

OPERAÇÕES URBANAS CONSORCIADAS: A NOVA REGULAÇÃO URBANA EM QUESTÃO

Luiz Fernando Massonetto¹

¹ Doutorando em Direito Econômico e Financeiro pela Universidade de São Paulo.

Introdução

No presente trabalho, pretende-se analisar a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, denominada Estatuto da Cidade, em face da Ordem Econômica e Financeira estabelecida na Constituição da República. Mais do que notar a estrita observância do Estatuto às normas de política urbana prescritas na Constituição, pretende-se analisar o padrão de intervenção do Estado na propriedade privada, em especial a propriedade urbana, identificando as recorrências e as inovações da ordem constitucional e da legislação ordinária que a regulamentam. A análise do padrão de intervenção do Estado na propriedade urbana, por sua vez, será realizada a partir do novo modelo de regulação urbana estabelecido pelo Estatuto da Cidade – as Operações Urbanas Consorciadas.

Na primeira parte do trabalho, será analisado o estatuto da política urbana na Constituição da República. Especial atenção será dada à repercussão da inserção da Política Urbana na Ordem Econômica e Financeira de nossa lei maior. Compreendida a articulação do desenvolvimento urbano com os princípios que informam a ordem constitucional econômica, serão analisados o Estatuto da Cidade e a nova regulação por ele estabelecida.

Na análise do Estatuto da Cidade, buscar-se-á compreender a moldura da regulação proposta e sua compatibilidade com o padrão de intervenção estabelecido no texto constitucional. Dado o enfoque do presente trabalho à regulamentação das Operações Urbanas Consorciadas, pretende-se estudar o seu arcabouço normativo em face daquele padrão de intervenção identificado na primeira parte, com exclusão de uma análise mais minuciosa do Estatuto da Cidade e de suas outras novidades institucionais.

Por fim, pretende-se empreender um esforço hermenêutico que concilie o Estatuto da Cidade com a Política Urbana inscrita na Constituição. Mais do que realizar uma interpretação conforme a Constituição, pretende-se, pela via negativa, afastar a concretização de medidas e a consolidação de institutos que violam a lógica distributiva que marca o texto constitucional.

A Política Urbana na Constituição

A Ordem Econômica e Financeira, disposta sob o Título VII da Constituição da República, é composta de quatro capítulos. No primeiro deles, são descritos os Princípios Gerais da Atividade Econômica. No segundo, a Política Urbana. No terceiro, a Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária. E, no último, o Sistema Financeiro Nacional. Se, por um lado, a divisão da referida ordem em seções não pode se dar em prejuízo de sua unidade sistemática, por outro não se pode ignorar as razões da sua divisão.

No primeiro capítulo, são apresentados os princípios e as estruturas da Ordem Econômica e Financeira, delimitando sua moldura institucional e apontando suas finalidades materiais. Nos dois capítulos intermediários, a Ordem Econômica e seus conflitos são projetados no espaço, caracterizando uma Ordem Urbana e uma Ordem Agrária, com suas peculiaridades e determinações específicas. Já o capítulo final trata do sistema financeiro e, dispondo sobre instituições e políticas de crédito, projeta a Ordem Econômica e seus conflitos no tempo. Enfim, a Ordem Econômica e Financeira é seccionada evidenciando os desdobramentos de sua estrutura no tempo e no espaço. E sua unidade sistemática é evidenciada pela dinâmica resultante destes desdobramentos, que integra suas seções em função dos fins perseguidos pela Ordem Constitucional.

Desta feita, a análise da política urbana na Constituição exige uma cautela redobrada. Primeiramente, é necessário compreender a política urbana como parte da Ordem Econômica e as repercussões jurídicas de tal topologia. Em segundo lugar, tratando-se de parcela da Ordem Econômica, é importante não perder de vista aquela unidade sistemática, observando necessariamente a articulação da política de desenvolvimento urbano com os demais dispositivos integrantes da ordem.

O dispositivo vestibular da Ordem Econômica e Financeira da Constituição da República encerra os pontos mais importantes do alicerce institucional no que diz respeito à relação entre o Estado e a Sociedade Civil. Assim, o artigo 170 prescreve que a Ordem Econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios da soberania

nacional, da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre concorrência, da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais, da busca do pleno emprego e do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham a sua sede e administração no País.

É possível sintetizar, a partir da leitura deste rol de princípios que informa a Ordem Econômica brasileira, alguns cânones de interpretação da articulação entre Estado e Economia, mediada pelo Direito. O mais importante, pelo seu caráter inovador, é o reconhecimento, em sede constitucional, do conflito constitutivo do sistema capitalista e a prescrição da redistribuição como papel preponderante do Estado. A Constituição não nega a desigualdade inerente ao modo de produção capitalista. Mas, na medida em que impõe objetivos inatingíveis pela “mão invisível do mercado” e assegura a busca do pleno emprego, o controle de externalidades negativas da atividade econômica e a redução das desigualdades sociais, a Constituição impõe ao Estado uma pauta política de redistribuição do excedente social, com atuação no domínio econômico para a consecução dos seus objetivos².

Desta forma, não resta dúvida que os princípios que orientam a Ordem Econômica na Constituição informam decisivamente a política de desenvolvimento urbano. Ao referenciar nos seus capítulos intermediários a Ordem Eco-

² “O reconhecimento do conflito como questão jurídica e da função distributiva a ser exercida pelo Estado não pode ser compreendido simplesmente como uma evolução do espírito. O século XX foi pródigo de embates e entretocques que foram expondo, progressivamente, a contradição constitutiva do modo de produção capitalista. Se, em um primeiro momento, bastava ao Estado reconhecer a igualdade jurídica para evitar o colapso do sistema pelo aprofundamento de suas contradições, no século XX a manutenção do sistema vai exigir do Estado o reconhecimento da diferença, a assimilação parcial do conflito, para que se mantenham as condições objetivas necessárias à livre circulação do capital e ao apaziguamento da radical contradição do sistema”. Bercovici, Gilberto e Massonetto, Luis Fernando. *Os Direitos Sociais e as Constituições Democráticas Brasileiras: Breve Ensaio Histórico*, mimeo. A transformação do papel do Direito pode ser apreendida em Ruy Fausto, *Marx: Lógica e Política*, São Paulo, Brasiliense, 1987, tomo II, p. 287-329: “Poder-se-ia dizer a mesma coisa a propósito da fixação da relação jurídica enquanto lei do Estado.(...) O Estado guarda apenas o momento de igualdade dos contratantes negando a desigualdade das classes para que, contraditoriamente, a igualdade dos contratantes seja negada e a desigualdade das classes seja posta.” (p. 300) “O Estado, dissemos, é o guardião da identidade. Ele garante o funcionamento de relações que não podem ser abandonadas a elas mesmas, mesmo em circunstâncias normais, justamente porque elas são contraditórias” (p. 311). “Um direito particular se desenvolveu, em cujas bases está exatamente a idéia de que entre capitalistas e trabalhadores assalariados a relação é de um tipo tal que ela não pode mas ser assimilada às relações contratuais reguladas pelo velho direito civil. O direito passa a reconhecer não que o contrato seja aparente, mas que se trata de um contrato de natureza particular, em que uma das partes é reconhecida como sendo mais fraca do que outra. Tal é o fundamento jurídico do chamado direito social” (p. 317). “O sentido desta transformação é o seguinte – no capitalismo clássico a identidade (das partes) ocultava a contradição (entre as classes). No capitalismo contemporâneo não é mais a identidade mas a diferença que oculta a contradição”. (p. 319)

nômica no espaço, o legislador constituinte nada mais fez senão projetar o conflito distributivo no território, atribuindo à política urbana o viés interventivo necessário à consecução dos objetivos constitucionais. De modo que reduzir o planejamento municipal e os instrumentos da Política Urbana à esterilidade do Direito Administrativo é negar o forte conteúdo interventivo do Direito Urbanístico, que, se não chega a se afirmar como ramo autônomo do Direito, tão pouco se desfaz no ranço liberal do Direito Público radicado no século XIX.

A primeira repercussão importante do reconhecimento da política urbana como estratégia de enfrentamento do conflito distributivo é a redefinição da noção de função social da propriedade urbana. E, neste aspecto, é fundamental o qualificativo, já que na Ordem Econômica, por disposição expressa do legislador constituinte, a propriedade urbana tem um tratamento bastante diferenciado em relação à propriedade rural. Assim, se no âmbito dos direitos individuais é possível falar simplesmente em função social da propriedade, na Ordem Econômica é preciso situá-la no tempo e no espaço.

Neste aspecto, vale lembrar o exposto pelo Professor Eros Roberto Grau³, que, antes mesmo da Constituição de 1988, salientava a distinção entre a propriedade urbana e a propriedade rural, destacando que enquanto esta tem sua utilidade expressa por suas características intrínsecas, aquela tem seu valor deduzido das circunstâncias que a envolvem, inserida em um empreendimento público a ela não diretamente relacionado – a cidade. Ora, se utilidade da propriedade urbana não se referencia num engenho pessoal, mas tem lastro em um complexo de relações sociais a ela não relacionado, como reduzir a função social da propriedade a um liame jurídico entre o proprietário e coisa possuída? Como apartar da História a noção de função social da propriedade urbana? Como não exigir a intervenção do Estado na distribuição dos benefícios decorrentes das atividades públicas? Como permitir a apropriação privada das externalidades positivas das atividades estatais?

Neste ponto, chama atenção a orientação do conteúdo do *caput* do artigo 182 da Constituição, bem como de seu parágrafo segundo, transcritos a seguir:

³ GRAU, Eros Roberto. *Direito urbano*. São Paulo: Ed.RT, 1983, p.72-74.

Art. 182. 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.

(...)

§ 2º. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

Da leitura de tal artigo, apreende-se que a política de desenvolvimento urbano, elaborada a partir da noção de planejamento, tem como objetivos o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e o bem-estar de seus habitantes. A função social da propriedade, cujo conteúdo é indicado no parágrafo 2º do artigo, é referenciada nas exigências de ordenação da cidade expressas no plano diretor. Daí decorrem duas consequências importantes: o reconhecimento da cidade como um complexo de relações sociais protegidas pelo Direito em função do bem-estar de seus habitantes e a valoração jurídica da propriedade urbana a partir de suas vinculações com as funções sociais da cidade e não da estrita relação de utilidade do proprietário com a coisa possuída. O que é importante ressaltar é que, ao vincular a função social da propriedade às exigências de ordenação da cidade, o texto constitucional vincula a propriedade urbana à consecução dos objetivos imediatos da política de desenvolvimento urbano⁴.

Assim sendo, a Constituição normatiza o entendimento de que a função social da propriedade somente pode ser compreendida na observação da repercussão da relação de propriedade com o todo social. A aporia fundamental em torno da propriedade na Constituição poderia ser assim resolvida: a propriedade privada, revestida de função social, é protegida pela Constituição. A função social da propriedade urbana está relacionada aos fins últimos da política urbana que são o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e o bem-

⁴ A questão é muito bem exposta por Pedro Escribano Collado: "o direito do proprietário está submetido a um pressuposto de fato, à qualificação urbanística dos terrenos, cuja fixação é da competência da Administração, de natureza variável, de acordo com as necessidades do desenvolvimento urbanístico das cidades, cuja apreciação corresponde também à Administração". *Apud* SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 68-69

estar de seus cidadãos. Logo, a propriedade urbana tem proteção constitucional na medida em que atenda aos fins da política urbana.

Ora, conforme já salientado, as políticas que integram a Ordem Econômica da Constituição são orientadas pela redistribuição e pela persecução dos fins constitucionais da República. Assim, não há como negar que a política urbana, e a propriedade urbana como unidade reflexa da relação entre Estado e Sociedade Civil em torno de tal política, devem ser orientadas pelo reconhecimento do conflito distributivo e pela intervenção estatal como tentativa de resposta.

Nesta perspectiva, não resta dúvida quanto ao padrão de intervenção estabelecido na Constituição para o tratamento da questão urbana. Reconhecimento do conflito distributivo, titularidade estatal da política de desenvolvimento urbano, consagração do planejamento como instrumento básico do desenvolvimento e expansão das cidades são algumas notas que marcam a questão urbana e o padrão de atuação estatal a partir da Constituição. De maneira que qualquer regulação infraconstitucional, seja por intermédio da regulamentação da lei maior da República, seja por intermédio dos Planos Diretores de natureza local, deve observar os cânones constitutivos da questão urbana como capítulo da Ordem Econômica e Financeira da Constituição.

Outra repercussão importante do reconhecimento da política urbana como estratégia de enfrentamento do conflito distributivo é a admissão constitucional da insuficiência do mercado na produção do espaço urbano. Ao atribuir ao Estado a responsabilidade pelo planejamento do desenvolvimento e expansão das cidades, a Constituição prescreve a necessidade de intervenção estatal na livre circulação do capital imobiliário, seja para atender aos propósitos de sua política, seja para evitar a apropriação exclusivamente privada dos produtos do desenvolvimento urbano. Conforme salientado, a utilidade da propriedade urbana se deve mais às suas condicionantes externas que ao engenho pessoal de seu proprietário. Deste modo, a intervenção do Estado se mostra necessária para evitar a apropriação individual da valorização resultante de um esforço comunitário e impor a distribuição necessária à garantia do bem-estar de seus habitantes.

Resta claro, portanto, que a política urbana, pelo reconhecimento do conflito distributivo e por sua necessidade de superação, pressupõe uma atu-

ação interventiva por parte do Estado. Conforme bem aponta Eros Roberto Grau, acerca da ordem econômica, *“a nova ordem econômica (mundo do dever ser), além de não se exaurir no nível constitucional – deixe-se isso bem vincado -, da antiga se distingue na medida em que, ao contrário do que ocorre em relação a esta, compreende não apenas, fundamentalmente, normas de ordem pública, mas também, e em profusão enorme, normas que instrumentam a intervenção do Estado na economia – normas de intervenção”*.⁵

Se o capítulo constitucional da política urbana projeta no território as estruturas e objetivos da ordem econômica, pode-se dizer que as modalidades de intervenção do Estado no domínio econômico são aplicáveis na produção do espaço urbano. Para o Professor Eros Roberto Grau⁶, o Estado pode intervir no domínio econômico de três formas. A primeira forma é a intervenção por absorção ou participação, em que o Estado atua no domínio econômico como agente, no campo da atividade econômica em sentido estrito. A segunda forma é a intervenção por direção, modalidade de atuação sobre o domínio econômico em que o Estado rege a atividade econômica em sentido estrito como agente regulador, através de normas compulsórias de comportamento. A terceira forma é a intervenção por indução, modalidade de atuação do Estado sobre o domínio econômico, através de mecanismos de indução de comportamentos, baseados na manipulação das regras de funcionamento dos mercados.

Como titular da política de desenvolvimento urbano, o Estado atua tanto como agente econômico como regulador da atividade de terceiros. Como agente econômico, o Estado atua como empreendedor de projetos urbanos, substituindo o agente privado na consecução de obras públicas e no oferecimento de bens públicos. A pletera de companhias habitacionais e de empresas de urbanização nas décadas de 60 e 70 exemplifica bem esta forma de atuação do Estado no desenvolvimento das cidades. Mais comum, entretanto, é a intervenção do Estado sobre o domínio econômico, atuando como agente regulador das atividades de produção e transformação do espaço urbano, seja pelo direcionamento do desenvolvimento urbano, seja pela indução de comportamentos privados. Assim, a instituição de zoneamento e de limitações do direi-

⁵ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 7. ed., 2002, p. 64.

⁶ Idem, p. 174.

to de construir, o controle de estoque e fluxo de potencial adicional de construção por parcela do território, o controle das exações fiscais relacionado à utilização da propriedade urbana são exemplos de mecanismos estabelecidos pelo Poder Público visando ao controle da ocupação do espaço da cidade, direcionando a expansão urbana conforme os vetores programados e determinando a velocidade de tal expansão, fazendo-a acompanhar as possibilidades de oferta de infra-estrutura.

Da leitura da Ordem Econômica e Financeira da Constituição, é possível apreender que a política urbana se desenvolve a partir destas três formas de intervenção. Independente da forma de intervenção, desdobramento lógico do planejamento urbano, importante destacar a perspectiva redistributiva que a informa. Desenvolver plenamente as funções sociais da cidade, observando a defesa do meio ambiente, e garantir o bem-estar de seus habitantes, assegurando-lhes existência digna e reduzindo as desigualdades sociais, deve ser o conteúdo material da intervenção estatal no espaço urbano e o cerne da regulação urbana espriada no ordenamento jurídico infraconstitucional.

O Estatuto da Cidade

O Estatuto da Cidade, apelido oficial da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, foi recebido com grande expectativa, após mais de uma década de tramitação. Saudado por muitos como portador de institutos potencialmente transformadores, a referida lei situa-se atualmente num verdadeiro purgatório do Direito, entre as leis que produzem seus efeitos e concretizam em ato seu potencial de transformação e as leis que são reconhecidamente “bonitas”, mas que não gozam de nenhum prestígio prático, também conhecidas como leis que não pegam.

Visando a regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição, o Estatuto da Cidade tem algumas peculiaridades que chamam a atenção. A primeira nota a ser observada é a tentativa de acomodar, dentro do mesmo diploma normativo, interesses contraditórios, sem assumir, a não ser por uma abundância de princípios e diretivas gerais, uma posição do Estado em face do conflito distributivo ínsito à política de desenvolvimento urbano. Talvez por isso, o Estatuto foi bem recebido por atores antagônicos da construção conflituosa

das cidades. Dos movimentos de moradia aos representantes do capital imobiliário, dos técnicos governamentais aos empreiteiros de obra pública, a referida lei parece ter contemplado todos os interesses.

Outro aspecto que chama a atenção é divisão de papéis atribuídos ao Estado e à Sociedade Civil no processo de planejamento do desenvolvimento urbano. Em especial, afora as regras de democracia participativa que indicam um avanço na direção da conquista do Estado por parcelas crescentes da população, interessa destacar a delimitação do espaço de convivência entre um Estado com deveres de planejar e distribuir e o mercado privado, notadamente o constituído pelos representantes do capital imobiliário. E, dado o padrão de intervenção do Estado na produção do espaço urbano apreendido da ordem constitucional, deve-se aferir a compatibilidade da regulamentação realizada pelo Estatuto da Cidade com o viés interventivo e redistributivo que marca o texto constitucional. Interessa, para tanto, analisar os novos institutos da lei federal, em especial os constitutivos de tal regulação urbana e delimitadores dos referidos espaços de convivência do Estado com a iniciativa privada.

Em grande medida, nota-se uma conformidade do Estatuto com o padrão de intervenção decorrente da ordem constitucional. Em linhas gerais, estão presentes os pressupostos da intervenção estatal na propriedade privada e os instrumentos de planejamento e execução das políticas de desenvolvimento urbano. Entretanto, chama atenção uma forma específica de regulação urbana, apresentada na Seção X do Estatuto da Cidade e que parece se afastar do padrão identificado.

Afora normas diretivas gerais, que apontam os desdobramentos da atividade planejadora do Estado na intervenção sobre o domínio econômico e na atuação do Estado como um agente de produção da cidade, a relação entre o Estado e a iniciativa privada aparece com conteúdo renovado na referida seção, que estabelece uma nova forma de regulação do desenvolvimento urbano, para além daquelas apreendidas inicialmente no texto constitucional.

Assim, o Estatuto da Cidade prevê em seu artigo 32 a aplicação, em áreas delimitadas das cidades, de Operações Urbanas Consorciadas⁷. Tratando-

⁷Na doutrina, temos a caracterização das Operações Urbanas como "modalidades especiais de intervenção urbana com participação e recursos da iniciativa privada". SILVA, José Afonso da. *Aspectos Relevantes da Lei nº 13.260/01 – Operação Urbana Água Espraiada*, Mimeo.

se de novidade no Direito Positivo, o legislador teve o cuidado de conceituar o instituto, apresentando os seus contornos institucionais⁸.

Da definição do instituto realizada pela própria lei, podem ser inferidos os caracteres constitutivos deste novo modo de regulação. Neste sentido, as Operações Urbanas Consorciadas podem ser entendidas como novo modelo de regulação na medida em que compreendem um arcabouço institucional apartado da regulação urbana geral, com limites territoriais e temporais bem definidos, regras específicas de financiamento da infra-estrutura urbana, mediação por órgão regulador independente do Estado e redefinição do papel do Estado na execução da política de desenvolvimento urbano.

Primeiramente, chama a atenção esta redefinição do papel do Estado na condução da política de desenvolvimento urbano. Diferentemente do previsto na Constituição, nas operações urbanas o Estado deixa de ser o executor de políticas distributivas para ser o coordenador dos esforços públicos e privados em torno de um determinado conjunto de intervenções. Conforme visto anteriormente, quando o constituinte incluiu a política urbana na Ordem Econômica e Financeira, o conflito distributivo foi reconhecido, e a sua superação atribuída às políticas do Estado. De modo que a atuação do Estado no espaço urbano se legitima pela execução de políticas de caráter distributivo e que almejem a consecução das finalidades constitucionais da Ordem Econômica. Nas operações urbanas, ocorre uma revisão desta atribuição estatal. Antes de assumir qualquer posição diante do conflito distributivo, o Estado passa a ser mediador de interesses públicos e privados, que se conjugam em torno das intervenções que constituem a operação. De modo que pluralidade de interesses envolvidos com a operação é reconhecida, sem que se admita o conflito ou se atribua ao Estado o papel de dirimi-lo. Ao Estado, neste caso, cabe coordenar os esforços para que a operação se viabilize, restringindo-se a um mediador de interesses, que não assume posição na produção do espaço urbano.

⁸ Art. 32. (...)

§ 1º 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 valorização ambiental.

A revisão do papel do Estado nesta nova forma de regulação é corroborada pelo artigo 33, VII do Estatuto que prescreve que a lei que instituir a operação urbana deverá estabelecer a forma de controle da operação, obrigatoriamente compartilhado com representação da sociedade civil. Concebida como um empreendimento que conjuga esforços públicos e privados, descaracterizada, portanto, da idéia de empreendimento público e, conseqüentemente, atribuindo ao Estado o papel de mero parceiro da iniciativa privada nas intervenções, não é possível conceber o compartilhamento pretendido como uma forma de alargamento da participação popular prevista em outros institutos da lei federal. Mais do que isso, a divisão do controle da operação parece estar associada ao controle privado dos investimentos e à redução da interferência política do Poder Público.

Outro ponto que merece atenção na caracterização jurídica das operações urbanas é a instituição de regras próprias e específicas sobre o financiamento do empreendimento, apartadas da regulação geral do fundo público. Mais do que um conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público, que caracterizam o empreendimento físico das operações conforme definição legal, as operações urbanas podem ser entendidas como um destaque do fundo público, voltado ao financiamento de melhorias em determinado perímetro e submetido a um controle compartilhado com agentes da iniciativa privada. A cisão do fundo público é prevista no artigo 33, §1º do Estatuto, que prevê que os recursos obtidos pelo Poder Público através da cobrança de contrapartida dos proprietários, usuários permanentes e investidores privados em função de outorga de potencial adicional de construção, na área da operação, serão aplicados exclusivamente na própria operação urbana consorciada.

Os referidos recursos, que visam a financiar a operação, são proveniente de exações públicas, compulsórias a quem queira edificar, cujo produto é destinado exclusivamente ao financiamento da operação e controlado por um órgão gestor compartilhado. Por disposição do artigo 34 do Estatuto, o adicional de construção pode ser corporificado em título e alienado em leilões públicos, de forma a alavancar recursos para a operação, pela captação de poupança privada. É preciso salientar que, mesmo quando provenientes da captação da poupança privada, os recursos que compõe o fundo da operação são recursos públicos. Assim, é possível concluir que o fundo que financia as

operações urbanas, apesar de poder ser constituído por recursos advindos de investidores privados, tem a natureza de um fundo público, posto que suas entradas estão relacionadas ao comércio jurídico de um direito, lastreado no *jus imperi* estatal. De modo que, mesmo que a corporificação do direito de construir em títulos reverta o produto da especulação imobiliária ao fundo da operação, é inegável a natureza pública do fundo financeiro da operação.

No entanto, apesar de constituir o fundo público, a regulação das operações urbanas pressupõe a sua discriminação, possibilitando a constituição de subsistemas equilibrados entre receita e despesa. A criação de subsistemas jurídicos, que acompanha a fragmentação do fundo público, vem sendo a tônica da regulação setorial dos serviços públicos. A fragmentação do fundo público está associada ao aumento do controle privado sobre sua destinação. Aos investidores privados, permite uma certeza maior quanto ao retorno de seus investimentos, com a redução dos riscos e a diminuição do que se convencionou chamar de “risco-governo”. Afastar o “risco-governo” para aumentar as taxas de retorno do capital investido é um eufemismo para o que se configura na prática – a instituição de um “seguro-governo” para o capital. Aos adeptos da financeirização das atividades estatais, a imposição de diretivas à utilização do fundo público pelos investidores é uma simples adaptação à nova configuração do capitalismo. Aos mais críticos, assemelha-se a uma reconfiguração da velha apropriação privada do fundo público – conhecida também como patrimonialismo.

Como modo de regulação jurídica, as operações urbanas podem ser compreendidas como espécie da nova regulação jurídica que teve impulso durante a década de 90 no Brasil. Assim como ocorreu nos setores da economia alvo da política nacional de desestatização, mais do que normatizar e instituir uma parceria de investimentos entre o Estado e a iniciativa privada, as operações urbanas são um esforço de controlar os recursos públicos apropriados ao desenvolvimento urbano. Ao invés da regulação setorial, o que se tem agora é a fragmentação do território, apartando o fundo público e as possibilidades de associação do desenvolvimento urbano com distribuição do produto social. Ao invés de agências de regulação autônomas e independentes, um órgão gestor compartilhado entre Poder Público e iniciativa privada.

E, assim como nos setores regulados, busca-se a instituição de sistemas

equilibrados, blindados da ação política. Não é por outra causa que o parágrafo único do artigo 33 do Estatuto da Cidade assegura que os recursos obtidos pelo Poder Público na utilização dos instrumentos fiscais das operações urbanas serão aplicados exclusivamente na própria área da operação. Vedando a utilização dos recursos obtidos em virtude do empreendimento em área diversa à da própria operação, o Estatuto da Cidade dificulta o compartilhamento da valorização decorrente dos processos de urbanização dentro da cidade, tornando impossível uma política de redistribuição. E, assim como nos demais setores regulados, o equilíbrio sistêmico é obtido mais pelo que é excluído do que pelo integra de fato o processo. De forma que o desenho territorial da operação urbana é tanto mais atrativo aos investidores quanto menor for o efeito distributivo possível dentro do equilíbrio da operação.

Assim sendo, nota-se que as operações urbanas são um modo de regulação que parecem atender exclusivamente aos interesses do capital. Dada que a única possibilidade de redistribuição do produto da valorização urbana é pelo desenho da operação no território e dado que o potencial de valorização dos títulos negociados a fim de alavancar o empreendimento é inversamente proporcional ao efeito distributivo almejado com a delimitação do perímetro de investimentos, percebe-se a incompatibilidade aparente entre o instituto disposto no Estatuto da Cidade e o padrão de intervenção do Estado na produção do espaço urbano decorrente da Constituição.

Conclusão

Do que foi exposto, percebe-se claramente a existência de elementos contraditórios no Estatuto da Cidade. Por um lado, vários institutos caminham na direção do preceituado na Constituição, admitindo a intervenção na propriedade e impondo um pauta distributiva ao Estado na condução da política de desenvolvimento urbano. Por outro lado, as disposições relativas às operações urbanas indicam um novo padrão de regulação urbana, aparentemente incompatível com as diretrizes da política esboçada em nível constitucional. Como já dito anteriormente, o Estatuto ainda se encontra na indefinição entre as leis que pegam e as leis que não pegam. Certamente, alguns de seus institutos vão

produzir efeitos imediatamente, enquanto que a maior parte deve ficar relegada ao capítulo das boas intenções legislativas.

Assim sendo, é necessário analisar as condições materiais para a efetivação dos institutos criados. E aqui a tendência parece apontar para a plena concretização dos dispositivos relativos às operações urbanas, em detrimento das normas de planejamento e intervenção do Estado no domínio econômico. Em uma conjuntura na qual a política fiscal determina a efetividade das normas de planejamento e intervenção, as restrições impostas à Federação, traduzidas na produção sucessiva de superávits fiscais e na manutenção dos serviços da dívida em níveis elevadíssimos, impelem os novos investimentos às formas existentes de captação de recursos privados. No caso dos Municípios, é inegável a atração pelos recursos advindos das operações urbanas, dada a escassez de recursos orçamentários para impulsionar o desenvolvimento urbano.

Nesta perspectiva, é importante salientar alguns aspectos de natureza fiscal decorrentes da edição do Estatuto da Cidade. Após mais de duas décadas de discussão sobre as possibilidades de admissão no ordenamento jurídico pátrio do instituto do solo criado, o Estatuto teve o mérito de reconhecer expressamente a outorga onerosa do direito de construir como forma de financiamento da infra-estrutura das cidades. Seja por sua capacidade arrecadatória, tão importante em tempos de restrições orçamentárias, seja por seu alto potencial extrafiscal, revelado nas possibilidades de controle dos vetores de crescimento da cidade e do controle do estoque e fluxo de outorga pelo Poder Público, a admissão da outorga onerosa é um importante capítulo na efetivação da política urbana conforme prevista na Carta de 1988. Mais do que isso, a outorga onerosa é importante instrumento para o enfrentamento do conflito distributivo, na medida em que oferece receita de capital para o financiamento de infra-estrutura nas regiões mais precárias da cidade, onerando as regiões mais desenvolvidas, com maior oferta de infra-estrutura e, portanto, maior apelo aos novos empreendimentos imobiliários geradores de outorga.

Nos perímetros das operações urbanas, no entanto, também potencial distributivo desaparece. Como os recursos obtidos no perímetro da operação devem ser aplicados em obras de infra-estrutura na própria área da operação, toda a receita de capital gerada no empreendimento fica restrita à

sobrevalorização daquela parcela do território, equilibrando os investimentos na área, mas aumentando a concentração de investimentos nas regiões mais desenvolvidas da cidade.

Assim sendo, é possível concluir que o estatuto jurídico das operações urbanas consorciadas demanda uma interpretação conforme a Constituição, a fim de evitar a sua contradição com os princípios da política urbana dispostos na Ordem Econômica Constitucional. Cabe ao Poder Público, como titular da política de desenvolvimento urbano, atentar para as diretrizes estabelecidas na Constituição e interpretar o Estatuto da Cidade de modo a concretizá-las. Apesar de aparentemente voltadas exclusivamente aos interesses privados, as operações urbanas não podem ser instituídas unicamente para atender aos desígnios do capital imobiliário. Independente da recepção do modelo pelos agentes do mercado, as operações devem ser instituídas visando a atingir os fins da política urbana e da Ordem Econômica da Constituição. Ao Ministério Público, a quem cabe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, cumpre a verificação *in concreto* da compatibilidade das operações com as diretrizes da Constituição, devendo buscar o cumprimento da redistribuição como fator de legitimação da atuação do Estado na execução de políticas de desenvolvimento urbano.

Bibliografia

- BERCOVICI, Gilberto e MASSONETTO, Luís Fernando. *Os Direitos Sociais e as Constituições Democráticas Brasileiras: Breve Ensaio Histórico*, mimeo, 2003
- FAUSTO, Ruy. *Marx: Lógica e Política*, Tomo II. São Paulo: Brasiliense, 1987.
- GRAU, Eros Roberto. *Direito Urbano*. São Paulo: Ed.RT, 1983.
- _____. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 7 ed., 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Aspectos Relevantes da Lei nº 13.260/01 – Operação Urbana Água Espaiada*, Mimeo.2002

SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.