Pontos cegos da regulação urbanística: notas sobre uma articulação programática entre o Direito Econômico e o Direito Urbanístico

Luís Fernando Massonetto

Doutor em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo. Professor de Economia Política, Direito Econômico e Direito Urbanístico da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Resumo: A reflexão teórica sobre a regulação da atividade urbanística não pode ser dissociada dos estudos sobre a regulação da atividade econômica pelo Estado e sobre a regulação da atividade financeira do Estado. A fragmentação do fenômeno jurídico tem gerado pontos cegos na regulação urbanística que só podem ser superados com uma rearticulação programática do Direito Urbanístico com o Direito Econômico e o Direito Financeiro. Desta forma, iluminam-se aspectos fundamentais do Direito Urbanístico: a regulação jurídica da produção social do espaço urbano e a regulação do processo de gestão política da riqueza social das cidades.

Palavras-chave: Direito Urbanístico. Direito Econômico. Direito Financeiro. Atividade urbanística. Produção social do espaço urbano.

Sumário: **1** Considerações metodológicas – **2** Atividade urbanística, atividade econômica e atividade financeira – **3** Direito Urbanístico, Direito Econômico e Direito Financeiro – **4** Os pontos cegos da regulação urbanística – **5** Conclusão

1 Considerações metodológicas

O Direito Urbanístico é o ramo do Direito que tem como núcleo essencial a regulação da atividade urbanística. A doutrina majoritária da disciplina tem assentado que um dos princípios organizadores do campo é o “urbanismo como função pública, que fornece ao Direito Urbanístico sua característica de instrumento normativo pelo qual o Poder Público atua no meio social e no domínio privado para ordenar a realidade no interesse coletivo, sem prejuízo do princípio da legalidade” (AFONSO DA SILVA, 2000, p. 44).¹

¹ AFONSO DA SILVA, José. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

A função pública como princípio do Direito Urbanístico decorre do caráter social da atividade urbanística no processo de produção capitalista do espaço. José Afonso da Silva, em sua conhecida obra sobre a matéria, caracteriza a atividade urbanística como uma atividade do Poder Público que interfere com a esfera do interesse particular, visando à realização de interesse da coletividade (*Op. Cit.*, pp. 33-34). Assume, desta forma, o caráter interventivo do Direito Urbanístico sobre a propriedade privada e sobre a vida econômica e social das aglomerações urbanas, dirigida à realização do “triplo objetivo de humanização, ordenação e harmonização dos ambientes em que vive o Homem: o urbano e o rural” (Idem, p. 33).

Ao fixar como principal diretriz da disciplina jurídica urbanística a intervenção estatal no território *ex post facto*, José Afonso da Silva, acompanhado pela doutrina majoritária do Direito Urbanístico, exclui do campo regulatório a atividade urbanística empreendida na própria produção do território, na transformação do espaço natural em espaço urbano, qualificado pelo trabalho social presente e passado. O caráter social da atividade urbanística decorre não apenas da atividade estatal ordenadora dos “ambientes em que vive o Homem”, mas sim do processo de trabalho, que produz um mundo artificial de coisas, nitidamente diferente de qualquer ambiente natural” (ARENDE, 1993, p. 15).² Neste sentido, parece-nos um limitador do conceito de atividade urbanística imaginar a criação do espaço urbano como uma atividade privada antecedente à intervenção harmonizadora do Poder Público. Melhor seria caracterizar a atividade urbanística como uma atividade social, que não é propriamente privada nem exclusivamente pública, e que ocorre tanto na produção do espaço como na ordenação *a posteriori* do território das cidades.

A legitimidade da regulação estatal sobre a atividade urbanística decorre do caráter social da produção do espaço urbano. O território das cidades é nutrido permanentemente pelo trabalho passado (infraestrutura física e social) e pelo trabalho presente (serviços públicos, zeladoria), ou, em outras palavras, é produto de incessante interação social geradora de valor. O objeto da regulação urbanística, neste contexto, não pode ignorar o território como um produto das relações sociais de produção, nem a intervenção ordenadora do Estado na gestão política da riqueza social.

A gestão política da riqueza social é atividade do Estado que disciplina o acesso das famílias e das empresas à infraestrutura urbana. A sobrevalorização de regiões da cidade, a descapitalização de parcelas do território, a segregação espacial, a universalização da infraestrutura, a justa distribuição dos benefícios e ônus derivados da atuação urbanística são ações políticas desempenhadas pelo Estado como regulador da riqueza social das cidades. A captura privada da mais-valia urbana, a utilização do capital constante das cidades no processo de acumulação do capital (industrial,

² ARENDE, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

imobiliário, financeiro), a efetivação de direitos sociais e a geração de bem-estar são expressões desta política e compõem uma parte importante da regulação da atividade urbanística.

O Direito Urbanístico, nesta perspectiva, pode ser definido como o sistema normativo voltado à regulação da atividade urbanística em sua dimensão integral e que tem o seu fundamento de legitimidade na construção social do espaço urbano e na gestão política da infraestrutura das cidades. Pensar a função pública do urbanismo não significa, assim, admitir o protagonismo do Estado no processo de produção do espaço urbano, mas sim pensar nas atribuições do Estado na gestão política desta atividade social.

2 Atividade urbanística, atividade econômica e atividade financeira

A regulação da atividade urbanística tem como pressuposto a produção capitalista do espaço na esfera social. Como tal, é uma regulação específica, que se diferencia funcionalmente por adotar um regime jurídico particular, mas que não pode ser pensado como algo desconectado da incidência do direito sobre as atividades sociais gerais. Existe um profundo entrelaçamento entre a regulação da atividade urbanística, a regulação da atividade econômica pelo Estado e a regulação da atividade financeira do Estado. A atividade urbanística é uma atividade econômica e está sujeita a todas as prescrições jurídicas atinentes à atuação estatal no domínio econômico. Incidem sobre as atividades urbanísticas todos os princípios gerais da atividade econômica previstos na Constituição, tais como a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, dentre outros. Reforçando esta articulação, o próprio capítulo da política urbana na Constituição está inserido dentro da seção intitulada Ordem Econômica e Financeira, o que projeta toda regulação constitucional incidente sobre a atividade econômica e financeira para a regulação do espaço urbano.

A interação entre a regulação da atividade econômica e a regulação da atividade urbanística pode ser pensada também a partir das categorias dogmáticas do Direito Econômico. Como exemplo, é possível mencionar a simetria entre as modalidades de atuação do Estado no domínio econômico e o papel do Estado na regulação do espaço urbano. Eros Grau classifica a atuação do Estado em face do domínio econômico predicando dois grupos de ação interventiva (GRAU, 1997).³ De um lado, situa a intervenção no domínio econômico, que expressa o exercício direto de uma atividade econômica pelo Estado. Como modalidades desta atuação, Grau fala de atuação por

³ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

absorção, que ocorre nos casos em que o Estado exerce uma posição de monopólio, absorvendo integralmente o exercício de determinada atividade; e de atuação por participação, que ocorre nos casos em que o Estado atua como agente econômico, associado ao capital privado, visando atender aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.

De outro lado, Grau situa a intervenção sobre o domínio econômico, que expressa uma atuação indireta do Estado em face dos agentes econômicos. Como modalidades desta atuação, Grau fala de atuação por direção, que denota a ordenação imperativa do Estado sobre o domínio privado, predicando regras de conduta compulsórias; e de atuação por indução, que aponta um papel fomentador ao Estado que, utilizando mecanismos compensatórios ou dissuasórios dispositivos, estimula a adesão dos agentes econômicos aos fins que almeja atingir.

As técnicas jurídicas que sustentam as várias modalidades de atuação do Estado na economia são plenamente aderentes à regulação da atividade urbanística. De um lado, pensar o Direito Urbanístico a partir destas relações permite ao jurista reconhecer na função pública do urbanismo um princípio jurídico mais concreto, que pode implicar tanto uma atuação estatal direta, protagonizando como agente econômico as transformações do espaço urbano, como pode implicar uma atuação estatal indireta, regulando as atividades privadas a partir de regras compulsórias e sanções premiaias. Por outro lado, ignorar as interações da regulação urbanística com a regulação da atividade econômica e abandonar o caráter social da produção do espaço urbano acaba por limitar o Direito Urbanístico a um sistema normativo ideal absolutamente desconectado da reprodução da vida material.

A produção capitalista do espaço está inserida no processo sistêmico de acumulação e tem a sua dinâmica plasmada pelos regimes de acumulação em escala mundial e pelos modos de regulação verificados nas diversas jurisdições nacionais.⁴ A capacidade de intervenção estatal na economia vincula-se diretamente à atividade financeira do Estado, traduzida no modo como o fundo público é constituído, nas escolhas de alocação dos recursos orçamentários, na regulação do crédito público e do crédito privado. A regulação da atividade financeira do Estado está profundamente relacionada às condicionantes sistêmicas do processo de acumulação, que ocorre simultaneamente na esfera nacional e internacional, e às possibilidades de regulação das atividades econômicas. O Direito Urbanístico, neste sentido, pode ser entendido como um sistema normativo dotado de autonomia científica, estruturado a partir de princípios e regimes jurídicos próprios, mas que tem várias de suas determinações e possibilidades de efetivação amarradas à atividade financeira do Estado.

⁴ Sobre os conceitos de regime de acumulação e modos de regulação, ver BOYER, Robert. *Teoria da regulação – Os fundamentos*. São Paulo: Estação Liberdade, 2010.

As transformações do Direito Urbanístico como campo teórico reforçam esta relação dinâmica. Assim como a regulação da atividade financeira traduz uma trajetória que parte da suposta neutralidade das finanças públicas liberais, passa pelas finanças ativas do consenso keynesiano e deságua na gestão prudencial dos riscos fiscais, também o Direito Urbanístico parte das limitações negativas ao exercício do direito de propriedade, passa pelo protagonismo estatal na regulação das funções modernas das cidades e é transfigurado pelos efeitos da austeridade fiscal permanente a partir do final do século XX.

A efetividade das normas urbanísticas depende, portanto, da aderência de seu conteúdo normativo às condições materiais de realização dos seus objetivos concretos, que vão se alterando ao longo do tempo. Contextualizar o urbanismo como função pública requer, neste sentido, compreender os papéis que o Estado exerce para “atuar no meio social e no domínio privado para ordenar a realidade no interesse coletivo”. Assim, a função pública que na “fase áurea da regulação urbanística” significava expansão de direitos, promoção de bem-estar e mitigação de riscos sociais, no capitalismo contemporâneo parece representar redução de riscos e tutela, a partir do fundo público, da renda financeira e dos processos de acumulação.⁵

Em outras palavras, a regulação da atividade financeira é um pressuposto da efetividade das normas urbanísticas porque indica a posição que o Estado assume ao longo do tempo como gestor político dos riscos e incertezas inerentes ao processo de acumulação capitalista. Durante a maior parte do século XX, o Estado keynesiano organizou a gestão pública do risco subordinando a dinâmica do processo de acumulação à política econômica estatal pautada pelo pleno emprego e pela promoção da demanda efetiva. Com as sucessivas crises de acumulação dos anos 70, sob o pretexto de reverter um quadro de aceleração inflacionária com desemprego, o Estado abandonou as estratégias fiscais expansionistas, aumentando sobremaneira o risco social. Por outro lado, no contexto da austeridade fiscal permanente, em substituição às políticas cíclicas do período anterior, o Estado passou a incentivar os mecanismos de financiamento privado da infraestrutura econômica e social, atuando como redutor dos riscos inerentes a esta atividade. Desta forma, houve a disseminação de políticas ativas de construção de instituições para o mercado, de melhoria do ambiente de negócios e de proteção ao investidor. Multiplicaram-se os instrumentos de delegação de serviços públicos a operadores privados, as parcerias público-privadas na área de infraestrutura e a utilização de fundos financeiros como estratégia de mobilização de recursos públicos e privados vinculados a empreendimentos específicos.

⁵ MASSONETTO, Luís Fernando. *O Direito Financeiro no capitalismo contemporâneo: a emergência de um novo padrão normativo*. Tese de doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, abril de 2006.

A desconsideração pela doutrina tradicional da atividade urbanística em seu sentido integral, associada à segregação das atividades urbanística, econômica e financeira, relegou a um segundo plano a reflexão do financiamento do desenvolvimento urbano como um assunto do Direito Urbanístico. Mais do que isso, criou um ponto cego no entrelaçamento do Direito Urbanístico, Econômico e Financeiro que dificulta uma análise crítica dos novos modelos de financiamento da infraestrutura urbana. A compreensão dos limites e alcances destes modelos não pode prescindir da reconstrução desse campo jurídico fragmentado e da reconsideração crítica dos pontos escuros da regulação.

3 Direito Urbanístico, Direito Econômico e Direito Financeiro

A divisão enciclopédica do fenômeno jurídico favorece a desconexão entre a regulação positivada e a realidade sobre a qual incide. Mais atenta a uma organicidade artificial e uma reivindicação de conteúdos normativos próprios e regimes jurídicos específicos, tal divisão cria uma série de pontos invisíveis dentro da totalidade do fenômeno social. Nesta perspectiva, a análise macrojurídica da regulação social, típica do Direito Econômico, é uma ferramenta essencial para a rearticulação do fenômeno jurídico fragmentado.

Eros Grau define o Direito Econômico como o “sistema normativo voltado à ordenação do processo econômico, mediante a regulação, sob o ponto de vista macrojurídico, da atividade econômica, de sorte a definir uma disciplina destinada à efetivação da política econômica estatal” (GRAU, 1981).⁶ Ao tratar o fenômeno jurídico a partir dos agentes econômicos agregados (ponto de vista macrojurídico) e não do sujeito de direito singular, o Direito Econômico abriu um caminho para aproximar a regulação jurídica da atividades econômica da reflexão sobre a própria regulação macroeconômica geral. Conforme o fenômeno social se complexifica, a análise jurídica tradicional pautada pelos conflitos intersubjetivos deixa escapar uma parte da realidade na qual os conflitos se desdobram em relações jurídicas não previstas, com a multiplicação dos atores e das jurisdições. A perspectiva macrojurídica permite, desta forma, repensar os fenômenos sociais complexos, iluminando os pontos escuros da regulação.

O Direito Urbanístico ganha uma dimensão mais relevante quando pensado nesta perspectiva macrojurídica. A produção do espaço urbano e sua pretensa coerência estruturada em relação à produção e ao consumo⁷ exigem uma regulação que extrapole as limitações do poder de polícia ao exercício do direito de propriedade ou a disciplina das relações de vizinhança, das posturas locais e das licenças edilícias.

⁶ GRAU, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

⁷ Sobre a busca da coerência estruturada na produção social do espaço, ver HARVEY, David. *A produção capitalista do espaço*. São Paulo: Annablume, 2005.

O conteúdo inovador da disciplina está justamente na tensão derivada da busca de tal coerência sob os agentes que disputam o acesso ao território urbanizado e nas fricções decorrentes do acesso desigual à riqueza social das cidades. A bem da verdade, as relações intersubjetivas envolvidas na produção do espaço e na regulação da atividade urbanística já vinham delimitadas pelo Direito Civil e pelo Direito Administrativo do século XIX. O que diferencia funcionalmente o Direito Urbanístico é a regulação macrojurídica dos interesses contraditórios que orbitam a gestão política da infraestrutura urbana.

Neste sentido, a partir da definição de Grau, é possível reconstruir o significado do Direito Urbanístico, aproximando a produção do espaço urbano da atividade econômica em geral. Direito Urbanístico, nesta perspectiva, poderia ser definido como o sistema normativo voltado à ordenação do processo de produção social do espaço urbano, mediante a regulação, sob o ponto de vista macrojurídico, da atividade urbanística, de sorte a definir uma disciplina destinada à efetivação da política urbana estatal. É importante sublinhar que o enfoque econômico não desprestigia outras leituras da regulação urbana, especialmente aquelas voltadas à efetivação dos direitos sociais territoriais.⁸ Pelo contrário, ele alinha a disciplina jurídica urbanística às condições de reprodução da vida material, evitando que bandeiras como o direito à cidade sejam desenraizadas do processo contraditório de reprodução da sociedade industrial.

Do conceito proposto, deve-se destacar como núcleo essencial do Direito Urbanístico um feixe articulado de relações jurídicas que envolve o processo de produção do espaço urbano, a regulação da atividade urbanística e a execução da política urbana estatal. À simetria do Direito Econômico, o Direito Urbanístico tem como objetivo articular um processo intertemporal de acumulação, regular uma atividade social e efetivar uma política pública estatal, perseguindo determinados fins. E assim como o Direito Econômico não regula atividades econômicas justapostas sobre um mercado natural determinado *a priori*, o Direito Urbanístico não disciplina *ex post facto* atividades urbanísticas justapostas sobre um território natural, mas sim conforma o espaço urbano constituindo-o como território urbanizado. Em resumo, o Direito Urbanístico não se limita à disciplina do uso, da ocupação e das demais relações jurídicas que se desenrolam no território urbano. Ele regula também a produção do território como atividade social.

A regulação da propriedade urbana e a função social da propriedade como princípio constitucional têm como fundamento de legitimidade a natureza social do processo de produção do espaço urbano. Diferentemente da doutrina civilista tradicional

⁸ Denomino direitos sociais territoriais os direitos referenciados no acesso universal à infraestrutura urbana e no bem-estar promovido pelo Estado a partir da gestão da riqueza social das cidades.

que descrevia o direito de propriedade como uma relação mágica entre um sujeito e uma coisa, o Direito Urbanístico trata a propriedade urbana a partir das múltiplas relações jurídicas que se estabelecem a partir do território, impondo direitos, pretensões, poderes, sujeições, deveres, ônus, imunidades.⁹ A propriedade não é uma unidade corpórea isolada do território geral da cidade, mas um bem que se define pela relação permanente com a riqueza social da cidade, que se apropria permanentemente da mais-valia resultante de processos sociais de trabalhos presentes e de trabalhos passados.

As relações jurídicas que cercam o direito de propriedade são disciplinadas por vários campos do Direito. O Direito Civil, por exemplo, trata das pretensões típicas dos direitos reais, das limitações decorrentes do direito de vizinhança, das formas originárias e derivadas de aquisição da propriedade. Já o Direito Tributário trata das relações de imunidade de certos bens em face do poder de tributar do Estado nacional ou da propriedade como fato gerador de determinados tributos. O Direito Processual disciplina o exercício de poderes inerentes à propriedade, como a reivindicação e a tutela jurisdicional da posse. O Direito Urbanístico, por sua vez, cuida da disciplina da propriedade urbana a partir da gestão política da infraestrutura da cidade, estabelecendo direitos, pretensões, deveres, ônus, poderes e sujeições a partir das diretrizes de ordenamento territorial e do exercício das competências constitucionais relativas ao planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

A gestão política da infraestrutura da cidade não depende exclusivamente de uma racionalidade regulatória capaz de criar relações jurídicas aderentes às diretrizes da política urbana. A política urbana como um esforço coordenado de ordenação territorial visando a consecução de determinadas finalidades depende também dos recursos, bens e serviços públicos afetados à efetividade da política pública. A capacidade de investimento do Estado é, portanto, uma variável importante na definição dos protagonismos da política urbana.

A intensidade da política de intervenção estatal denota a capacidade de o Estado arbitrar interesses antagônicos e articular uma estrutura institucional que conforme o exercício do poder político e da autoridade pública. Ao longo do tempo, a intensidade da intervenção estatal pode ser medida pela capacidade do Estado financiar o processo de desenvolvimento econômico, isto é, a capacidade de utilizar recursos públicos para promover o crescimento econômico, financiar o incremento da infraestrutura, promover o bem-estar e transformar as estruturas sociais. A atividade financeira do Estado constitui, assim, um balizador importante para a compreensão dos limites da atuação estatal e dos modelos de financiamento do desenvolvimento – econômico e urbano.

⁹ Sobre as relações jurídicas fundamentais, ver HOHFELD, Wesley. *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*. New Haven: Yale University Press, 1964.

A atividade financeira do Estado é uma ação politicamente determinada e que se insere no modo de regulação da acumulação capitalista em cada momento histórico. É importante perceber que se é verdade que a regulação da atividade financeira impõe limites à efetividade das políticas públicas, também é verdade que as suas diretrizes são politicamente determinadas. Ainda que existam constrangimentos materiais relevantes na definição da política fiscal, a sua intensidade expressa a dimensão histórica do conflito subjacente à instrumentalização da atividade financeira para a consecução de determinadas finalidades econômicas e sociais. Se a conexão da atividade urbanística com a atividade econômica geral leva a uma aproximação necessária entre o Direito Econômico e o Direito Urbanístico, a sobredeterminação da produção do espaço urbano pela atividade financeira do Estado atrai como elemento inescapável da reconstrução jurídica do fenômeno social o Direito Financeiro.

O Direito Financeiro é um sistema normativo que regula, mediante regime jurídico próprio, a atividade financeira do Estado e as determinantes jurídicas da sua política fiscal. Como tal, expressa a regulação do fundo público, estabilizando, como é próprio do capitalismo monopolista de Estado, a reprodução da força de trabalho e a reprodução do capital. Ao longo do tempo, o fundo público operou de modo diverso na gestão dos riscos associados à reprodução da sociedade industrial. Assim, se durante o pós-guerra o fundo público serviu de colchão de liquidez necessário à reconstrução do processo de acumulação e à geração de bem-estar pactuada socialmente, no final do século XX a crise fiscal do Estado indica uma tutela da renda financeira a partir do controle do endividamento estatal, da proteção ao investimento privado e da garantia das condições de captação de recursos no sistema de crédito.

Sistemicamente, a regulação da atividade financeira acaba sendo determinante para a divisão funcional dos papéis do Estado e dos agentes econômicos privados na promoção da atividade econômica e urbanística. Em outras palavras, a regulação dos orçamentos, a regulação do crédito público, a formatação jurídica da política fiscal, a regulação prudencial dos riscos fiscais são questões que afetam diretamente a estrutura de financiamento do desenvolvimento urbano e as possibilidades de efetivação das normas-objetivo¹⁰ do Direito Econômico e do Direito Urbanístico.

Neste contexto, a articulação do Direito Urbanístico, do Direito Econômico e do Direito Financeiro a partir da conexão da regulação da atividade econômica, da atividade financeira e da atividade urbanística permite ao jurista repensar a propriedade urbana em todas as suas dimensões. Tratando-se de expressões do mesmo fenômeno, a propriedade fundiária urbana, o crédito imobiliário, o fundo público, as empresas públicas e sociedades de economia mista, os investimentos estatais em

¹⁰ Sobre normas-objetivo, ver GRAU, Eros Roberto. *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

infraestrutura na forma de *equity* ou investimentos de portfólio exigem uma reflexão jurídica menos fragmentada e que reconstrua o fenômeno regulatório na complexidade do regime de acumulação com dominância financeira. A negação deste processo não muda o vetor do processo sistêmico da acumulação. Pelo contrário, produz uma mistificação perversa que evita discutir a natureza do Estado nacional, a condição do desenvolvimento urbano periférico e os dilemas de um federalismo avesso à efetivação das políticas urbanas. É fundamental, portanto, discutir os pontos cegos da regulação urbanística.

4 Os pontos cegos da regulação urbanística

A articulação do Direito Urbanístico com o Direito Econômico e o Direito Financeiro pode iluminar alguns fenômenos jurídicos altamente impactantes na produção do espaço urbano e abrir uma agenda de investigação sobre o papel do Estado na gestão política da riqueza social. A política de austeridade fiscal permanente e a reduzida capacidade dos entes subnacionais financiarem o desenvolvimento urbano a partir do fundo público têm gerado um esforço de construção de mecanismos alternativos para mobilização dos recursos necessários à expansão da infraestrutura e promoção de serviços urbanos adequados. Assim como ocorreu em outras políticas públicas, em especial naquelas que articulam efetivação de direitos com acesso a bens materiais providos direta ou indiretamente pelo Poder Público, a política urbana experimentou momentos distintos de acordo com o *funding* à disposição do processo de reprodução material de suas diretrizes.

Os instrumentos urbanísticos de intervenção no espaço urbano podem ser divididos em instrumentos onerosos, que impactam o orçamento público dos entes federados ou o caixa das empresas públicas de desenvolvimento urbano, e instrumentos não onerosos, que incidem sobre os agente privados, direcionando condutas, estimulando comportamentos, onerando posturas e impactando a estrutura de custos do setor de infraestrutura e do setor imobiliário.

A efetividade dos instrumentos onerosos depende da capacidade financeira dos entes estatais. O alto endividamento dos municípios associado à regulação prudencial de controle da expansão dos gastos públicos constitui um obstáculo importante ao desenvolvimento urbano, especialmente no processo de capitalização das áreas periféricas ou deprimidas do território das cidades. Um exemplo das dificuldades encontradas na reconfiguração do território pode ser apontado nos altos custos envolvidos nos processos de desapropriação. O elevado valor da terra urbana, que acompanha o processo ascensional dos preços do mercado de imóveis, e a necessidade de depósito judicial da quase totalidade do valor do imóvel previamente à imissão na posse têm dificultado o exercício do poder expropriatório estatal e dificultado o processo redistributivo do acesso à infraestrutura urbana.

A opção preferencial das políticas urbanas, neste contexto, tem se dirigido à regulação da atividade urbanística protagonizada pelos agentes privados. Mesmo constituída majoritariamente por instrumentos não onerosos, a indução da atividade econômica privada também incide sobre os recursos públicos. Instrumentos financeiros e operações estruturadas permitem que o setor privado alavanque recursos a partir desta alocação de recursos públicos, gerando uma aparência de sobreposição dos investimentos privados sobre os recursos públicos e uma aparência de possibilidade de sustentação das operações privadas sem a atividade financeira do Estado. A alavancagem de recursos para o desenvolvimento urbano a partir desta conjugação de esforços aponta uma maximização dos recursos alocados nestas operações em face das políticas estatais de investimento direto em infraestrutura. Evidentemente, o quadro de restrições fiscais acaba por induzir à expansão das parcerias e à redução do protagonismo direto do Estado na execução da política urbana.

O Direito Urbanístico não pode ignorar o contexto material de eclosão das parcerias. Do mesmo modo que o Direito viabiliza as parcerias, é fundamental que o Direito não perca de vista a universalização da infraestrutura urbana como princípio da gestão política da riqueza social da cidade. A efetividade dos direitos sociais territoriais não pode prescindir de arranjos regulatórios que compatibilizem as taxas de retorno dos projetos de infraestrutura e dos projetos imobiliários privados com a imposição de ônus que favoreçam a expansão de direitos na cidade.

Neste ponto, é preciso reforçar as considerações sobre o papel do Estado na gestão dos riscos inerentes à lógica de funcionamento do sistema econômico. O fundo público, como bem aponta Francisco de Oliveira,¹¹ atua como redutor de riscos ao assumir um papel relevante na reprodução do capital constante e na reprodução do trabalho. No modelo de bem-estar social, a expansão de direitos e a promoção de serviços públicos decorriam da atividade financeira do Estado, que ampliou a sua base fiscal e aplacou o conflito distributivo com políticas públicas de redistribuição. No modelo atual, a austeridade fiscal permanente aumenta a exposição do trabalho aos riscos sociais, enquanto o fundo público passa a atuar preponderantemente como elemento de tutela da reprodução do capital. Nesta nova configuração, a regulação urbanística tenciona reduzir os riscos dos processos de acumulação, especialmente aqueles associados a atividades econômicas de longa duração. Além da previsibilidade das regras urbanísticas, que compõe o acervo da segurança jurídica reivindicada pelo mundo dos negócios, outros redutores são criados a partir do Estado: fundos garantidores, instrumentos financeiros vinculados à infraestrutura, governança compartilhada de parcelas do território, identidade entre território de captação e território de aplicação de recursos, incentivos tributários às parcerias, entre outros.

¹¹ OLIVEIRA, Francisco de. *Os direitos do antivalor*: a economia política da hegemonia política. Petrópolis: Editora Vozes, 1998.

Esta nova regulação, ao reduzir os riscos do capital nos processos de expansão da infraestrutura urbana, permite que novos recursos sejam captados para o financiamento das atividades econômicas. Valores mobiliários, como os Certificados de Potencial Adicional de Construção (CEPAC), sustentam a expansão dos negócios, reduzem os riscos de contingenciamento fiscal pelo Poder Público e, mais do que isso, abrem espaço para a reprodução do capital portador de juros por meio de investidores institucionais, como as entidades fechadas de previdência, seguradoras, grandes investidores, além do FI-FGTS, o Fundo de Investimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Outra novidade, neste contexto, é a utilização de fundos imobiliários para conjugar os esforços públicos e privados na produção do espaço urbano. O Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo, editado pela Lei nº 16.050, de 31 de julho de 2014, traz bons exemplos neste sentido. Ao disciplinar os instrumentos de ordenação e reestruturação urbana, o Plano prevê que para implementar os Projetos de Intervenção Urbana o Município poderá utilizar instrumentos como as Operações Urbanas Consorciadas, a Concessão Urbanística, as Áreas de Intervenção Urbana e as Áreas de Estruturação Local. E prossegue, dizendo que, para promover tais intervenções, a Prefeitura fica autorizada a constituir ou delegar instituição de fundo de investimento imobiliário, nos termos da Lei Federal nº 8.668, de 25 de junho de 1993. Desta forma, o Município integra os fundos imobiliários na estratégia local de financiamento do desenvolvimento urbano, ao lado de mecanismos tradicionais como os fundos orçamentários gerais e fundos orçamentários setoriais, regulamentados pela Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964.

A regulação da utilização de valores mobiliários ou outros mecanismos de captação de poupança privada para o financiamento do desenvolvimento urbano acaba sendo uma fonte normativa importante para a compreensão desta dimensão reconfigurada do Direito Urbanístico. Um exemplo pode ser encontrado na Instrução Normativa MC nº 33, de 17 de dezembro de 2014, que regulamenta a aquisição, pelo Agente Operador do FGTS, de cotas de Fundos de Investimentos Imobiliários (FIIs) e de Fundos de Investimento em Direitos Creditórios (FDICs), de Debêntures e de Certificados de Recebíveis Imobiliários (CRIs) que possuam lastro em Operações Urbanas Consorciadas. Ao regulamentar a utilização dos recursos do FGTS na aquisição de cotas de fundos imobiliários lastreados em Operações Urbanas, o Ministério das Cidades abriu uma possibilidade importante de alavancar recursos financeiros para o incremento destas operações. Mais do que isso, ao disciplinar as condições de enquadramento e a qualificação técnica da Operação Urbana Consorciada a Instrução Normativa MC nº 33/2014, impôs uma série de regras sobre o programa de obras públicas, o formato dos empreendimentos destinados à produção de unidades habitacionais, à reabilitação de imóveis urbanos e à urbanização de assentamentos

precários, condições para projetos de saneamento e de infraestrutura urbana. Assim, acabou predicando, por meio indireto, normas técnicas regulamentadoras da atividade urbanística. Evidentemente, tais regras são compulsórias apenas para a mobilização dos recursos do FGTS, ou seja, não possuem caráter cogente para os Municípios que no exercício da sua competência constitucional de regulação do uso e ocupação do solo eventualmente queiram dispor de modo diverso sobre as operações realizadas no seu território, observados os parâmetros genéricos do Estatuto da Cidade. No entanto, a alavancagem que o sistema de crédito proporciona tem um forte efeito indutor sobre a regulação local, que pode tornar suas intervenções mais atrativas ao investimento privado se aderentes às condições de utilização de recursos do FGTS.

Percebe-se desta maneira que o sistema de crédito, ao regulamentar as condições para o desenvolvimento de suas operações, pode ter um alto impacto no desenho das políticas urbanas no contexto fiscal contemporâneo. O Direito Urbanístico não pode ignorar esta questão nem deixá-la relegada ao conjunto de pontos cegos da regulação. Refletir sobre os limites e alcances deste padrão normativo é um desafio aos estudiosos do Direito Público e um imperativo de reconexão do campo jurídico fragmentado.

5 Conclusão

O sistema jurídico é um conjunto articulado de fenômenos sociais funcionalmente diferenciados. Apesar dos procedimentos de validação autorreferentes, a normatividade típica dos fenômenos jurídicos interage com a normatividade de outros sistemas. O Direito Urbanístico há muito tempo interage com a normatividade própria do Urbanismo. Apesar de estruturar a regulação de uma atividade econômica, pouco se discute a interação do seu padrão regulatório com a normatividade da economia, da administração e das finanças públicas.

Pouco se discute também a sua interação com outras disciplinas reguladoras do fenômeno social, em especial as incidentes sobre a atividade econômica e a atividade financeira do Estado. Com isso, o Direito Urbanístico pouco a pouco deixa de refletir sobre os aspectos regulatórios da produção social do espaço urbano e passa a problematizar, com ênfase exagerada, as disfuncionalidades no uso e ocupação do solo urbano, como se a universalização da infraestrutura pudesse ser realizada a partir da correção do uso inadequado, da ocupação irregular, da crítica à retenção imobiliária para fins de especulação. A gestão política da riqueza social da cidade requer mais do que a previsão de instrumentos jurídicos de intervenção sobre a propriedade disfuncional. Ela exige imaginar instituições jurídicas capazes de funcionalizar a produção social do espaço e a gestão da infraestrutura da cidade no sentido da promoção do bem-estar e do acesso universal ao fluxo de riquezas do território urbano.

Aproximar o Direito Urbanístico do Direito Econômico e do Direito Financeiro não resolve este desafio, mas possibilita reconectar o campo jurídico fragmentado, iluminar os pontos cegos da regulação da atividade urbanística e estruturar uma base para o exercício da imaginação institucional necessária à efetivação do direito à cidade.

Blind spots of urban regulation: notes on a programmatic articulation between Economic Law and Urban Law

Abstract: The theoretical studies on the regulation of urban activity can not be separated from studies on the regulation of economic activity by the state and on the regulation of financial activity of the state. The fragmentation of the legal phenomenon has generated blind spots in the urban regulation that can only be overcome with a programmatic re-articulation of the urban law with the Economic Law and the Budget Law. Thus, fundamental aspects of urban law are highlighted: the legal regulation of social production of the urban space and the regulatory policy management process of social wealth of the cities.

Keywords: Urban Law. Economic Law. Budget Law. Urban activity. Social production of urban space.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MASSONETTO, Luís Fernando. Pontos cegos da regulação urbanística: notas sobre uma articulação programática entre o Direito Econômico e o Direito Urbanístico. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDFE*, Belo Horizonte, ano 4, n. 6, p. 141-154, set./fev. 2015.