburocratizar canais de acesso e facilitar fluxos de negociação sejam quase imediatamente colocadas em suspeição. Os órgãos de controle, da mesma forma, normalmente exercem seu mister atendo-se a avaliar exclusivamente os meios utilizados pela Administração Pública para atingir suas finalidades, increpando as iniciativas que de qualquer forma proponham formas de atuação não anteriormente determinadas de forma expressa pela lei, ou ao menos validadas por intermédio de regulamento ou por acordos de conduta.⁴¹¹

No tocante às relações institucionais, ANGARITA, em interessante análise,⁴¹² aponta que as relações usuais entre Estado e empresa podem ser usurpadas tanto de um lado como de outro, indicando, ainda, que as interdependências são pendulares: quando o “equilíbrio decresce em benefício do Estado, aumenta o domínio deste no setor de negócios, seja através de leis cada vez mais casuísticas ou específicas, seja através do domínio do financiamento subsidiado, seja ainda pelo advento exacerbado de empresas públicas ou de economia

⁴¹¹ À guisa de exemplo, uma das formas de relacionamento entre Estado e empresa é o acesso desta ao Estado por meio do lobby. Em sentido lato, lobby é “o processo pelo qual os grupos de pressão buscam participar do processo estatal de tomada de decisões, contribuindo para elaboração das políticas públicas de cada país”. (SAMPAIO DE LACERDA, José Cândido. **Manual de direito falimentar**. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1975. p. 35). A atividade do lobby, bem exercida, sob as luzes de regras claras e de limites bem definidos, colabora com o aprimoramento da democracia por meio da transparência das instituições. Esse tipo de acesso, contudo, pode de fato esconder certas patologias, que podem levar a corrupção de agentes públicos e privados.

⁴¹² ANGARITA, Antonio. **Estado e empresa: uma relação imbricada**. 1. ed. São Paulo: Direito GV, 2013. p. 74.

mista.”. De uma forma espelhada, as relações entre os dois entes terão uma conotação de “privatização” do Estado (quando o poder econômico é predominante) ou de “publicização” da atividade empresarial (na hipótese do poder político espriar-se pelo domínio econômico)⁴¹³. Há, em síntese, o risco da captura institucional da atividade estatal pelos particulares, da mesma forma que há o perigo de o Estado exercer um excesso de dirigismo das atividades privadas, tolhendo a livre iniciativa e, conseqüentemente, diminuindo o campo de atuação próprio dos particulares.

Propõe o autor, ainda, algumas tipologias de Estado tomando por base nos seus relacionamentos com as empresas. O primeiro tipo é o Estado interventor-empresário, que pretende utilizar a empresa como instrumento de consecução de políticas públicas, de maneira indireta, por meio de empresas públicas ou sociedades de economia mista; o segundo tipo é o Estado regulador-indutor, que aparece de diversas formas na atuação com a empresa e a sociedade por meio de atividades estatais diferentes, protegendo o sistema de mercado e evitando práticas autodestrutíveis. Cria normas abundantes e específicas ou gerais e indutivas, tendo a atividade de complementar o mercado sem conturbar a dinâmica do processo de acumulação, utilizando-se, inclusive, de normas provenientes de vários campos jurídicos a fim de induzir comportamentos positivos ou negativos. Existem, ainda segundo ANGARITA, dois modos de essa indução ocorrer: a consecução de políticas públicas, cada vez mais complexas e ambiciosas, e a edição de normas jurídicas que podem estimular ou restringir atividades empresariais; o terceiro tipo de Estado é o comparte do ente privado, que cumpre suas funções públicas por intermédio de “parcerias”, consubstanciadas em contratos e ações específicas. Segundo o autor, no contexto contemporâneo, as parcerias entre Estado e empresa “rebatizaram” o termo “parceria”, alterando a sua usual conotação jurídica para algo mais próximo de “colaboração econômica” entre setor público e privado, eis que entes não estatais passam, cada vez mais, a atuar em atividades estatais de índole econômica, com o objetivo de lucro.⁴¹⁴

O que parece ser relevante, na classificação abordada, é verificar que há diversos modos de atuação estatal perante os particulares para que sejam atingidas as suas finalidades. No campo urbanístico, será possível identificar as tipologias de Estado propostas por ANGARITA em todas as modalidades, e de forma concomitante - no desenvolvimento urbano, a instrumentação jurídico-urbanística labora ao mesmo tempo com iniciativas

⁴¹³ ANGARITA, Antonio. Op. cit., p. 74.

⁴¹⁴ Ibidem, p. 78-81.

próprias dos entes estatais, com regulação da atividade privada e com a realização de parcerias com os particulares. Há que se ponderar, falando especificamente do campo do direito urbanístico, que o comprometimento do setor privado com os processos de desenvolvimento urbano deverá ser sempre exigido e perfeitamente identificado, pois diz respeito não somente ao modo como se dará este processo, mas também aos seus fins. Por conseguinte, a identificação do vedado ou permitido e do adequado e inadequado na instrumentação jurídica dos processos de desenvolvimento urbano abrange uma avaliação tanto os meios quanto os fins deste processo, o que não se tem mostrado tarefa fácil nas experiências brasileiras sobre o tema.

É importante lembrar que a livre iniciativa é indicada como fundamento tanto da República Federativa do Brasil quanto de sua ordem econômica (art. 1º, IV e art. 170, “caput”). Em que pese a discussão acerca da acepção do termo “livre iniciativa” e seu significado constitucional, é possível afirmar, sem dúvida, que o tema tanto se refere à liberdade de comércio e indústria como à liberdade de atuação dos agentes privados em concorrência na disputa pelos mercados. Mais: a leitura de tais dispositivos em conjunto com o art. 173 da Carta Magna indica a determinação constitucional de subsidiariedade da atuação estatal no campo da exploração da atividade econômica - exceto os casos expressamente indicados no texto constitucional, a atuação estatal em atividade econômica deve ser devidamente justificada e precedida de lei autorizadora. Na mesma linha, o art. 174 esclarece ser o Estado agente normativo e regulador da atividade econômica, sempre sob o signo do princípio da legalidade (aqui tratado em sua acepção ampla), sendo seu planejamento determinante para o setor público e indicativo para o setor privado⁴¹⁵.

No tocante ao direito urbanístico, o reflexo de tal orientação constitucional é relevante. Primeiramente, em razão do reconhecimento de que a atividade dos empreendedores privados é indispensável ao desenvolvimento urbano. De fato, o Estado promove efetivamente o desenvolvimento urbano em estrita cooperação com o setor privado por intermédio de incentivos, de fomento ou por meio de relações contratuais, como ocorre, por exemplo, nos modelos das operações urbanas consorciadas, concessões urbanísticas, todos os tipos de concessões para obras de infraestrutura urbana etc., sendo certo, contudo, que é preciso reconhecer que é o empreendedor privado quem gera as riquezas que promovem a qualificação ou transformação urbanística. Se, de fato, cabe ao Estado o papel

⁴¹⁵ Neste sentido, cf. FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 72.

precípua de fornecer a infraestrutura urbana (não com exclusividade, e não somente este papel), é a iniciativa privada quem realizará, também precipuamente, as atividades econômicas que criarão as condições para o desenvolvimento urbano sustentável. Em segundo lugar, verifica-se que o planejamento urbano veiculado pelas leis urbanísticas (especialmente o plano diretor) excepciona a regra do planejamento estatal: mais que normatizar e orientar, o planejamento urbanístico é de observância obrigatória tanto pelos setores públicos quanto pelos particulares, sendo as funções a assumir pelos particulares na atividade urbanística dependentes, formal e materialmente, desta configuração.

Ainda no tocante à participação do setor privado no ciclo de elaboração e implantação de projetos urbanos, é possível destacar que o financiamento desta política pública poderá ser público, privado ou misto, com a presença ou não de mecanismos de incentivo ou fomento, especialmente no tocante à criação e manutenção de infraestruturas exploráveis economicamente pelo setor privado. Sob o aspecto econômico, o planejamento urbanístico deve ter por precípua finalidade orientar o desenvolvimento urbano de modo a potencializar a fruição das economias urbanas, proporcionando, por consequência, a cidade socialmente equilibrada.

Em que pesem tais considerações, a realidade brasileira da função estatal no que toca ao exercício das atividades urbanísticas tem servido principalmente para evitar colapsos em sistemas de infraestrutura, sendo bastante alto o custo desta dificuldade do Poder Público de planejar e ordenar o desenvolvimento urbano, influenciando decisivamente na viabilidade da implantação das melhorias nas cidades brasileiras. Com efeito, o déficit da capacidade de atendimento das necessidades dos médios e grandes núcleos urbanos em nosso país quanto a elementos como a infraestrutura para a produção e circulação de bens e serviços, as necessidades mínimas da população trabalhadora e residente no que tange a utilidades economicamente mensuráveis, a manutenção de padrões ao menos satisfatórios no tocante aos equipamentos e prestação de serviços públicos e privados no ambiente urbano etc. são realidades corriqueiras, desafios de crescente complexidade a serem enfrentados pelo planejamento urbanístico.

No tocante ao financiamento das políticas públicas elaboradas para enfrentar tais necessidades, falta ao Estado, em regra, capacidade operacional para analisar as economias urbanas, de modo a estruturar projetos urbanísticos que tanto atendam às diretrizes da política de desenvolvimento urbano trazidas no Estatuto da Cidade e no plano diretor quanto

à necessidade da remuneração do capital privado, imprescindível para a realização dos investimentos para a transformação ou qualificação do território.

Sob este aspecto, o lucro do empreendedor deve ser considerado consequência lógica da atividade econômica desempenhada, sem que se perca de vista seu condicionamento à mais adequada solução urbanística para o sítio a transformar ou requalificar. A remuneração obtida como contrapartida ao financiamento da elaboração ou implantação de políticas públicas de desenvolvimento urbano, em outros termos, tem como pressuposto a capacidade da Administração Pública de definir o que deseja urbanisticamente, e o que é possível disponibilizar como retribuição ao capital particular investido privilegiando-se os postulados da justa distribuição dos ônus e benefícios do processo de urbanização e da recuperação de parte das mais-valias advindas deste processo. O que deve ser destacado, mais uma vez, é que a participação dos particulares deve ocorrer em termos absolutamente claros e transparentes, para que as condições em que isso ocorra e os limites das decisões em termos de planejamento advindas de tal participação sejam previamente conhecidos e pactuados, especialmente para fins de fiscalização e evitando-se assim (ou, ao menos, minorando-se) as hipóteses de judicialização das políticas públicas de desenvolvimento urbano⁴¹⁶.

Por fim, ainda no tocante ao espaço para a *publicatio* de atividades privadas e da restrição ao campo da livre-iniciativa no campo das atividades urbanísticas, é preciso destacar que o espectro de atuação estatal se alarga também em razão de o Estado considerar as necessidades da sociedade também pelo olhar estratégico, impregnado de caráter econômico, transformando em público - ainda que pouca ou nenhuma relação tenha com a ideia de coesão social - o caráter econômico da atividade prestacional, sob o fundamento da fruição isonômica. Desta forma, a ponderação e proporcionalidade citadas por ARAGÃO devem ser analisadas ainda mais cuidadosamente, de modo a gerar a maior eficiência possível nos processos de urbanização.

⁴¹⁶ “A Administração atual é um espaço de deliberação pública - feita na forma do Direito, mas não apenas considerando o Direito. O Direito dirige e limita a ação administrativa, mas não predetermina por inteiro seus atos. Na deliberação administrativa entram a política, a técnica, a subjetividade etc. Sobre a deliberação há controles jurídicos, checando sua compatibilidade com o Direito. Mas há também influências e controles não-jurídicos, de dentro ou de fora das instituições estatais, atuando pontualmente ou no longo prazo. Não faz sentido, na vigência do regime democrático, propor que os controles jurídicos absorvam o campo natural dos controles não-jurídicos. O mundo jurídico não tem - e não deve ter - todas as respostas. Na dinâmica da redemocratização brasileira a partir da década de 1980 foi importante a estratégia de usar instrumentos jurídicos (o Judiciário, os processos, as normas etc.) para forçar o debate sobre questões públicas que, no mundo da Política ainda não se fazia no modo amplo da Democracia. Era o campo jurídico como arena da Política, que fazia sentido incentivar. Mas esta estratégia se tornou anacrônica.” (SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 140).

Em síntese, considerando os papéis públicos e privados na elaboração e implantação de projetos urbanísticos, observa-se que os métodos e soluções para sua viabilização jurídica apresentados no item anterior mostram-se adequados e tendentes a aprimorar a sua eficácia - é possível, portanto, por intermédio de métodos e soluções jurídicas, aumentar a eficácia do desenvolvimento urbano por meio da implantação de projetos em atuação concertada com o setor privado. Não basta, contudo, a mera enunciação de propósitos ou de situações ideais: a adoção de efetivas medidas que promovam as condições para que a Administração Pública seja capaz de realizar sua função de arbitrar os interesses em disputa na arena pública de desenvolvimento urbano, por intermédio de processos públicos, participativos e consensuais, é um caminho a ser efetivamente percorrido.

CONCLUSÃO

O estímulo inicial à elaboração do presente trabalho foi a constatação de que, mesmo depois de 15 anos de vigência do Estatuto da Cidade, em que pese haver avanços em pontos como o respeito ao plano diretor e nas questões referentes à regularização fundiária e moradia de interesse social, os resultados práticos da implantação de projetos urbanísticos em nosso país ainda são bastante tímidos. A despeito de todo esforço realizado pelos entes federados, pela sociedade civil organizada e até mesmo pelos setores da economia diretamente interessados, a concretização do ideal de desenvolvimento urbano sustentável ainda se encontra longe de ser alcançado pelos municípios brasileiros, sendo parte deste problema a ineficácia do instrumental jurídico-urbanístico estabelecido para dar cumprimento a esta tarefa nos processos destinados à qualificação ou transformação de parcelas do território, veiculados no bojo de projetos urbanísticos.

Tendo em vista tal panorama, o trabalho procurou analisar se o aperfeiçoamento do instrumental técnico-jurídico seria capaz de tornar mais eficazes os processos de implantação de projetos urbanísticos, e, por consequência, a concretização da política de desenvolvimento urbano do município como um todo. Como método, avaliou, a partir da visão das relações entre o setor público e o setor privado na execução das atividades urbanísticas, as razões de tal ineficácia, propondo contributos para o aprimoramento dos processos de elaboração e implantação dos projetos urbanísticos.

Nestes termos, o Capítulo 1 iniciou oferecendo fundamentos para a discussão sobre a eficácia dos projetos urbanísticos no Brasil. Seu desenvolvimento trouxe elementos que versaram sobre a atual conformação da atividade administrativa em nosso país, e, de forma específica, acerca das atividades urbanísticas de elaboração e implantação de projetos urbanísticos. Constatada a existência de um subsistema jurídico de direito urbanístico no Brasil, baseado na Constituição Federal e com suas linhas gerais estabelecidas pelo Estatuto da Cidade, avaliaram-se as especificidades em sua leitura e aplicação. Da mesma forma, foi realizada uma análise da metodologia de produção e implantação do direito urbanístico tendo em vista o novo paradigma de atuação consensual da Administração Pública, indissociavelmente conectado à adoção da processualidade como forma de encaminhamento e decisão de demandas. Neste momento, verificada a importância dos diversos atores intervenientes na formação e aplicação da política de desenvolvimento urbano, já foi possível destacar a importância do papel de árbitro, a ser exercido pelo Poder Público, na

definição dos interesses públicos a privilegiar nos processos de elaboração e implantação de planos e projetos urbanísticos.

O Capítulo 2 trouxe reflexões sobre o “estado da arte” da regulação jurídico-urbanística no Brasil. Cada análise realizada, tanto dos instrumentos de planejamento mais gerais (o plano diretor e o zoneamento) como dos instrumentos jurídico-urbanísticos destacados em seu conteúdo, foi encerrada com breves observações sobre seu papel na transformação ou qualificação do território urbano. O Capítulo 2 revelou aspectos que evidenciam tanto pontos já devidamente incorporados à técnica de utilização dos instrumentos jurídico-urbanísticos como questões ainda pendentes em seus processos de formação e de aplicação. Mais que uma simples leitura sobre os aspectos formais do ordenamento jurídico-urbanístico, foram realizadas reflexões tendentes a revelar oportunidades para o aprimoramento de sua utilidade no processo de elaboração e implantação de projetos urbanísticos, especialmente tendo em vista os papéis dos setores público e privado nesta tarefa.

A partir dos elementos anteriormente coligidos, o Capítulo 3 buscou inicialmente identificar de forma mais específica fatores que geram ineficiências nos processos de elaboração e implantação de projetos urbanísticos, tornando-os menos eficazes ou mesmo ineficazes quanto aos seus fins. Foram apresentados, em seguida, contributos para que os aspectos jurídicos em tais processos fossem aprimorados, de modo a diminuir ou mesmo elidir as causas geradoras das apontadas ineficiências. O objetivo de tais contribuições foi o de apresentar métodos e soluções voltados a buscar o aumento da eficácia do processo de implantação dos projetos urbanísticos, especificamente analisando como tal aprimoramento tem reflexos nas atuações dos diversos atores intervenientes em seus ciclos de formação e concretização.

O último capítulo deste trabalho apresentou um subtítulo que contém o verbo “devir”, que significa transformação, o que virá a ser. Sem que haja qualquer pretensão de imaginar ser este estudo uma ampla compilação de todas as possibilidades de aprimoramento do instrumental jurídico utilizável para a elaboração e implantação de projetos urbanísticos, foi proposto um percurso que tivesse como ponto culminante arrolar alguns métodos e soluções úteis a auxiliar a melhoria dos resultados advindos do tremendo esforço realizado pela sociedade brasileira na função de transformar ou qualificar o território de suas grandes e médias cidades por intermédio de tais projetos.

De fato, em que pesem os esforços dos municípios brasileiros para a confecção e implantação de projetos urbanísticos para a qualificação ou transformação do território, com dezenas de milhões de reais gastos e anos de esforço das Administrações Públicas despendidos nesta tarefa, pouco há a comemorar neste campo. O êxito no alcance dos objetivos inicialmente propostos é raro, não sendo incomum a situação de projetos que, a despeito de terem sido concluídos, nem sequer tiveram sua implantação iniciada. Ainda que se reconheça que o Direito, por si, não é capaz de transformar este quadro, que guarda complexidade muito maior que a da simples regulação jurídica aplicável a tais processos, sem dúvida que a ciência jurídica deve oferecer elementos para auxiliar em sua solução. Não basta à ciência do Direito, em outras palavras, simplesmente descrever tal fenômeno, identificando suas razões e consequências: trata-se, isto sim, de propor métodos e soluções jurídicas que auxiliem na construção de uma nova realidade para este fenômeno.

O principal móvel para o cumprimento desta verdadeira missão, por sua vez, está na própria sociedade, que hoje manifesta sua intenção de não somente exercer um controle burocrático e formal da formulação da política de desenvolvimento urbano como, e sim de influenciar em sua conformação e implantação. Mais que o desejo de realizar contribuições técnicas, ou de ser meramente informada dos processos em andamento, há o anseio pela democratização da política de desenvolvimento urbano, com a instituição de canais de diálogo com um Poder Público responsivo, atendendo-se, assim, ao exigido pelo subsistema jurídico-urbanístico existente em nosso país.

Sob outro aspecto, existe a necessidade, do ponto de vista pragmático, de que o setor privado esteja em permanente contato com a formação da convicção administrativa acerca da normatização urbanística. A identificação de suas demandas e aspirações no tocante às decisões referentes aos projetos urbanísticos é capaz de auxiliar a produção de um instrumental jurídico-urbanístico mais adequado à implantação de tais projetos, com maior utilidade aos fins a que se destina. Mais que isso, o reconhecimento de que há uma arena pública de disputa pelas decisões referentes à política de desenvolvimento urbano, em que interesses legítimos de diversos atores se contrapõem, justapõem ou se identificam, evidencia que, ao lado da inafastável prerrogativa da Administração Pública de definir os elementos fundamentais do planejamento urbanístico e impor a normatização a partir destas decisões, há o direito do setor privado de tentar influenciar a formação desta convicção. Os métodos e soluções para viabilização jurídica de projetos urbanísticos, desta forma, têm o dever de considerar estas relações e de sintetizar os processos dialéticos nelas estabelecidos.

Dentre tais métodos e soluções, por sua vez, alguns se oferecem mais evidentes, outros menos óbvios. Desta forma, ao lado da identificação da necessidade de estabelecer uma processualidade inerente à execução da política de desenvolvimento urbano, ilustrada pelas técnicas da consensualidade e transparência no processo de formação da convicção administrativa sobre a elaboração e implantação de planos e projetos urbanísticos, apontou-se a necessidade de qualificação dos quadros técnicos da Administração Pública para que estejam aptos à execução de tais tarefas; da mesma maneira, ao mesmo tempo em que se constata, em distintas situações, a necessidade fortalecer a capacidade do Poder Público para cumprir sua missão de identificar e determinar as medidas jurídicas necessárias a gerar eficácia na formulação e implantação dos projetos urbanísticos, arbitrando as disputas de interesses havidas na arena pública de discussões sobre o tema, identificou-se útil ao aprimoramento do instrumental jurídico-urbanístico referente aos planos urbanísticos que os controles exercidos sobre a Administração Pública na tarefa de elaborar e implantar projetos urbanísticos sejam qualificados também pelo diálogo e troca de informações entre órgãos controlados e controladores.

O trabalho, assim, a partir de elementos pertinentes ao conhecimento teórico e prático, avançou dialeticamente na identificação dos problemas que geram ineficiências na elaboração e implantação de projetos urbanísticos e, com base em uma leitura dos papéis dos setores públicos e privados nesta tarefa, propôs métodos e soluções para sua resolução. A transformação da técnica de elaboração e implantação de projetos urbanísticos no Brasil, por fim, parece estar em curso, tendo este trabalho o objetivo de oferecer elementos que auxiliem a melhorar a eficácia dos instrumentos jurídico-urbanísticos necessários ao cumprimento desta importante tarefa.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Leticia Oliveira Lins de. A atividade administrativa de fomento e a importância do planejamento. **Forum Administrativo**. Belo Horizonte: Forum, ano 16, n. 182, p. 25-40, abr. 2016.

ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. **Do solo criado (Outorga Onerosa do Direito de Construir)**: instrumento de tributação para a ordenação do ambiente urbano. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Plano Diretor Urbano e Estatuto da Cidade: Medidas cautelares e moratórias urbanísticas**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

ANGARITA, Antônio. **Estado e empresa: uma relação imbricada**. 1. ed. São Paulo: Direito GV, 2013.

AMARAL, Gustavo; MELO, Daniele. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ANTUNES ROCHA, Carmen Lúcia. O princípio constitucional da função social da propriedade. In: BACELLAR, Romeu Felipe; FERREIRA MOTTA, Paulo Roberto; AGUIRRE DE CASTRO, Rodrigo Pironti (coords.). **Direito Administrativo Contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

APPARECIDO JÚNIOR, José Antônio. O uso tolerado: regra de transição isonômica no plano urbanístico. **Forum Municipal & Gestão das Cidades (FMGC)**, Belo Horizonte: Forum, ano 1, n. 2, p. 34., nov/dez 2013.

_____. **Propriedade Urbanística e Edificabilidade**. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. Plano Diretor como parâmetro de aferição de validade material das leis urbanísticas municipais. **Revista dos Tribunais São Paulo: RTSP**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, n. 5-6, p. 71-96, mar-abr/maio-jun 2014.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. **O princípio da proporcionalidade no direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 800 v.

_____. O Princípio da Eficiência. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, nov/dez 2005, jan 2006.

ARIMATÉA, José Rodrigues. **O Direito de Propriedade: imitações e restrições públicas**. Franca: Lemos e Cruz, 2003.

AUBY, Jean_Bernard; PÉRINET-MARQUET, Hugues; NOGUELLOU, Rozen. **Droit de l'urbanisme et de la construcion**. 8. ed. Paris: L.G.D.J, 2008.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **O Princípio da Impessoalidade na Administração Pública: Para uma Administração Imparcial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. **Revista Trimestral de Direito Público (RTDP)**. São Paulo: Malheiros, n. 24, p. 159-180, 1999.

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

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. Novos Aspectos da função social da propriedade no direito público. **Revista de Direito Público**, v. 20, n. 84, out/dez 1987.

BALSAS, Carlos Jose Lopes. **O urbanismo comercial e as parecerias público-privado**. Lisboa: Gabinete de Estudos e Prospectiva Econômica, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. A Constitucionalização do Direito e o Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito Civil Contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BASTOS, Celso. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 5. ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, Ordenação, Regulação**. Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. **Uma teoria do direito administrativo**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do Direito**. Barueri: Manole, 2007.

_____. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994.

BOCKMANN MOREIRA, Egon; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC**. 4. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Processo Administrativo. Princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 4. ed. atual. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Qual é o futuro do direito da regulação no Brasil? In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (orgs.). **Direito da Regulação e Políticas Públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014.

BORGES, Alice Gonzalez. Operações urbanas consorciadas: os consórcios intermunicipais como instrumento de realização do Estatuto da Cidade. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa (coord.). **Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BREGA, José Fernando Ferreira. O público e o privado na implantação de planos de renovação urbana. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 4, jan. 2014.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. O Conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Coord.). **Políticas Públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Políticas públicas e direito administrativo**. Brasília: Revista de Informação Legislativa, 1997.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOSO, Fernanda Lousada. **A Propriedade Privada Urbana Obriga?**. São Paulo: Renovar, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Plano Diretor e Inconsciência Urbanística. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MENEZES DE ALMEIDA, Fernando; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (orgs.). **Direito e Administração Pública: Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro**. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHO PINTO, Victor. **Direito Urbanístico**: plano diretor e direito de propriedade. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CASSESE, Sabino. **A Crise do Estado**. Campinas: Saber, 2010.

CASTRO, José Nilo de. Planejamento cidadão. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa (coord.). **Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Teoria do Estado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1969.

CHEVALLIER, Jacques. **Science administrative**. 2 ed. Paris: PUF, 1994.

CLÉVE, Clèmerson Merlin. **Temas de direito constitucional**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

COORDENADORIA GERAL DE PLANEJAMENTO (COGEP). **Política Global de Desenvolvimento Urbano e Melhoria da Qualidade de Vida**. São Paulo: Prefeitura Municipal de São Paulo, 1980.

CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. 1 v.

_____. **O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade**. Coimbra: Almedina, 2001.

COSTA, Regina Helena. A contribuição de melhoria como instrumento de política urbana. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa (coord.) **Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo. **Contrato de Engineering**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 81, v. 685, 1992.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. **Poder de Polícia**: compreensão contemporânea do instituto e discussão sobre a possibilidade de delegação de seu exercício a entes privados. Ribeirão Preto: IELD, 2014.

DALLARI, Adilson Abreu. Alterações dos contratos administrativos – economicidade, razoabilidade e eficiência. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, n. 40, 2002.

_____. Concessões Urbanísticas. In: FREITAS, José Carlos de (coord.). **Temas de Direito Urbanístico 3**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado/Ministério Público do Estado de São Paulo, 2001.

_____. Instrumentos da Política Urbana. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coords.). **Estatuto da Cidade** (Comentários à Lei Federal 10.257/2001). 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. **Políticas públicas: Princípios, propostas e processos**. São Paulo: Atlas, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro 4 - Direito das Coisas**. 25. ed. São Paulo, Saraiva, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. Função social da propriedade pública. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa (coord.). **Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e Outras Formas**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo I**. 15. ed. Madrid: Thomson-Reuters, 2011.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **Democracia, Jueces y Control de la Administracion**. 5. ed. Madrid: Civitas, 2000.

ESCOLA, Hector Jorge. **El interés público como fundamento del Decrecho Administrativo**. Buenos Aires: De Palma, 1989.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 1984.

FARIAS, Márcia. **O direito urbanístico e o direito de propriedade norte-americanos: planejamento urbano e desapropriação para fins de interesse público após a decisão no caso “Kelo vs. City of New London”**. Interesse Público: Revista bimestral de direito público. Porto Alegre: Editora Notadez, ano 8, n. 40, p. 179-196, nov/dez 2006.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo I**. 15. ed. Madrid: Thomson-Reuters, 2011.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Disciplina Urbanística da Propriedade**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FURTADO, Fernanda; MALERONKA, Camila. Concesión onerosa del derecho de construir (OOCD por su siglas em português): la experiencia de São Paulo en la gestión pública de las edificabilidades. In: FURTADO, Fernanda; SMOLKA, Martin O. **Instrumentos Notables de políticas de suelo nm América Latina**. Quito: Lincoln Institute of Land Policy, 2014.

GARCIA, Fernando Couto. **A desapropriação por hasta pública no ordenamento jurídico português e a constitucionalidade da proposta de sua introdução no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 5, p. 305–325, mar/abr 2014.

GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto Amministrativo**, volume primo. Milão: Giuffrè, 1970.

GONÇALVES, Pedro. **Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas**. Coimbra: Almedina, 2005.

GORDILLO, Augustin. **Princípios Gerais de Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Parte General**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A Participação Popular e a Consensualidade na Administração Pública. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

_____. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

HUMBERT, George Louis Hage. **O Direito urbanístico e a função socioambiental da propriedade urbana**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

IGNATIOS, Marcelo Fonseca; MONTANDON, Daniel Todmann. A dimensão urbanística da Outorga Onerosa do Direito de Construir no Município de São Paulo. **Lincoln Institute of Land Policy**, Working Paper, 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Tendências Demográficas: uma análise da população com base nos censos demográficos de 1940 e 2000**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/tendencia_demografica/analise_populacao/1940_2000/analise_populacao.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2016.

JAMPAULO JUNIOR, João. Plano diretor: o processo legislativo. In: DALLARI, Adilson Abreu; LIBÓRIO, Daniela Campos. **Direito Urbanístico e Ambiental**. Belo Horizonte: Forum, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. Concessões Urbanísticas e outorgas onerosas. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa (coord.). **Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 4. ed. Martins Fontes: São Paulo, 2005.

_____. Direito ao Desenvolvimento da Constituição Brasileira de 1988. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo e Econômico**. Salvador: Bahia, n. 16, p. 10-12, nov/dez/jan 2009.

LEITE, Carlos. **Cidades sustentáveis, cidades inteligentes**. Porto Alegre: Bookman, 2012.

LEME MACHADO, Paulo Affonso. **Direito Ambiental Brasileiro**. 17. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

LEVIN, Alexandre. **Operação urbana consorciada**: concertação público-privada para a justa distribuição dos benefícios decorrentes da atividade urbanística. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

LIBÓRIO, Daniela Campos. Bem ambiental, livre iniciativa e interesse público. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MENEZES DE ALMEIDA, Fernando; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (orgs.). **Direito e Administração Pública - Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella di Pietro**. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Elementos de Direito Urbanístico**. São Paulo: Manole, 2004.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. **A irretroatividade das leis e o direito adquirido**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

LOMAR, Paulo José Villela. Operação Urbana Consorciada. In: DALLARI, Adilson Abreu; Ferraz, Sérgio (coords.). **Estatuto da Cidade** (Comentários à Lei Federal n. 10.257/2001). 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A Propriedade como Relação Jurídica Complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MACIEL, Fabianne Manhães. Direito da cidade e função social da cidade. In: MOTA, Maurício; TORRES, Marcos Alcino. **Transformações do Direito de Propriedade Privada**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

MACHADO HORTA, Raul. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

MACLAREN, Virginia W. Urban Sustainability Reporting. In: WHEELER, Stephen M.; BEATLEY, Timothy. **The Sustainable Urban Development Reader**. London: Routledge, 2004.

MAFFINI, Rafael. **Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

MALERONKA, Camila. **Projeto e gestão na metrópole contemporânea: um estudo sobre as potencialidades do instrumento 'operação urbana consorciada' à luz da experiência paulistana**. 245 p. Tese (Doutorado em História e Fundamentos da Arquitetura e do Urbanismo) - FAUUSP, São Paulo, 2010.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Limitações Urbanas ao Direito de Propriedade**. São Paulo: Atlas, 2010.

MARÉS, Carlos Frederico. A Proteção Jurídica dos bens culturais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 2, jan/mar 1993.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A contratação de particulares para suporte de atividade regulatória estatal. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, n. 32, 1993.

_____. **Bens Públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

_____. Outorga onerosa do direito de construir. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coords.). **Estatuto da Cidade** (Comentários à Lei Federal 10.257/2001). 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**. Belo Horizonte: Fórum, ano 9, n. 100, p. 12-13, abr. 2010.

_____. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARRARA, Thiago. **Bens públicos, Domínio urbano e Infraestruturas**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MAURER, Hartmut. **Elementos de direito administrativo alemão**. Porto Alegre: Safe, 2001.

MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Direito Administrativo Moderno**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENCIO, Mariana. A influência do estudo de impacto de vizinhança na expedição da licença urbanística para construção de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente urbano. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; MENCIO, Mariana; ORTOLÁ JORGE, Antonio Carlos; ROSSO, Maximiliano; BAKOWSKI, Leandro. **Estudos de Direito Urbanístico I: Licenças urbanísticas e questões polêmicas sobre as exigências da Lei de Parcelamento do Solo**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2006.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. Dos instrumentos da Política Urbana. In: MEDAUAR, Odete; MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias (coords.). **Estatuto da Cidade** (Comentários à Lei Federal 10.257/2001). 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Mecanismos de consenso no direito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MERCADO PACHECO, Pedro. **El Analisis Económico del Derecho**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

MILL, John Stuart. **A Liberdade: Utilitarismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. **Revista do Serviço Público**. Brasília: ENAP, ano 51, n. 2, abr/jun 2000.

MONTEIRO, Vera. **Concessão**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de Direito Civil: Direito das Coisas**. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Droit Administratif**. 12. ed. Paris: Montchrestien, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. Mutações nos serviços públicos. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa (coord.). **Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. Novas Tendências da Democracia: consenso e Direito Público na virada do século – o caso brasileiro. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, março/abril/maio, 2008, p. 10-11. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%20C70-2008-DIOGO-DE-FIGUEIREDO-MOREIRA-NETO.PDF>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

NOHARA, Irene Patrícia. Consensualidade e gestão democrática do interesse público no Direito Administrativo contemporâneo. **Interesse Público**. Belo Horizonte: Fórum, ano 15, n. 78, mar/abr 2013.

NOVIS, Mariana. **O Regime Jurídico da Concessão Urbanística**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 104, p. 303-322, jan. 2009. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67859>>. Acesso em: 26 dec. 2016.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Relatório Brundtland**. Disponível em: <<https://ambiente.files.wordpress.com/2011/03/brundtland-report-our-common-future.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

ORTIZ, Gaspar Ariño. Sucessos e fracassos da regulação. **REDAE**, n. 3, [s. a.]. p. 14. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-3-AGOSTO-2005-GASPAR%20ARINO%20ORTIZ.pdf>>. Acesso em: 09 jul. 2016.

OSÓRIO, Fabio Medina. Novos rumos da gestão pública brasileira: dificuldades teóricas ou operacionais? In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa (coord.) **Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PIRES, Luis Manoel Fonseca. **Limitações Administrativas à Liberdade e à Propriedade**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

PORTO, Antonio Jose Maristrello. **Análise Econômica do Direito (AED)**. Rio de Janeiro: FGV, 2015. Disponível em: <<http://migre.me/vLB3d>>. Acesso em: 13 nov. 2016.

RABELLO, Sonia. Direito Urbanístico e Direito Administrativo: Imbricação e Inter-Relações. **Revista de Direito da Cidade**. Rio de Janeiro: UERJ, v. 1, n. 1, abr. 2014. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/10492/8264>>. Acesso em: 31 mai. 2016.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. **Direito Urbanístico Contratual**. Dos atos negociais aos contratos de gestão urbana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

REIS FILHO, Nestor Goulart. Urbanização e planejamento no Brasil, 1960-1983. **Cadernos de Pesquisa do LAP (USP)**, n. 11, jan/fev 1996.

RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada**. Fundamentos econômicos-jurídicos. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2010.

ROCHA, Arlindo Carvalho. Accountability na Administração Pública: Modelos Teóricos e Abordagens. **Contabilidade, Gestão e Governança**. Brasília: UNB Contábil, v. 14, n. 2, mai/ago 2011.

ROCHA, Arlindo Carvalho; QUINTIERE, Marcelo de Miranda Ribeiro. **Auditoria Governamental**: Uma abordagem metodológica da Auditoria de Gestão. Curitiba: Juruá, 2008.

ROSILHO, André; SUNDFELD, Carlos Ari. Direito e Políticas Públicas: dois mundos? In: _____. **Direito da Regulação e Políticas Públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014.

SALEME, Edson Ricardo. A licença urbanística no direito administrativo. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MENEZES DE ALMEIDA, Fernando; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (orgs.). **Direito e Administração Pública**: Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella di Pietro. São Paulo: Atlas, 2013.

SAMPAIO DE LACERDA, José Cândido. **Manual de direito falimentar**. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1975.

SAMPAIO, Patrícia; ARAÚJO, Thiago. Previsibilidade ou Resiliência? Notas sobre a repartição de riscos em contratos administrativos. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**. Rio de Janeiro: Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, 2014.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. **Principios de Derecho Administrativo**. 2. ed. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2000.

SANTOS, Milton. **A Urbanização Brasileira**. 5. ed. São Paulo: EDUSP, 2013.

SAULE JUNIOR, Nelson. **Direito Urbanístico**: vias jurídicas das políticas públicas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Resolução consensual de controvérsias administrativas: elementos para a instituição da “Conferência de Serviço” no direito brasileiro. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MENEZES DE ALMEIDA, Fernando; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (orgs.). **Direito e Administração Pública**. Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre Iniciativa nos Serviços Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SEVERI, Fabiana Cristina. Participação popular em órgãos da Administração Pública: perspectivas e desafios à luz dos debates sobre as características gerais e efetividade das instituições participativas brasileiras. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MENEZES DE ALMEIDA, Fernando; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (orgs.). **Direito e Administração Pública** - Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Direito Ambiental Constitucional**, 10. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Instituições de Direito Civil: Direitos Reais**. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 4 v.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. **O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SMOLKA, Martin O. **Implementación de la Recuperación de Plusvalías en América Latina: Políticas e Instrumentos para el Desarrollo Urbano**. Cambridge: Lincoln Institute of Land Policy, 2013.

SOTTO, Debora. **Mais-valia urbanística e desenvolvimento urbano sustentável: uma análise jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SOUZA, Luciana Correia Gaspar. **Município e Poder Normativo na criação de novos instrumentos urbanísticos – o Estatuto da Cidade como normativa do direito público por uma política urbana**. Curitiba: Juruá, 2014.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **Bens Culturais e sua Proteção Jurídica**. 3. ed. ampl. e atual. Curitiba: Juruá, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERAZ, Sérgio. **Estatuto da Cidade** (Comentários à Lei 10.257/2001). São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. **Fundamentos de direito público**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Parcerias Público-Privadas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **O dever de fundamentação expressa dos actos administrativos**. Coimbra: Almedina, 1992.

VILLAÇA, Flávio. **Uso do Solo Urbano**. São Paulo: Fundação Prefeito Faria Lima, 1978.