

ADILSON ABREU DALLARI

SÉRGIO FERRAZ

(Coordenadores)

ESTATUTO DA CIDADE

(Comentários à Lei Federal 10.257/2001)

3ª edição,

*atualizada de acordo com as Leis ns. 11.673, de 8.5.2008
e 11.977, de 7.7.2009*

Adilson Abreu Dallari • Carlos Ari Sundfeld •
Cassio Scarpinella Bueno • Clóvis Beznos • Daniela Campos
Liborio Di Sarno • Diógenes Gasparini • Egle Monteiro da
Silveira • Floriano de Azevedo Marques Neto • Jacintho Arruda
Câmara • Lucécia Martins Soares • Lucia Valle Figueiredo •
Marcelo Figueiredo • Márcio Cammarosano •
Maria Helena Diniz • Maria Paula Dallari Bucci •
Maria Sylvia Zanella Di Pietro • Mariana Moreira •
Paulo José Villela Lomar • Regina Helena Costa •
Sérgio Ferraz • Vera Monteiro •
Yara Darcy Police Monteiro



SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO
Rua Leôncio de Carvalho, 306, 7º andar – São Paulo, SP – CEP 04003-010
Fones: (11) 289-8767 e 285-0598 – Fax (11) 287-6404
www.sbdp.org.br – e-mail: direitopublico@sbdp.org.br



MALHEIROS EDITORES

ESTATUTO DA CIDADE
(Comentários à Lei Federal 10.257/2001)

© SBDP – 2002

Coordenadores: ADILSON ABREU DALLARI e
SÉRGIO FERRAZ

1ª edição, 1ª tiragem, 03.2002; 2ª tiragem, 03.2003;
2ª edição, 07.2006.

ISBN 978-85-7420-990-6

Direitos reservados desta edição por
MALHEIROS EDITORES LTDA.

Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171
CEP 04531-940 – São Paulo – SP

Tel.: (0xx11) 3078-7205 Fax: (0xx11) 3168-5495

URL: www.malheiroseditores.com.br
e-mail: malheiroseditores@terra.com.br

Composição
PC Editorial Ltda.

Capa
Criação: Vânia Lúcia Amato
Arte: PC Editorial Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil
01.2010

Apresentação à 1ª edição

Com esta coleção de comentários sobre o Estatuto da Cidade, a Sociedade Brasileira de Direito Público – *sbdp* dá continuidade a seu programa de publicações destinado a fomentar o diálogo sobre temas jurídicos contemporâneos.

A *sbdp* é uma organização não-governamental de caráter científico e cultural, sem fins lucrativos, com sede em São Paulo, cujas iniciativas têm sido fundamentais na renovação do direito público brasileiro. Com seus cursos, núcleos de estudo e projetos de pesquisa na área do *direito público econômico*, ela foi pioneira na compreensão dos problemas jurídicos da regulação e das agências reguladoras. Ao implantar sua *Escola de Formação*, em funcionamento desde 1998, a *sbdp* deu origem a uma rede de juristas renovadores, que se amplia dia a dia. Com a criação, em 1999, da *School of Global Law*, a *sbdp* instigou o pensamento jurídico reflexivo sobre um mundo que intensificou seu processo de integração, além de abrir caminho para uma ampla revisão dos métodos do ensino jurídico. Fiel ao compromisso de modernização, a *sbdp* reinventa permanentemente sua atuação, propondo novos temas ao debate e apresentando novos nomes ao mundo jurídico brasileiro.

Este é o sexto livro publicado pela *sbdp*. Como resultado da excelente parceria com a Malheiros Editores, já foram lançadas as coletâneas *Direito Administrativo Econômico* (coord. de Carlos Ari Sunfeld), *As Leis de Processo Administrativo* (coord. de Carlos Ari Sunfeld e Guillermo Muñoz), *Direito Processual Público – A Fazenda Pública em Juízo* (coord. de Carlos Ari Sunfeld e Cassio Scarpinella Bueno) e *Improbidade Administrativa – Questões Polêmicas e Atuais* (coord. de Cassio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho). Anteriormente saíram o *Direito Global* (coord. de Carlos Ari Sunfeld e Oscar Vilhena Vieira, Ed. Max Limonad).

evitar que os recursos auferidos com a alienação do potencial construtivo se transformem em receitas públicas desvinculadas do cumprimento das finalidades de ordenação e planejamento urbano. Como de início sustentamos, o *solo criado*, como bem urbanístico pertencente a toda a coletividade, deverá ter sua utilização adstrita ao cumprimento da função social da cidade, o que se efetiva também com a consecução das finalidades previstas no art. 31.

Parafrazeando José Afonso da Silva na peroração citada no segundo parágrafo deste texto, temos agora não apenas os conceitos e contornos do instituto do *solo criado*. Temos agora a sua previsão no direito positivo. Cumpre agora ao legislador e ao administrador municipal dar-lhe concreitude e eficácia, ensejando que toda a coletividade se beneficie do potencial da cidade.

- legislação
- "suborção onerosa" → solo criado
art. 30 art. 28.
- constitucional → FSP
- limitado / DPE
↳ aspectos básicos...
- lei municipal específica → aspectos diferenciados
- contrapartida? (GELAC)
- destinação dos recursos

teve o condão de tornar *numerus clausus* o rol do art. 26 do Estatuto, conforme se depreende das razões que o acompanham.

Operação Urbana Consorciada

PAULO JOSÉ VILLELA LOMAR

Art. 32. Lei municipal específica, baseada no plano diretor, poderá delimitar área para aplicação de operações consorciadas.

§ 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 a valorização ambiental.

§ 2º. Poderão ser previstas nas operações urbanas consorciadas, entre outras medidas:

I – a modificação de índices e características de parcelamento, uso e ocupação do solo e subsolo, bem como alterações das normas edilícias, considerado o impacto ambiental delas decorrente;

II – a regularização de construções, reformas ou ampliações executadas em desacordo com a legislação vigente.

Art. 33. Da lei específica que aprovar a operação urbana consorciada constará o plano de operação urbana consorciada, contendo, no mínimo:

I – definição da área a ser atingida;

II – programa básico de ocupação da área;

III – programa de atendimento econômico e social para a população diretamente afetada pela operação;

IV – finalidades da operação;

V – Estudo Prévio de Impacto de Vizinhança;

VI – contrapartida a ser exigida dos proprietários, usuários permanentes e investidores privados em função da utilização dos benefícios previstos nos incisos I e II do § 2º do art. 32 desta Lei;

VII – forma de controle da operação, obrigatoriamente compartilhado com representação da sociedade civil.

§ 1º. Os recursos obtidos pelo Poder Público Municipal na forma do inciso VI deste artigo serão aplicados exclusivamente na própria operação urbana consorciada.

§ 2º. A partir da aprovação da lei específica de que trata o *caput*, são nulas as licenças e autorizações a cargo do Poder Público Municipal expedidas em desacordo com o plano de operação urbana consorciada.

Art. 34. 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, que serão alienados em leilão ou utilizados diretamente no pagamento das obras necessárias à própria operação.

§ 1º. Os certificados de potencial adicional de construção serão livremente negociados, mas conversíveis em direito de construir unicamente na área objeto da operação.

§ 2º. Apresentado pedido de licença para construir, o certificado de potencial adicional será utilizado no pagamento da área de construção que supere os padrões estabelecidos pela legislação de uso e ocupação do solo, até o limite fixado pela lei específica que aprovar a operação urbana consorciada.

A Lei 10.257, de 10.7.2001, conhecida como *Estatuto da Cidade*, constitui um marco para o direito urbanístico brasileiro. Fixou novas diretrizes gerais da política urbana como normas de ordem pública e de interesse social de cumprimento obrigatório para todos os níveis de governo em todas as fases da gestão urbana, desde o processo de planejamento, passando pela implementação, até o controle e a revisão desta última. Forneceu instrumentos novos a serem manejados pelo Poder Público Municipal, dentre os quais a operação urbana consorciada; fortaleceu a ação do Ministério Público na promoção e na defesa da ordem urbanística, dos cidadãos e da sociedade civil na formulação, execução e controle das políticas públicas destinadas ao ordenamento territorial com vistas ao desenvolvimento urbano sustentável.

Suas disposições assentam-se sobre três pilares: a gestão democrática, o planejamento urbano e a função social da propriedade direcionados para a concretização das diretrizes gerais nela estabelecidas.

Neste contexto, o Estatuto da Cidade disciplinou a operação urbana consorciada, que, na alínea “p” do inciso V do art. 4º, classificou como um dos instrumentos jurídicos e políticos suscetíveis de utilização para a implementação das diretrizes gerais da política urbana enumeradas no seu art. 2º.

1. Conceito

Primeiramente, a própria lei definiu *operação urbana consorciada* como o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público Municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área *transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental*.

Conseqüentemente, não é qualquer intervenção urbana que pode ser juridicamente qualificada como operação urbana consorciada, mas apenas aquelas que se destinem à realização de transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e valorização ambiental. Uma primeira dúvida pode surgir quanto à compreensão do alcance destes objetivos. Seria indispensável a persecução cumulativa destes três objetivos simultaneamente, ou bastariam melhorias sociais ou a valorização ambiental sem a pretensão de realização de transformações estruturais?

Como observa o urbanista Pedro Jorgensen Júnior: “Operação urbana é uma expressão que, no urbanismo atual, se refere a gêneros de ação urbanística, que, embora conexos, podem diferir consideravelmente dependendo do lugar e da circunstância”.¹ Este autor identifica um quadro de acepções correntes deste termo que importa conhecer para se obter uma noção clara do significado jurídico adotado pelo Estatuto da Cidade.

Segundo ele, para alguns o termo “operação urbana” apresenta um significado genérico, denotando qualquer intervenção pública urbanizadora. Neste sentido, pode significar a implantação de um novo conjunto residencial, a implantação de uma via expressa ou a urbanização de uma favela ou uma obra de requalificação arquitetônica numa avenida qualquer. Nesta acepção, “operação urbana” seria sinônimo de “projeto” ou “intervenção urbana”.

Todavia, “operação urbana” pode referir-se, conforme o mesmo autor, à aplicação de uma classe específica de instrumentos normativos capazes de possibilitar o manejo dos índices e parâmetros urbanísticos vigentes controlado e limitado a uma região urbana ou a circunstâncias determinadas, com vistas à consecução de objetivos específicos predeterminados. Seria o campo da administração corrente de instrumentos urbanísticos onerosos, como a transferência do potencial construtivo, do solo criado, por ele chamado de “urbanismo operativo”. Este campo incluiria também a gestão de “fragmentos onerosos” existentes (explícitos ou implícitos) na

1. “Operações urbanas: uma ponte necessária entre a regulação urbanística e o investimento direto”, *Cadernos de Urbanismo*. 3/10-11, Ano 1, Secretaria Municipal de Urbanismo da Prefeitura do Rio de Janeiro, novembro/2000.

legislação comum (...) essa 'carteira' de contrapartidas urbanísticas exigidas nas licenças de construção constitui no Rio de Janeiro uma razoável massa de recursos que tem sido, nas últimas décadas, gerada como 'exigências' nos processos de licenciamento e gerida por meio de uma arcaica estrutura cartorial de 'termos de obrigação' e 'certidões'".²

A terceira acepção adotada pelo mesmo autor consiste em considerar a operação urbana "como um tipo *especial* de intervenção urbanística, de iniciativa pública ou privada mas preferencialmente regida por critérios de interesse público, voltada para a transformação estrutural do ambiente urbano existente e que envolve simultânea ou alternativamente (1) a combinação de capital de investimento público e privado, (2) o redesenho da estrutura fundiária, (3) a apropriação e manejo (transação) dos direitos de uso e edificabilidade do solo e das obrigações privadas de urbanização e (4) a apropriação e manejo das externalidades positivas e negativas da intervenção. Essas operações têm o caráter de *projeto urbano* (por oposição à *atividade de controle urbano*), para o quê, além de institutos normativos especiais, o setor público necessita lançar mão de dispositivos gerenciais adequados (empresa pública, empresa de economia mista, escritório técnico, agência ou comitê executivo etc.), diferenciados da administração urbanística corrente. Essas operações-projeto diferem radicalmente da *obra pública* tradicional em termos de complexidade social da intervenção, do tempo de maturação do plano/projeto, do grau de incerteza quanto aos resultados, das fontes de recursos, dos prazos e métodos de execução da organização gerencial, da metodologia de avaliação de resultados etc."³

Este urbanista conclui sua análise propugnando que o Poder Público não pode prescindir da aplicação de normas, métodos e técnicas de operação urbana, seja especial ou corrente, no processo de construção da metrópole contemporânea por duas razões: (1) a necessidade de otimizar e orientar as externalidades positivas e extrair compensações das externalidades negativas do investimento privado, pois o planejamento normativo, além de exercer apenas efeitos mais ou menos probabilísticos de longo prazo, não é capaz de intervir na organização estrutural de um ambiente urbano já existente; (2) a necessidade de *poupar* recursos do Tesouro e do endividamento na realização de ações públicas que possam ser cobertas pelo investimento privado. Assim, para este autor, os mecanismos operativos do urbanismo nestas três acepções apresentam-se como instrumentos úteis ao planejamento das cidades, "tanto numa perspectiva *estratégica* quanto *situacional*, em caráter complementar aos tradicionais mecanismos do planejamento normativo e da obra pública".⁴

2. Idem, p. 11.

3. Idem, p. 10.

4. Idem, p. 12.

Destas acepções, certamente, sem prejuízo das demais, a que considera a operação urbana como um tipo especial de intervenção urbana voltada para a transformação estrutural do ambiente urbano, com o caráter de plano ou projeto urbano, parece ser a que foi contemplada no art. 32 do Estatuto da Cidade. Sem dúvida, a resposta mais consentânea com a definição, as diretrizes gerais e os demais requisitos exigidos para a realização da operação urbana parece ser o entendimento de que seu núcleo, que a distingue de outras possíveis intervenções urbanísticas, constitui a realização de transformações estruturais com melhorias sociais e a valorização ambiental, de tal modo que os três objetivos sejam cumulativamente concretizados por meio dela. [Intervenções urbanas de menor envergadura podem visar a melhorias sociais e à valorização ambiental sem a realização de transformações estruturais, mas a operação urbana consorciada não estará completa se faltar a realização de um destes objetivos.]

Somente assim se justifica, como expressamente exige o art. 33 do Estatuto da Cidade, a elaboração de um *plano específico* para a operação urbana consorciada com, ao menos, a definição da área a ser atingida, o programa básico de ocupação da área, o programa de atendimento econômico e social para a população diretamente afetada, finalidades, Estudo Prévio de Impacto de Vizinhança, contrapartida a ser exigida em função da utilização dos benefícios concedidos e a forma de controle da operação, obrigatoriamente compartilhado com a representação da sociedade civil. Igualmente, esta compreensão abrangente da operação urbana justifica a autorização para que lei municipal específica permita a emissão de certificados de potencial adicional de construção suscetíveis de alienação com o objetivo de antecipação dos recursos financeiros necessários para a execução das intervenções nela previstas, especialmente daquelas necessárias para alavancagem da própria operação urbana.

A operação urbana, assim compreendida, implica a recuperação de ambientes degradados e a adequação da infra-estrutura urbana, serviços e edificações a novas funções e novas tecnologias dentro da perspectiva de adaptação das cidades aos atuais processos de transformação econômica, social e cultural. Esta orientação mais recente expressa uma certa descrença quanto à eficácia dos instrumentos apenas normativos de planejamento e se apresenta como estimuladora da adoção de uma modalidade de planejamento estratégico mais interventiva sobre a realidade urbana, mediada por ampla negociação entre os diversos agentes públicos, empreendedores privados e a sociedade civil.

Em princípio, de acordo com o planejamento urbanístico, a operação urbana consorciada comporta um conjunto de alterações na área de sua realização, que pode abranger, por exemplo, a modificação ou ampliação do sistema viário, criação ou ampliação de espaços públicos, recuperação e

modernização da infra-estrutura urbana de saneamento básico, energia elétrica e telecomunicações, a recuperação de áreas envelhecidas e degradadas, maior adensamento populacional, a construção de habitações de interesse social, a criação ou a revitalização de áreas centrais de bairros ou distritos no âmbito de um processo de descentralização urbana e a reurbanização com a regularização fundiária de áreas ocupadas por população de baixa renda.⁵

Doravante, qualquer operação urbana consorciada que venha a ser proposta ou implantada deverá observar as diretrizes gerais do Estatuto da Cidade, desdobradas e expressas de modo mais concreto na lei municipal do plano diretor. A propósito, assinala-se a conotação redistributiva dos diferentes conteúdos dessas diretrizes gerais, desde a garantia do direito a cidades sustentáveis, passando pela justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização, recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos, a regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda, até a isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos aos processo de urbanização, atendido o interesse social.

A legitimidade de qualquer operação urbana perante o Estatuto da Cidade exige que ela signifique a concretização de suas diretrizes gerais e das exigências fundamentais de ordenação da cidade integrantes do plano diretor, pois a ordem urbanística a ser promovida e defendida não pode ser apenas formal, legitimadora da marginalidade, da discriminação social e da exclusão social existente especialmente nas grandes cidades, pois, antes de mais nada, uma tal política contrariaria as determinações constitucionais expressas nos arts. 3º e 23, X, da Constituição Federal.

Para ser conforme à Constituição de 1988, a política urbana a ser executada por todos os níveis de governo deve caminhar na direção da redução das desigualdades sociais e regionais e ser, portanto, promotora da dignidade da pessoa humana, não discriminatória, incluyente e universalista.⁶

5. Estudo recente efetuado sobre a realização da Operação Urbana Faria Lima, instituída por meio da Lei municipal de São Paulo n.11.773, de 14.3.1995, denunciou seu caráter excludente mediante a "expulsão" dos moradores que habitavam as favelas existentes na área para outras mais distantes. Segundo sua autora: "O questionamento da intervenção é dificultado justamente quando analisamos abstratamente um instrumento que é considerado um avanço, pela Esquerda e pela Direita, e o separamos da realidade brasileira, sem discutir o que significa sua implementação num país onde Estado e elite sempre se combinaram, segregando a maior parte da população" (Mariana Fix, *Parceiros da Exclusão*, São Paulo, Boitempo, 2001, p. 118)

6. Conforme a urbanista Ermínia Maricato: "A produção ilegal de moradias e o urbanismo segregador estão, portanto, relacionados: às características do processo de desenvolvimento industrial – uma vez que o salário do operário industrial não o qualifica para adquirir

2. A operação urbana consorciada e a participação da sociedade civil

A definição legal de *operação urbana* adota a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados sob a coordenação do Poder Público Municipal como elemento fundamental da aplicação do instrumento. Não restringe a participação apenas aos proprietários de imóveis situados na área da operação, nem somente aos moradores, mas inclui usuários permanentes (por exemplo, os que nela trabalham) e investidores privados – o que não exclui a participação dos demais habitantes e usuários da cidade, pois uma das diretrizes fundamentais do Estatuto da Cidade é a gestão democrática da cidade.

Paralelamente ao objetivo imediato de assegurar a efetiva implantação da operação urbana consorciada mediante a compatibilização dos interesses e necessidades dos diferentes atores públicos e privados interessados na concretização do plano respectivo, a participação começa pelo dever do Poder Público Municipal de permitir e facilitar o acesso às informações, estudos, planos, programas, projetos e outros documentos pertinentes a quem quer que tenha interesse em seu conhecimento, em cumprimento ao direito fundamental assegurado no inciso XXXIII do art. 5º da Constituição Federal.

Em seguida, o Poder Público Municipal, sem se despir do exercício e das responsabilidades de sua condição de autoridade pública, deverá promover e coordenar reuniões informativas com os diferentes grupos sociais, auscultando suas críticas, indagações, sugestões e anseios e incorporando ao plano aquelas que considere compatíveis com os objetivos do plano proposto. Com esta finalidade, segundo o art. 43 do Estatuto da Cidade, poderão ser realizadas audiências públicas, pesquisas de opinião, debates, consultas públicas, reuniões e assembléias plenárias, dentre outros meios existentes ou a serem criados. Não se pode obrigar ninguém a participar, mas o Poder Público não pode deixar de oferecer as oportunidades de participação, procedendo a ampla divulgação de seus estudos e planos.

Esta exigência decorre, por um lado, do fato de a Constituição Brasileira ter instituído a democracia representativa e participativa e adotado a cidadania como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Paralelamente, o texto constitucional determinou, no inciso X do art. 29, que o Município assegure a cooperação das associações representativas dos diferentes grupos sociais no planejamento municipal.

uma casa no mercado imobiliário legal; às características do mercado imobiliário capitalista – sobre cujos agentes não pesa nenhum constrangimento antiespeculativo como seria o caso da aplicação do princípio da função social da propriedade, e também às características dos investimentos públicos – que favorecem a infra-estrutura industrial e o mercado concentrado e restrito" (cf. *Metrópole na Periferia do Capitalismo*, São Paulo, Hucitec, 1996, p. 43).

O Estatuto da Cidade incorporou tais determinações constitucionais, transformando-as em diretriz geral, de cumprimento obrigatório, para assegurar o pleno cumprimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, sob a designação de *gestão democrática* por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano (art. 2^a, II). No inciso III do mesmo artigo exigiu também a cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social.

A importância dada pela lei ao cumprimento da diretriz geral de gestão democrática da cidade é de tal ordem que a não-promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, a falta de publicidade quanto aos documentos e informações produzidos e a não-facilitação do acesso de qualquer interessado a esses documentos e informação no processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação implicarão a prática de improbidade administrativa, nos termos previstos no inciso VI do art. 52 do Estatuto da Cidade.

Embora este preceito legal se refira expressamente ao processo de elaboração do plano diretor, ao abranger o de fiscalização de sua implementação inclui, implicitamente, a operação urbana consorciada, na medida em que esta se constitui em instrumento de cumprimento dos objetivos e diretrizes do plano diretor e do próprio Estatuto da Cidade, como se depreen- de do estatuído nos arts. 4^o e 32, *caput*, desta lei nacional.

Este processo de construção de consenso foi instituído pela lei nacional sem prejuízo do papel fundamental de árbitros que compete aos agentes políticos eleitos, integrantes dos Poderes Executivo e Legislativo, de modo que estes e a sociedade civil se complementem reciprocamente. A participação da sociedade civil, por seus diversos segmentos, não diminui a importância dos agentes públicos eleitos pela população, nem prejudica o exercício de suas atribuições institucionais.

Segundo o professor Paolo Urbani, primeiramente em casos limitados, depois em modo sempre mais difuso, a Administração local adota métodos de agir em relação à definição dos interesses da coletividade, que tendem a se destacar da administração clássica mediante atos ou provimentos administrativos, para buscar o acordo com os agentes privados na definição concreta dos assentamentos urbanos.⁷ Isto porque, a seu ver, o interesse público não se restringe à previsão de um novo assentamento urbanístico na área considerada, mas alcança também colocar em ação me-

7. *Urbanistica Consensuale*, Turim, Bollati Boringhieri, 2000, p. 74.

canismos econômicos e sociais dirigidos à requalificação e à adoção de padrões e serviços especializados.⁸

Este professor italiano esclarece que somente com a entrada em vigor da Lei 241/1990, lei geral sobre o procedimento administrativo italiano, seu art. 11 autorizou que a Administração possa concluir, sem prejuízo para terceiros e a coletividade na persecução do interesse público, acordos com os interessados para determinar o conteúdo discricionário do provimento final ou nos casos previstos na lei, embora ainda existam resistências a tais procedimentos.⁹ Acrescenta este autor que o sistema da urbanística negociada, que se baseia no pressuposto da troca entre bens “imateriais” representados por direitos de construir dos quais a Administração dispõe e as assim chamadas “prestações de obra” por parte dos agentes privados, parece constituir princípio necessário de uma efetiva planificação do território voltada para o desenvolvimento econômico.¹⁰

No Brasil a introdução de algo parecido poderia abranger desde a celebração de acordos de convivência entre vizinhos de um bairro ou uma área determinada arbitrados pelo Poder Público Municipal até acordos mais complexos, com base em parâmetros e critérios genericamente fixados em lei, destinados a viabilizar a implantação de operação urbana que considere não apenas a requalificação de natureza urbanística, mas abranja a implantação de atividades voltadas para o desenvolvimento econômico e a realização de programas de natureza social destinados ao atendimento das populações de mais baixa renda.

O interesse público em operação urbana não pode dispensar a persecução do objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, de redução das desigualdades regionais e sociais, como manda o inciso III do art. 3^o da Constituição Federal. Talvez tal experiência possa começar mediante leis municipais, ao invés de aguardar normas federais que a regulem.

3. *A operação urbana consorciada e os entes federativos*

Todavia, a coordenação da operação urbana consorciada foi atribuída ao Município, excluídos a União e o Estado Federado – opção coerente com a importância atribuída pela Constituição Federal ao Município na condução da política urbana. Isso fica claro quando da leitura do texto constitucional, onde se vê, no art. 182, que o plano diretor deve conter as exigências fundamentais de ordenação da cidade; ser o instrumento básico

8. *Idem*, p. 75.

9. *Idem*, p. 80.

10. *Idem*, p. 88.

da política de desenvolvimento urbano e de expansão urbana; e estabelecer as condições a serem cumpridas para o cumprimento da função social da propriedade urbana.

Neste contexto, as políticas urbanas nacional e estadual bem como as respectivas ações governamentais devem ser formuladas e executadas com observância das exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas na lei municipal do plano diretor. Em caso de eventual conflito, impõe-se a busca de compatibilização dos interesses públicos específicos a ele pertinentes.

Em região metropolitana, por exemplo, a intervenção urbana ou obra pública que o governo estadual considere necessária para atendimento de interesse coletivo de impacto intermunicipal deve ser precedida de planejamento, em atendimento ao disposto no inciso IV do art. 2º, combinado com o inciso II do art. 4º, elaborado com observância da diretriz que determina a gestão democrática da cidade, prevista no inciso II do art. 2º em combinação com o estatuído no art. 45, todos do Estatuto da Cidade. Embora a realização de intervenção urbana possa ser promovida pelo Estado Federado para satisfação de interesse público intermunicipal em região metropolitana, este deverá respeitar as diretrizes fundamentais de ordenação da cidade expressas na lei municipal do plano diretor, buscando sua integração e compatibilização com os interesses comum e local de cada Municipalidade no âmbito metropolitano.

Entretanto, o Estado Federado não foi autorizado pelo art. 32 a coordenar operação urbana, nem a manejar alguns dos novos instrumentos urbanísticos criados pelo Estatuto da Cidade como o parcelamento, a edificação e a utilização compulsórios, a outorga onerosa do direito de construir, o direito de preempção, a transferência do direito de construir e a operação urbana consorciada. A modificação de índices e características de parcelamento, uso e ocupação do solo e subsolo bem como a alteração das normas edilícias para a realização de operação urbana consorciada constituem prerrogativa que a lei federal atribuiu ao Município no § 2º do art. 32, assim como a regularização de construções, reformas ou ampliações executadas em desacordo com a legislação vigente. Igualmente, a emissão de certificados de potencial adicional de construção vinculados a operação urbana consorciada só pode ser efetuada pelo Município.¹¹

11. O poder que o Estatuto da Cidade atribuiu ao Município para promover a ordenação do seu território mediante a determinação de parcelamento, edificação ou utilização para cumprimento da função social da propriedade urbana, o exercício do direito de preempção, a outorga onerosa do direito de construir, especialmente a fixação ou a modificação de índices e características de parcelamento, uso e ocupação do solo, de normas edilícias, coloca em questão, por exemplo, as minuciosas normas de parcelamento, uso e ocupação do solo das leis estaduais de proteção aos mananciais da Região Metropolitana de São Paulo, as quais, provavelmente, serão revistas, atualizadas e aperfeiçoadas, para adequação às disposições do Estatuto da Cidade.

4. A operação urbana consorciada e o plano diretor

O art. 32 estabelece que a operação urbana consorciada seja instituída mediante lei municipal específica baseada no plano diretor, a qual deverá delimitar a área a ser atingida e aprovar o plano específico da operação. Consequentemente, ela só poderá ser criada para a realização de transformações estruturais compatíveis com as exigências fundamentais de ordenação da cidade, ferindo a ordem urbanística prescrita no Estatuto da Cidade e nesta lei municipal do plano a eventual criação de operação urbanística que as contrarie ou às demais diretrizes locais estatuídas no plano diretor.

Além disto, sua própria implantação só poderá ser efetuada com base num plano específico mais detalhado que o plano diretor, que, no art. 33, o Estatuto da Cidade chama de "plano de operação urbana consorciada". No mínimo, este último deve contemplar, além da definição da área a ser atingida, o programa básico de ocupação da área, o programa de atendimento econômico e social para a população diretamente afetada, as finalidades da operação, a realização de Estudo Prévio de Impacto de Vizinhança, a contrapartida a ser exigida dos proprietários, usuários permanentes e investidores privados em função da utilização dos benefícios concedidos como parte da operação e a forma de controle da operação, obrigatoriamente compartilhado com representação da sociedade civil.

Na medida em que a lei municipal de criação da operação urbana deve ser baseada no plano diretor, este deve, ao menos, contemplar os elementos básicos que permitam sua identificação, a especificação das transformações estruturais desejadas, as melhorias sociais e ambientais pretendidas e a enumeração sumária das ações, programas e projetos a serem realizados que constituam a concretização das diretrizes gerais do Estatuto da Cidade. A lei federal remete os demais detalhamentos para a lei municipal específica de aprovação da operação urbana consorciada.

A operação urbana consorciada constitui um dos instrumentos previstos no Estatuto da Cidade para a ordenação do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade pelo Município, a ser concretizada sob o pálio do planejamento urbano, especialmente por meio do plano diretor. Esta exigência de planejamento urbano abrange tanto as cidades com mais de vinte mil habitantes quanto aquelas com população de dimensão inferior a este valor. As que excedem este limite estão sujeitas à elaboração e aprovação de plano diretor para a execução de sua política urbana.

"Plano diretor" não se confunde com "plano". Entretanto, o plano diretor, segundo a Constituição Federal (art. 182), é o mais importante instrumento destinado à ordenação do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, pois ela própria o qualifica como o instrumento básico da

política de desenvolvimento e expansão urbana, incumbido de estabelecer as exigências fundamentais de ordenação da cidade, que deverão expressar os requisitos a serem atendidos para o cumprimento da função social da propriedade urbana. Além disto, a própria Constituição Federal o chama de “plano diretor”. Ora, isto não ocorreu por acaso ou lapso do legislador constituinte. Esta qualificação acarreta conseqüências jurídicas, pois não se presume a existência de palavras inúteis no texto constitucional, a principal lei do país. “Diretor”, como adjetivo, denota “o que dirige”, “diretivo”.

Portanto, o plano diretor a que se refere a Carta de 1988 é aquele cujo conteúdo dirige a elaboração dos demais planos e projetos urbanos, bem como as ações governamentais, obras públicas e particulares e demais intervenções concretas que se realizem na cidade.¹² Trata-se, assim, de um plano geral, que apresenta diretrizes, ordena e articula os diferentes elementos estruturais e integradores da vida urbana. Considera e compatibiliza a capacidade de suporte do meio ambiente, em suas peculiaridades e singularidades, com o desenvolvimento econômico e social, induzindo-o e impulsionando-o sempre que necessário. Neste sentido, busca evitar e impedir a ociosidade da infra-estrutura urbana, assegurar espaços adequados para o desenvolvimento de atividades econômicas, evitar a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes, a integração e a complementaridade entre as atividades urbanas e rurais, a adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência.

O Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo (Lei 13.430, de 13.9.2002) coloca como elementos estruturadores a rede hídrica, a rede viária estrutural, a rede estrutural de transporte coletivo público e a rede

12. No mesmo sentido, consulte-se Hely Lopes Meirelles:

“O Plano Diretor ou Plano Diretor de Desenvolvimento Integrado, como modernamente se diz, é o complexo de normas legais e diretrizes técnicas para o desenvolvimento global e constante do Município, sob os aspectos físico, social, econômico e administrativo, desejado pela comunidade local. Deve ser a expressão das aspirações dos municípios quanto ao progresso do território municipal no seu conjunto cidade-campo. É o instrumento técnico-legal definidor dos objetivos de cada Municipalidade e, por isso mesmo, com supremacia sobre os outros, para orientar toda atividade da Administração e dos administrados nas realizações públicas e particulares que interessem ou afetem a coletividade. (...).

“(…)”

“(…) Na fixação dos objetivos e na orientação do desenvolvimento do Município, é a lei suprema e geral que estabelece as prioridades nas realizações do governo local, conduz e ordena o crescimento da cidade, disciplina e controla as atividades urbanas em benefício do bem-estar social” (*Direito de Construir*, 9ª ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Adilson Abreu Dallari e Daniela Libório di Samo, São Paulo, Malheiros Editores, 2005, pp. 114-115).

estrutural de eixos e pólos de centralidades, e como elementos integradores os espaços destinados a habitação, comércio, serviços e atividades industriais, equipamentos sociais, de uso público e áreas verdes. Além disto, define objetivos, diretrizes e ações estratégicas do desenvolvimento econômico e social, bem como para o desenvolvimento humano e a melhoria da qualidade de vida. Portanto, por seu conteúdo, dirige e orienta a ação governamental e a dos agentes privados nos mais diferentes aspectos da vida na cidade, articulando e integrando os respectivos pontos de intersecção.

Em conformidade com a Constituição Federal, o art. 39 do Estatuto da Cidade atribuiu ao plano diretor a função de estabelecer as exigências fundamentais de ordenação da cidade e a de definição da função social da propriedade urbana para assegurar o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, observadas as diretrizes gerais estabelecidas no seu art. 2º. Além disto, desenvolvendo sua função diretora, o art. 40 determinou que o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual devem incorporar as diretrizes e prioridades contidas no plano diretor, que deve englobar o território do Município como um todo. No art. 41 prescreve, ainda, que, no caso de cidades com mais de quinhentos mil habitantes, o plano de transporte urbano integrado deve ser elaborado e ser compatível com o plano diretor ou ser nele inserido.

Conseqüentemente, as eventuais alterações do plano diretor, segundo o Estatuto da Cidade, dependem de participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, em cumprimento da diretriz geral de gestão democrática da cidade, inscrita no seu art. 2º, que prevê essa participação “na formulação, execução e acompanhamento dos planos, programas e projetos de desenvolvimento urbanos”, dentre os quais se inclui, naturalmente, o plano. Por oportuno, importa recordar que o inciso XII do art. 29 da Constituição assegura a cooperação das associações representativas no planejamento municipal.

Portanto, dadas suas implicações sociais e legais, não se compadece mais com a Constituição Federal e o próprio Estatuto da Cidade a eventual alteração pontual do plano diretor por meio de leis municipais, como a de aprovação de operação urbana consorciada. Aliás, o próprio art. 32 do Estatuto da Cidade dispõe que a lei municipal específica de operação urbana consorciada deve ser baseada na lei do plano diretor. Isto porque, ainda como ensina Hely Lopes Meirelles: “O plano diretor é sempre uno e integral, mas os planos de urbanização ou de reurbanização podem ser múltiplos e setoriais, pois visam a obras isoladas, ampliação de bairros (plano de expansão), formação de novos núcleos urbanos (urbanização de loteamentos, renovação de áreas envelhecidas e tornadas impróprias para sua

função (reurbanização) e quaisquer outros empreendimentos parciais, integrantes do plano geral".¹³

Embora muitos Municípios não tenham instituído em sua lei orgânica uma hierarquia formal entre a lei do plano diretor e as demais leis municipais, mediante a exigência de *quorum* qualificado superior para sua aprovação, o fato é que se pode depreender do art. 182 da Constituição Federal o estabelecimento de uma hierarquia de natureza material entre tais leis, pois, se assim não for, não será possível cumprir a função diretora e a de ser instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana mediante a especificação das exigências fundamentais de ordenação da cidade e, em decorrência, respeitar a ordem jurídico-constitucional.

Deste modo, não é conforme ao texto constitucional proceder a alterações na lei do plano diretor mediante modificações pontuais inseridas em outras leis municipais cujo conteúdo não se limite exclusivamente a modificações do próprio plano diretor. Esta limitação ao poder legislativo das Câmaras Municipais representa uma condição prévia para o início do processo legislativo de alteração da lei do plano diretor, que se infere, implicitamente, dos preceitos constitucionais acima mencionados.

Consequentemente, sob a ótica jurídica, não se pode inserir em lei específica de aprovação de operação urbana consorciada qualquer modificação na lei do plano diretor. Ao contrário, a lei da operação urbana consorciada deve basear-se na lei do plano diretor, da qual é instrumento de implementação. Se houver necessidade de modificação desta última, que se divulgue amplamente a proposta de alteração e se instaure procedimento de ampla discussão pública no seio da sociedade civil local com este objetivo, antes da aprovação da operação urbana consorciada.

O art. 30 da Constituição Federal atribuiu ao Município a tarefa de promoção do bem-estar das pessoas residentes em seu território e de seus demais usuários em torno da noção de *interesse local*. No seu inciso VIII deferiu ao Município a missão de promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano. Por outro lado, o *caput* do art. 182 da mesma Constituição determina que a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Município, seja implementada conforme diretrizes gerais fixadas em lei e tenha por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Destarte, fica evidente que somente o Poder Público pode proceder à ordenação territorial, impondo-a, democrática e legitimamente, com base na lei do plano diretor. Esta afirmação não exclui a possibilidade de que a

União, com base no inciso IX do art. 21 da Constituição Federal, e o Estado Federado, com base nos §§ 1º e 3º do art. 25 do mesmo texto constitucional, também possam promover a ordenação territorial com esteio em planos de desenvolvimento econômico e social à vista do atendimento dos interesses públicos nacional e intermunicipal. Afirma-se apenas que a ordenação territorial é função pública irrenunciável cuja titularidade é indelegável. Do seu exercício deve resultar o bem-estar de seus habitantes sob todos os aspectos sociais, ambientais, econômicos, culturais e urbanísticos.

Tudo isto deve ser concretizado sem prejuízo da observância dos princípios fundamentais da ordem econômica e social explicitados no art. 170 da Constituição, especialmente o disposto no art. 174, segundo o qual a lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento. Assim sendo, para ser legítima em face da Carta de 1988, a ordenação territorial deve respeitar a autonomia de cada ente federado, assegurada de forma vigorosa no seu art. 18, devendo cada um deles perseguir a concretização do interesse público de que foram incumbidos em virtude de sua posição no seio do sistema federativo brasileiro: a União, o interesse nacional ou interestadual; o Estado Federado, o interesse estadual ou intermunicipal; e o Município, o interesse local – os quais devem ser compatibilizados, a fim de o Poder Público promover e assegurar o bem-estar de todos no território nacional.

Quando determina elaborar e executar planos de ordenação territorial, a Constituição se refere, de forma indireta, à própria ordenação territorial, pois não seria razoável executar um plano desta natureza que não a implicasse. Todo plano é vocacionado à sua execução, e, se visa à ordenação territorial, sua implementação implica a promoção efetiva desta. Ao referir-se explicitamente a planos no inciso IX do art. 21, o texto constitucional de 1988 apenas condicionou a ordenação territorial promovida pela União ao seu prévio planejamento. Esta linha de interpretação pode ser aplicada, igualmente, em relação ao estatuído no inciso VIII do art. 30 da Carta de 1988. Aqui, ao contrário da redação dada ao inciso IX do art. 21, deu-se ênfase à ordenação territorial, vinculando-a ao planejamento e ao controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano. Sem dúvida, o texto, aqui, padece de certa ambigüidade, aparentando uma conotação restritiva da ação ordenadora municipal.

Todavia, a interpretação mais consentânea de qualquer dispositivo constitucional não se deve limitar ao aspecto literal de sua redação, mas, sim, considerar as virtualidades contidas no conjunto da Constituição, numa exegese sistemática. Evidentemente, o significado literal da redação constitui, sem dúvida, o ponto de partida da interpretação, mas seu real alcance deve ser congruente com aquele que possa ser extraído de uma

13. *Direito de Construir*, cit., 9ª ed., p. 116.

interpretação sistemática da Constituição. A exegese que possa atribuir ao preceito constitucional um significado inconsistente, quando comparado com as demais normas e valores prestigiados constitucionalmente, mas eventualmente em conflito, deve ser afastada em prol da que possibilite o máximo de efetividade possível, em atenção ao princípio da unidade da Constituição e ao caráter sistêmico de suas disposições.¹⁴

Como autorizou a União a elaborar e a executar planos de ordenação territorial de interesse nacional, não proibiu o Estado Federado de fazê-lo, para a consecução de interesse público estadual ou intermunicipal, e no próprio inciso VIII do art. 30 atribuiu expressamente ao Município a competência para ordenar o território em relação ao uso urbano de interesse local, caberia indagar: há alguma justificativa para uma interpretação sistemática que privilegie a literalidade deste inciso e, assim, faça prevalecer uma conotação restritiva em relação ao poder municipal de ordenar o território municipal, limitando-o ao mero planejamento e ao controle do parcelamento, uso e ocupação do solo urbano? A resposta mais adequada parece ser *não*.

Seria contraditório que, no mesmo inciso VIII, a Constituição autorizasse o Município a ordenar o território municipal e, simultaneamente, restringisse sua ação ao simples planejamento, impedindo-o de executar o plano diretor local. Todo planejamento só adquire sentido se dirigido para a ação, pois todo plano é para ela vocacionado, sob pena de ser um documento inútil. Aliás, do ponto de vista semântico, “planejar” significa “ordenar a ação”, e toda ação ordenadora pressupõe o planejamento. Neste sentido, a ordenação territorial implica a das ações pública e privada no território.

O planejamento, quando realizado pelo Poder Público, constitui um processo coletivo, dinâmico e complexo, que compreende estudos técnicos e científicos, como base de decisões políticas.¹⁵ Não se limita à ordenação racional das atividades, à maneira da geometria e do espírito cartesiano, mas pressupõe e exige a compatibilização, o mais possível, de interesses e concepções conflitantes, tendo em vista as finalidades específicas de cada intervenção desejada.

14. Celso Ribeiro Bastos, *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, São Paulo, Celso Bastos Editor/IBDC, 1997, pp. 95-107.

15. No mesmo sentido, Alaôr Caffê Alves diz, textualmente: “(...) as considerações expendidas anteriormente ainda podem induzir à idéia errônea de que o planejamento é um processo de racionalização em cuja base encontra-se apenas um esforço de compreensão da realidade. Nada mais falso. É preciso desvelar com mais profundidade a dimensão política do planejamento. Na verdade, o planejamento não é uma expressão harmônica dos interesses sociais. Ele normalmente revela um composição de interesses contraditórios; um compromisso de diferentes grupos e classes sociais vinculados a soluções múltiplas que obviamente não perfazem uma perfeita e racional unidade” (*Planejamento Metropolitano e Autonomia Municipal no Direito Brasileiro*, p. 59).

Se atribui ao Município a competência para planejar o desenvolvimento urbano, por meio da lei do plano diretor, e para promover a ordenação territorial, a Carta de 1988 confere-lhe, implicitamente, a função de implementá-lo, diretamente, por meio de seus próprios servidores, ou, indiretamente, mediante a coordenação de agentes privados ou a concessão da execução de tarefas destinadas ao atendimento das exigências fundamentais de ordenação da cidade, especialmente no âmbito da chamada operação urbana consorciada. Esta conclusão é inteiramente compatível e congruente com as competências atribuídas aos demais entes federados, especialmente aquela relativa à elaboração e execução dos planos de ordenação territorial, outorgada à União no inciso IX do art. 21 da Constituição.

O exame do texto constitucional não aponta qualquer razão que possa legitimar ou justificar uma interpretação autorizativa desta função de implementação de planos em relação à União e ao Estado Federado mas impeditiva em relação ao Município. Além disto, nele também não se encontra qualquer justificativa para uma interpretação segundo a qual se possa concluir que os entes federados não estão constitucionalmente autorizados a executar seus próprios planos.

Destarte, a referência feita ao planejamento no inciso VIII do art. 30 da Constituição deve ser entendida como um reforço explícito de sua função de instrumento da ordenação do território e de sua obrigatoriedade no nível municipal, conforme estabelecido no § 1º do art. 182. Por outro lado, a alusão à ordenação do território, por meio do controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano, no mesmo inciso VIII, deve ser compreendida como uma explicitação do dever-poder municipal de exercer efetivamente esta função de controle.

A Carta de 1988 exige, sim, que, ao fazê-lo, o Município não seja submisso a interesses particulares ou de grupos, mas exerça eficazmente sua autoridade, para a efetiva consecução do interesse coletivo, ao ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. Trata-se, na verdade, de uma forma indireta de apoio à autoridade municipal, compelindo-a a tornar realidade o princípio da supremacia do interesse coletivo sobre o interesse particular, em matéria de desenvolvimento urbano.

Consequentemente, a ordenação territorial, mediante planejamento, é uma função pública explicitamente atribuída ao Município e também à União, e implicitamente ao Estado Federado, pois só o Poder Público dispõe de legitimidade e supremacia, sobre os particulares, para promovê-la.

Trata-se de função cuja titularidade é irrenunciável e indelegável, porque privativa do Poder Público. Apenas sua execução pode ser transferida a particulares. O que distingue uma da outra é que a primeira consiste no

poder de decisão, de coordenação, de fixação do que venha a ser o atendimento do interesse coletivo na situação específica com que se defronte, e a segunda limita-se à realização de tarefas, serviços e obras determinadas pelo Poder Público em conformidade com as condições por ele também estabelecidas. Quando se trate de interesse local esta função deve ser exercida pelo Município com base na lei do plano diretor. Além disto, esta função se exerce sobre interesses coletivos difusos, pois todos têm interesse indeterminado e indivisível na ordenação urbanística.

A atividade destinada a urbanizar áreas ainda não urbanizadas ou a renovar áreas de urbanização consolidada pode ser desenvolvida por agentes privados ou pelo Poder Público. Quando desenvolvida pelos particulares, esta atividade só pode ser legitimamente realizada se destinada a promover o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e o bem-estar de seus habitantes, em consonância com os objetivos, diretrizes e programas estabelecidos na lei do plano diretor, se seu impacto for restrito aos limites territoriais do Município – e, portanto, de interesse local –, e de acordo com o plano urbanístico metropolitano ou intermunicipal, nos aspectos que causem impacto à população de dois ou mais Municípios.

No exercício de sua missão constitucional, o Município está incumbido de executar a política de desenvolvimento urbano não apenas ordenando seu território mediante a disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo urbano, mas também implementando-a, direta ou indiretamente. Esta execução pode ser direta, quando concretizada pelo Município por seus próprios meios e recursos, e indireta, quando transferida a terceiros, de acordo com as regras e exigências por ele fixadas.

No plano normativo, o instrumento básico da política municipal de desenvolvimento urbano é a lei do plano diretor, como expressamente declara o § 1º do art. 182 da Constituição, supracitado. Consoante o *caput* deste mesmo artigo, o objetivo específico desta política consiste em ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e assegurar o bem-estar de seus habitantes. Além desta lei, são também instrumentos de ordenação do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, dentre outras, as leis municipais de zoneamento ambiental, de disciplina do parcelamento, uso e ocupação do solo e as demais leis específicas destinadas à aplicação dos instrumentos previstos no Estatuto da Cidade.

No plano executivo, esta ordenação implica a realização de intervenções urbanas pelo Poder Público ou por empreendedores privados com base nas diretrizes da lei do plano diretor. Assim, podem ser implantados empreendimentos de urbanização de áreas não-urbanizadas, como os loteamentos, ou de reurbanização ou renovação de áreas urbanas consolidadas, deterioradas, com infra-estrutura insuficientemente utilizada ou a ser atualizada, para adequação às novas tecnologias e necessidades sociais, a se-

rem adensadas demograficamente, dotadas de novos espaços públicos, com reformulação ou ampliação do sistema viário associado à implementação de um plano de transporte coletivo de passageiros ou de descentralização urbana mediante a reformulação ou a criação de novas centralidades etc.

Sem prejuízo do estímulo e da disciplina das operações urbanas promovidas voluntariamente por empreendedores privados, o Poder Público pode, na medida dos recursos financeiros disponíveis, promover o ordenamento territorial, dando início, direta ou indiretamente, a empreendimentos de urbanização ou de renovação urbana destinados a atribuir novas qualificações a áreas urbanas para concretizar diretrizes previstas na lei do plano diretor e, deste modo, atender ao preceito constitucional que manda ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade (*caput* do art. 182 da CF).

Dadas a escassez de recursos financeiros públicos, a complexidade e a morosidade da gestão pública de operação desta magnitude, implicadas na elaboração de projeto executivo e no gerenciamento de sua execução, o Poder Público pode ver-se diante da contingência de estabelecer as diretrizes e requisitos de utilidade pública a serem implantados e de transferir a empreendedor privado a tarefa de executar a obra urbanística. Tudo isto deve ocorrer sem prejuízo ou redução de seu poder de regulação, de intervenção e de controle de toda a operação, a fim de que seja efetivamente concretizado o objetivo específico da política de desenvolvimento urbano em consonância com os objetivos fundamentais da República, inscritos, respectivamente, no *caput* do art. 182 e no art. 3º da Constituição Federal.

Como reconhece a doutrina jurídica,¹⁶ a renovação urbana tem por objeto a recuperação de áreas urbanas deterioradas, a adequação de áreas adjacentes a obras públicas ou o adensamento de áreas edificadas. Assim, a renovação urbana pode implicar modificação, dentre outras possibilidades, da localização e da dimensão do sistema viário, das áreas destinadas aos usos residencial, comercial ou de serviços, da infra-estrutura urbana, dos equipamentos comunitários, dos prédios públicos e dos espaços livres destinados ao uso comum do povo.

Portanto, a renovação urbana é uma modalidade de atividade urbanística destinada à consecução dos fins sociais da cidade; e, como tal, sua realização implica o exercício da função pública de ordenação do território cuja titularidade pertence primacialmente ao Município, embora não exclusivamente, pois o Estado Federado também pode promover intervenções urbanas destinadas à concretização de interesses públicos intermunicipais em região metropolitana ou aglomeração urbana. Esta primazia so-

16. José Afonso da Silva, *Direito Urbanístico Brasileiro*, 6ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2010, p. 361.

bressai quando se considera que a Constituição Federal atribuiu à lei do plano diretor a condição de instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana e que o Estatuto da Cidade condicionou a aplicação dos novos instrumentos urbanísticos nele previstos, inclusive a operação urbana consorciada, aos ditames da lei municipal do plano diretor. Ainda que particulares possam desenvolver atividade urbanística, por conta e risco próprios, obedecidas as normas legais e a lei do plano diretor, sem prejuízo da observância de outras conexas, a atividade de ordenação ou de reordenação do espaço urbano é uma função pública típica, irrenunciável, promotora de utilidade pública, pois só o Poder Público pode, democraticamente, impor a ordenação aos particulares, embora sua execução material concreta possa ser transferida a terceiros sem qualquer prejuízo para o interesse público.¹⁷

Em outras palavras, compete ao Poder Público Municipal, no exercício de suas prerrogativas de autoridade, com base na lei do plano diretor, determinar onde devam ser localizados os equipamentos urbanos de utilidade pública, os prédios públicos e privados, bem como suas dimensões mínimas e máximas e usos permissíveis ou proibidos, os recuos – dentre outros requisitos pertinentes. Entretanto, no que concerne aos bens e equipamentos de utilidade pública na cidade, não basta determinar onde devam ser localizados, mas é indispensável promover sua realização concreta, para desfrute de seus habitantes.

Neste sentido, cabe ao Poder Público o exercício da autoridade em matéria urbanística para fazer prevalecer o interesse coletivo sobre o interesse particular, com vistas ao bem de todos. Entretanto, tudo isto está subordinado ao planejamento urbano produzido no processo de gestão democrática da cidade, de acordo com os cânones do Estado Democrático de Direito.

O exercício da função pública de ordenação do território por meio de operação urbana mediante a realização de obras de urbanização ou de renovação urbana se faz com base em diretrizes estabelecidas em plano legalmente aprovado segundo os cânones do Estado Democrático de Direito.

O § 1º do art. 182 da Constituição Federal dispõe que “o plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvi-

17. Arnoldo Wald, Luiz Rangel de Moraes e Alexandre de M. Wald chegam a propor o direito de parceria como instrumento de desenvolvimento. Um dos instrumentos desta parceria entre o Poder Público e os agentes privados seria a concessão de obra pública, pois, a seu ver: “Na realidade, a institucionalização da concessão de obras lembra o milagre da multiplicação dos pães, pois é o dinheiro privado que vai permitir a realização de obras públicas, sem custo para a Administração, que, finalmente decorrido o prazo contratual, as receberá gratuitamente” (*O Direito de Parceria e a Nova lei de Concessões*, p. 16).

mento e de expansão urbana”. Segundo este preceito, o plano diretor deve, no mínimo, conter, dentre outras, as exigências fundamentais de ordenação da cidade e as condições e exigências para que a propriedade urbana cumpra sua função social (§ 2º). Ademais disto, o próprio Estatuto da Cidade condicionou a aplicação de alguns de seus instrumentos à lei municipal do plano diretor. O art. 41 deste diploma legal, a título de diretriz geral, estendeu a obrigatoriedade do plano diretor às cidades integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas onde o Poder Público Municipal pretenda utilizar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios, integrantes de áreas de especial interesse turístico e inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional.

Embora, de acordo com o § 1º do art. 182 da Constituição Federal, não estejam obrigados à aprovação do plano diretor e à sua aplicação como instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, os Municípios com cidades de menos de vinte mil habitantes estão igualmente obrigados ao planejamento urbano por meio da participação da população local na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano, em cumprimento da diretriz geral de gestão democrática da cidade. Este dever de promover o ordenamento territorial mediante planejamento também foi atribuído pela Constituição Federal a todos os Municípios, inclusive os pequenos Municípios com cidades de menos de vinte mil habitantes, no inciso VIII do art. 30. A diferença entre os pequenos e os demais Municípios reside em que os primeiros não estão obrigados à aprovação do plano diretor que estabeleça as exigências fundamentais de ordenação da cidade, embora permaneçam obrigados à elaboração e aprovação democrática de planos e projetos específicos como condição prévia para sua realização.

De qualquer modo, todos os Municípios com cidades de menos de vinte mil habitantes também devem fazer com que sua política de desenvolvimento urbano esteja direcionada para o atendimento das funções sociais da cidade e do bem-estar de seus habitantes, bem como para o cumprimento da função social da propriedade urbana, pois o fato de não lhes ser exigido plano diretor não os exime do dever de cumprir as prescrições do *caput* do art. 182 da Constituição Federal. Se, porventura, desejarem realizar operação urbana, estes Municípios menores deverão aprovar a lei do plano diretor, como exige o art. 32 do Estatuto da Cidade.

O exame do alcance da obrigatoriedade da aprovação de plano diretor para os Municípios com cidades de mais de vinte mil habitantes pressupõe que se considere o sistema federativo brasileiro, no qual esta prescrição se encontra presente, e, especialmente, quem é o destinatário deste preceito constitucional. Resulta do próprio texto que este é o Município com cida-

de com mais de vinte mil habitantes, a quem cumpre aprová-lo por meio do seu Poder Legislativo, a Câmara Municipal. Além disto, no sistema federativo brasileiro, a Constituição Federal de 1988 elevou o Município à condição de ente federado, assim como a União e o Estado Federado (v. arts. 1º e 18 da CF de 1988).¹⁸

Destarte, o Município figura, hoje, como pessoa jurídica de direito público interno autônoma, dotada do poder de legislar, cujo exercício se circunscreve a considerações de ordem política inerentes ao Estado Democrático de Direito, especialmente às competências que lhe foram atribuídas na própria Constituição Federal, sem qualquer subordinação de natureza hierárquica em face da União e do Estado Federado. Disto decorre que o Município não precisa de licença ou autorização destes entes federados para o exercício legítimo de suas atribuições constitucionais. Tais competências constitucionais não podem ser ampliadas ou reduzidas, nem pela Constituição Estadual, que só pode fixar princípios a serem observados na elaboração da lei orgânica municipal (art. 29 da CF de 1988), nem por qualquer lei infraconstitucional federal ou estadual.

Assim sendo, em face da função pública de ordenação do território urbano, colocam-se, pois, as seguintes questões: Caso a Câmara Municipal se omita, não aprovando o plano diretor, quais seriam os efeitos jurídicos deste preceito constitucional que institui a obrigatoriedade de sua aprovação pelo Legislativo Municipal? Seria sua existência indispensável para a execução de operação urbana consorciada destinada a promover transformações estruturais mediante obras de urbanização ou de reurbanização? Se afirmativa a resposta, quais as possíveis conseqüências jurídicas na hipótese de realização de operação urbana consorciada sem apoio em plano diretor legalmente aprovado?

A Constituição Federal, adotando a forma federativa de Estado, na qual assegura, de modo vigoroso, a autonomia municipal, não propicia meios para que se possa obrigar o Município a legislar, aprovando o plano diretor. Assim sendo, parece possível imaginar o argumento segundo o qual não haveria inconstitucionalidade na hipótese de realização de operação urbana consorciada sem fundamento em plano diretor previamente apro-

18. Conforme José Afonso da Silva, os Municípios continuam como divisão político-administrativa dos Estados Federados dotada de autonomia político-constitucional, não sendo elementos essenciais do pacto federativo, pois não existe uma federação de Municípios. Para este autor, a autonomia federativa pressupõe território próprio não compartilhado, o que não acontece com o Município (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 32ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2009, pp. 474-475). Todavia, este mesmo autor lhe reconhece autonomia político-constitucional suficiente para que, no exercício de suas atribuições, se vincule exclusivamente às competências que lhe foram outorgadas diretamente no texto constitucional, sem qualquer subordinação hierárquica frente à União ou ao Estado Federado, os quais não podem ampliá-las ou reduzi-las.

vado, a despeito da prescrição contida no art. 32 do Estatuto da Cidade, desde que satisfeito o interesse público. Este eventual argumento é insustentável juridicamente, pelos motivos a seguir expressos.

Em primeiro lugar, não se pode ignorar os mandamentos constitucionais. O primeiro deles atribui ao Município a competência para a promoção do ordenamento territorial mediante planejamento, e o segundo obriga expressamente a aprovação do plano diretor como instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. Em tese, duas alternativas estariam autorizadas na Carta de 1988 para obrigar o Município a aprová-lo: o mandado de injunção ou a ação de inconstitucionalidade por omissão.

O mandado de injunção pode ser impetrado pelo prejudicado sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos individuais fundamentais; ou, conforme sua expressão literal, “o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (inciso LXXI do art. 5º da CF). A finalidade desta impetração, neste caso, seria possibilitar o exercício concreto, pelo impetrante, do seu direito, liberdade ou prerrogativa, mas não a regulamentação, propriamente dita, da norma constitucional.

A outra alternativa seria a ação de inconstitucionalidade por omissão, para tornar efetiva a norma constitucional, pelo fato de o Município não instituir plano diretor. Nesta hipótese, conforme o § 2º do art. 103, manda a Constituição que seja dada ciência ao Poder Público competente, para a adoção das providências necessárias.¹⁹ Sem dúvida, trata-se conseqüência jurídica débil, pois significa uma determinação judicial para que o Poder Legislativo aprove o plano diretor mas sem sanção e sem prazo para seu cumprimento.

A existência destas duas alternativas apenas, expressas no texto constitucional, suscita sérias dúvidas sobre a efetividade da obrigatoriedade de aprovação do plano diretor nos Municípios com cidades com mais de vinte mil habitantes. Neste contexto, persiste a indagação: haveria realmente esta obrigatoriedade, numa interpretação sistemática do texto constitucional, ou esta disposição seria inútil?

19. Nelson Saule Júnior discute pormenorizadamente o alcance da aplicabilidade de normas locais de direito urbanístico em razão de uma eventual declaração de inconstitucionalidade por omissão de aprovação do plano diretor pela Câmara Municipal, sustentando que ela não pode acarretar a declaração de inconstitucionalidade de toda a legislação urbanística municipal, em razão da supremacia do interesse público, da segurança jurídica e da impossibilidade de aumentar os privilégios dos proprietários que não estejam promovendo o cumprimento da função social da propriedade urbana (“O tratamento constitucional do plano diretor como instrumento de política urbana”, in Edésio Fernandes (org.), *Direito Urbanístico*, p. 41).

Ora, constitui princípio de hermenêutica jurídica que as leis – e especialmente a Constituição – não contém palavras inúteis, salvo a eventual possibilidade da demonstração inequívoca desta inutilidade. Celso Ribeiro Bastos, analisando os pressupostos hermenêuticos constitucionais, apropriadamente, sustenta que: “(...) sempre que possível, deverá ser o dispositivo constitucional interpretado num sentido que lhe atribua maior eficácia”.²⁰ Para este autor, o princípio da máxima eficiência na interpretação constitucional significa “o banimento da idéia de que um artigo ou parte dele possa ser considerado sem efeito algum, o que equivaleria a desconsiderá-lo mesmo”.²¹

Assim sendo, diante deste impasse gerado pelo texto constitucional, cabe ao intérprete tentar esclarecer os efeitos jurídico-constitucionais da obrigatoriedade a que se refere o § 1º do art. 182, retrocitado, em face da inviabilidade de, dentro das limitações do texto constitucional, obrigar o Legislativo Municipal a aprovar o plano diretor, buscando a harmonização deste preceito com outros princípios ou regras constitucionais, a fim de não se alcançar um resultado contraditório.

Com este objetivo, importa chamar a atenção para o fato de que é a própria Constituição, e não uma lei infraconstitucional, que determina expressamente a obrigatoriedade da aprovação da lei do plano diretor como instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. Contrariar uma norma constitucional constitui ilegalidade mais grave que infringir uma lei infraconstitucional, pois a Constituição é a principal lei do país, hierarquicamente superior a todas as demais.

Ora, se não existir o plano diretor, apesar de constitucionalmente obrigatório, ou se suas normas, diretrizes e conteúdos puderem ser desrespeitados, evidentemente, não haveria o cumprimento do preceito constitucional que determina sua utilização como meio ou instrumento básico da política de desenvolvimento urbano para ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade – e, conseqüentemente, este dispositivo também poderia ser visto como inútil.

Logo, a realização de qualquer operação urbana consorciada sem base na lei do plano diretor significa a não-utilização deste como instrumento básico da política de desenvolvimento urbano e contraria o disposto nesse preceito constitucional, pois uma das funções principais, dentre outras, do plano diretor consiste exatamente em servir de base para a ordenação do parcelamento, do uso e da ocupação do solo urbano.

Neste sentido, pode-se vislumbrar um pressuposto implícito nesta exigência constitucional: o de que, dentre outras disposições relacionadas com

20. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, cit., p. 104.

21. *Idem*, p. 105.

o desenvolvimento econômico-social e urbano local, o plano diretor, considerando a capacidade de suporte e as peculiaridades do meio ambiente, determine a localização e as diretrizes para as áreas destinadas à realização de operação urbana consorciada.

Se figura no texto constitucional com o teor de importância e de obrigatoriedade nele contido, qual seria a utilidade do § 1º do art. 182 se pudesse não ser aplicado? Admitir a possibilidade de seu descumprimento significa ignorar e desprezar a regra constitucional, pois esta estaria destituída de efeitos jurídico-constitucionais pelo simples efeito da interpretação. Haveria o surgimento de um paradoxo na Constituição: uma norma não-jurídica inserta no próprio texto constitucional. Destarte, impõe-se perquirir e buscar reconhecer-lhe algum grau de efetividade jurídica e congruência com os demais preceitos e princípios constitucionais.

Ora, se a Constituição declara peremptoriamente que o plano diretor a ser aprovado pela Câmara Municipal é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, sendo obrigatório, parece evidente que, implicitamente, o texto está dizendo que não podem ser realizadas intervenções urbanas, inclusive operação urbana consorciada, sem fundamento na lei do plano diretor. Seria um modo de subordinar a implementação desta política ao planejamento urbano, obrigando o Município a elaborá-lo e aprová-lo.

Diante destas considerações, parece imperioso concluir que a Constituição vinculou a legitimidade de qualquer atividade urbanística, especialmente operação urbana consorciada, à observância do plano diretor aprovado pela Câmara Municipal nos Municípios com cidades de mais de vinte mil habitantes, e nos demais ao planejamento urbano simplificado. Disto decorre a obrigatoriedade de sua aprovação nos primeiros. Assim, o texto constitucional parece autorizar a tese de que a execução de operação urbana consorciada em Município com mais de vinte mil habitantes sem respaldo em plano diretor, previamente aprovado pela Câmara Municipal, ou contrariando suas disposições, poderia ser considerada ilegal, por inconstitucionalidade.

Com efeito, se o plano diretor não for a fonte de legitimidade da realização de atividades urbanísticas, por motivo de sua inexistência ou de contrariedade às suas diretrizes, torna-se difícil assegurar que a realização da operação urbana consorciada vá ao encontro da política de desenvolvimento urbano e de expansão urbana que promova as funções sociais da cidade e o bem-estar de seus habitantes, como manda a Constituição Federal. Especialmente na hipótese de inexistência do plano diretor, seria contrariado expressamente o preceito contido no § 1º do mesmo art. 182, na medida da sua não-utilização como instrumento básico da política de desenvolvimento urbano e de expansão urbana.

Em princípio, raciocínio similar pode ser aplicado, igualmente, nos casos de aprovação, pelo Município, de empreendimentos urbanísticos em geral, tais como loteamentos, obras públicas, *shoppings centers*, edificações e outros conexos. Portanto, do ponto de vista jurídico-constitucional, como se pode deduzir do estatuído neste art. 182 da Constituição Federal, o Município parece só estar autorizado constitucionalmente a aprovar a implantação de empreendimentos urbanísticos com base em prévio planejamento urbanístico precedido de ampla participação da população local. Por tudo isto, os Municípios com cidades de mais de vinte mil habitantes estão obrigados pela Constituição Federal à aprovação do plano diretor, sem o quê não podem realizar operação urbana consorciada; e os demais, ao planejamento urbano específico, menos complexo, como condição prévia à implantação de empreendimentos urbanísticos, públicos ou privados, e ao cumprimento da função social da propriedade urbana.

A admissão da hipótese contrária em caso de Município com cidades de mais de vinte mil habitantes – ou seja, de que este pudesse aprovar ou realizar tais empreendimentos sem apoio em plano diretor previamente aprovado pela Câmara Municipal – implica afronta direta à literalidade da redação dada ao § 1º do art. 182 da Constituição Federal, que determina a obrigatoriedade da lei do plano diretor como instrumento básico da política de desenvolvimento urbano.

Mesmo assim, esta inconstitucionalidade parece insuficiente para o reconhecimento imediato da invalidade dos atos administrativos de aprovação de obras e empreendimentos urbanísticos públicos ou privados por motivo de inexistência de plano diretor. O próprio texto constitucional, ao dizer que o plano diretor é o instrumento básico da política de desenvolvimento urbano, permite o entendimento de que ele não é o único. Todavia, disto não segue a conclusão de que sua omissão não acarretaria efeitos jurídicos negativos.

A realização de uma obra pública ou a aprovação de um empreendimento urbanístico sem fundamento em plano diretor legalmente aprovado, por si sós, podem não configurar um atentado ou uma lesão ao atendimento das funções sociais da cidade ou ao bem-estar de seus habitantes.

Entretanto, esta omissão, em tese, pode, eventualmente, gerar a responsabilidade das autoridades públicas envolvidas, caso se demonstrem a ilegalidade e a lesividade da aprovação feita ou da decisão tomada, bem como dos demais atos delas decorrentes, por meio de ação popular ou de ação civil pública, em caso de interesse difuso que contrarie a ordem urbanística prevista na lei do plano diretor.

Aliás, hoje, o planejamento urbanístico é instrumento juridicamente indispensável tanto para a promoção quanto para a proteção da ordem ur-

banística. A ordem urbanística, como interesse difuso juridicamente autônomo, é alcançável por meio de planos, programas e projetos, em razão do quê qualquer transformação do ambiente urbano, especialmente se de natureza estrutural, deve ser previamente planejada e projetada, inclusive para avaliar a capacidade de suporte do ambiente.

Somente o planejamento urbano permitirá avaliar se obras públicas, loteamentos ou outros empreendimentos estarão contribuindo, ou não, para o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade. Por exemplo, em face da diretriz de adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano (inciso X do art. 2º do Estatuto da Cidade), tornar-se-á possível questionar, como contrária à ordem urbanística, a construção de conjuntos habitacionais na periferia das cidades em locais distantes da mancha urbana contínua; a implantação de sistemas de transporte coletivo de alta capacidade em áreas de preservação dos mananciais de água, por induzirem o incremento da ocupação; a desapropriação de imóveis para a realização de obras viárias dissociadas do planejamento do transporte coletivo de passageiros; a realização de intervenções urbanas em áreas privilegiadas razoavelmente dotadas de infra-estrutura urbana, em detrimento de outras ainda não servidas pela infra-estrutura básica; etc.

Todavia, a despeito das limitações acima apontadas, há que considerar a redação categórica da Constituição (§ 1º do art. 182) declarando a obrigatoriedade do plano diretor para os Municípios com cidades de mais de vinte mil habitantes e a relevância que lhe atribui ao declará-lo instrumento básico da política de desenvolvimento urbano. Além disto, o § 2º do mesmo artigo estabelece que o cumprimento da função social da propriedade urbana depende de sua adequação às exigências fundamentais de ordenação da cidades expressas no plano diretor, tornando-o instrumento aferidor deste cumprimento. Finalmente, o § 4º do artigo exige expressamente o plano diretor como elemento indispensável para a aplicação da desapropriação-sanção, nele prevista.

Por todas estas razões, não se afigura razoável acolher a exegese constitucional que não só ignore a literalidade do § 1º do art. 182 da Constituição Federal, mas, principalmente, lhe retire a importância que os demais parágrafos do mesmo artigo lhe conferem. Não parece, pois, igualmente razoável, neste contexto, admitir que os Poderes Executivo e Legislativo Municipais possam omitir-se, não promovendo sua elaboração e subsequente aprovação legislativa, sem que deste comportamento advenham efeitos jurídicos negativos.

A hipotética interpretação em sentido contrário conduziria à conclusão equivocada de que seria possível o Município descumprir a Constituição Federal, ignorando que todos os entes federados, no Estado Democrático

de Direito, estão vinculados ao cumprimento do princípio da legalidade, no qual se insere, evidentemente, esta exigência contida na mais importante das leis do país.

Aliás, o *caput* do art. 182 da Constituição Federal estabelece que a política municipal de desenvolvimento urbano deve ser executada em obediência a diretrizes fixadas em lei. O texto, aqui, usa a palavra “lei” em sentido geral e indeterminado, não se devendo entendê-la como restrita à lei federal. Interpretação sistemática da Constituição revela que, quando o legislador quis referir-se a “lei federal”, o fez expressamente. Prova disto são as menções à lei federal feitas no § 4º deste mesmo artigo e no § 2º do art. 236 do título referente às “Disposições Constitucionais Gerais” da mesma Carta de 1988. Em outras palavras, salvo a hipótese em que o contexto constitucional possibilite extrair, de modo inequívoco, que a utilização do vocábulo “lei” só possa denotar significação restrita à lei federal, ele deve ser entendido em sentido geral e indeterminado, sendo este o caso do *caput* do art. 182, retrocitado. Assim sendo, pode-se, coerentemente, entender que, como este *caput* fixa os objetivos a serem alcançados na execução da política de desenvolvimento urbano pelo Município, a palavra “lei”, nele utilizada, abrange a lei do plano diretor. Além disto, este *caput* estabelece como objetivo a ordenação do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade – e, como visto, o plano é o instrumento, por excelência, desta ordenação.

Desta compreensão pode-se, então, extrair a conclusão de que também este *caput* exige o plano diretor aprovado pelo Poder Legislativo Municipal como base para a ordenação do solo urbano mediante a realização de obras de urbanização ou de reurbanização, inclusive por meio de operação urbana consorciada. Se correta esta exegese, o Município com cidade de mais de vinte mil habitantes só poderá executar ou aprovar obras desta natureza com base na lei do plano diretor, enquanto os demais deverão observar o planejamento urbano, nos termos do inciso VIII do art. 30 da Constituição.

Deste modo, encontra-se também implícita no art. 182, acima citado, a conclusão de que a legalidade da realização de operação urbana consorciada mediante obras de urbanização ou de renovação urbana, de forma direta ou indireta, depende de sua conformidade aos objetivos, às diretrizes, à localização e aos demais conteúdos integrantes da lei do plano diretor aprovado pelo Poder Legislativo de Municípios com cidade de mais de vinte mil habitantes. Segundo o art. 32 do Estatuto da Cidade, somente estes Municípios que disponham de lei de plano diretor podem promover e coordenar operação urbana consorciada.

Em caso de eventual inexistência de plano diretor aprovado pela Câmara Municipal, a realização de operação urbana consorciada poderá ser juridicamente questionada, sob a alegação de inconstitucionalidade, por

descumprimento do disposto nos §§ 1º e 2º do art. 182, combinado com o inciso VIII do art. 30, ambos da Constituição Federal, especialmente se caracterizada lesão à ordem urbanística ou ambiental, às funções sociais da cidade e ao bem-estar de seus habitantes, mediante ação civil pública, ou ao patrimônio público, mediante ação popular.

Como “não se pode constranger o legislador a legislar, nem mesmo naqueles casos em que lhe é fixado prazo”,²² o fato de não existir a lei do plano diretor, em que pese à alta relevância que lhe atribuiu o art. 182 da Constituição Federal, coloca o Município em condição altamente desconfortável, sujeitando as autoridades municipais do Executivo e do Legislativo ao risco de serem responsabilizadas por improbidade administrativa, com fundamento no estatuído no art. 52 do Estatuto da Cidade. Segundo este preceito legal, o prefeito e outras autoridades envolvidas que não tomarem as providências adequadas para a revisão da lei do plano diretor a cada dez anos (§ 4º do art. 40) ou os de Município que, não dispondo de plano diretor aprovado na data de entrada em vigor do Estatuto da Cidade, não tenham tomado as providências adequadas para sua aprovação dentro do prazo de cinco anos praticam improbidade administrativa, devendo ser responsabilizados por isto. Enquanto não transcorrer este prazo de cinco anos que a lei concedeu aos Municípios que não disponham de plano para sua aprovação, as respectivas autoridades não correrão o risco da improbidade administrativa, mas as obras públicas e demais intervenções urbanísticas que promoverem permanecem suscetíveis de impugnação judicial, por não terem se baseado em plano diretor devidamente aprovado.

Assim, a despeito desta eventual omissão, de ocorrência pouco provável nos dias de hoje, pois o Estatuto da Cidade e a Lei Federal 9.785, de 29.1.1999, que introduziu alterações na Lei Federal 6.766, de 19.12.1979, condicionaram a aplicabilidade de suas disposições à existência de plano diretor legalmente aprovado. De qualquer modo, a concretização dos objetivos da política de desenvolvimento urbano e demais conteúdos do art. 182, bem como do Estatuto da Cidade, deve ser prestigiada, porque não se pode olvidar que a lei do plano diretor deve ser entendida sempre como meio para que os mesmos sejam alcançados, não possuindo fim em si mesma. Em tal contexto, a iniciativa popular legislativa constitui alternativa, autorizada pela Constituição Federal, para que se promova a aprovação da lei do plano diretor em face da eventual omissão do Executivo e Legislativo Municipais.

Admitir como legítima a possibilidade de descumprimento do disposto no art. 182, acima citado, significa substituir-se o intérprete ao legislador constituinte, tornando-o inútil – o que, como visto, contraria a boa

22. José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 7ª ed., 3ª tir., São Paulo, Malheiros Editores, 2009, p. 128.

hermenêutica jurídica, pois não há razão que possibilite a demonstração inequívoca desta inutilidade. Ao contrário, este preceito constitucional apenas realça e enfatiza, de modo vigoroso, a importância de seu cumprimento, pois, além de determinar a obrigatoriedade de aprovação do plano diretor pela Câmara Municipal nos Municípios com cidades de mais de vinte mil habitantes, exige sua utilização como instrumento básico da política de desenvolvimento urbano. No seu § 2º estabelece que a propriedade urbana cumprirá sua função social se atender às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

Em face destas disposições constitucionais, que atribuem função relevante ao plano diretor, e do art. 32 do próprio Estatuto da Cidade, que condiciona a aprovação de operação urbana consorciada à sua conformidade com a lei do plano diretor, a exegese em sentido contrário – isto é, que eventualmente admita a possibilidade de inexistência de plano diretor nas cidades com mais de vinte mil habitantes e de realização de tal operação sem fundamento na lei do plano diretor – caracteriza uma interpretação arbitrária, frontalmente contrária ao texto constitucional e à lei, substituindo-se o intérprete ao legislador constitucional, o que não atende aos princípios da boa hermenêutica constitucional.

Deste modo, o art. 32 do Estatuto da Cidade – bem como as demais disposições deste diploma legal – veio concretizar a determinação constitucional de que toda intervenção urbana seja efetuada com base em planejamento urbanístico expresso na lei municipal do plano diretor. Assim, a função pública de ordenação urbanística, mediante operação urbana consorciada, deve ser exercida com base nesta lei municipal. Sua execução material – que inclui a elaboração de projetos e as atividades materiais de seu gerenciamento – pode se dar diretamente pela Administração Pública, em colaboração com os agentes privados interessados enumerados no § 1º do art. 32 do Estatuto da Cidade, ou ser delegada, total ou parcialmente, a empreendedores privados, sem prejuízo da participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados e de seu completo controle, do início ao fim, pelo Poder Público Municipal, na qualidade de seu coordenador, e pela sociedade civil.

As possibilidades de cooperação e articulação entre o Poder Público e os segmentos da sociedade civil diretamente interessados são múltiplas, sendo diversas as combinações possíveis para a execução das diretrizes da lei do plano diretor mediante a operação urbana consorciada.

5. Benefícios urbanísticos e contrapartida

A lei do plano diretor ou a lei municipal específica podem autorizar a aprovação de benefícios urbanísticos capazes de induzir os investidores e

proprietários imobiliários a deflagrar as obras e serviços necessários para dar à área objeto da operação urbana consorciada a requalificação urbanística visada pela lei do plano diretor. O § 2º do art. 32 do Estatuto da Cidade autoriza, entre outras medidas previstas na lei do plano diretor ou na lei municipal específica, a modificação de índices e características de parcelamento, uso e ocupação do solo e subsolo, bem como alterações das normas edilícias, considerado o impacto ambiental delas decorrente, e a regularização de construções, reformas ou ampliações executadas em desacordo com a legislação vigente.

Esta enumeração é exemplificativa, admitindo, portanto, a previsão de outros benefícios na lei municipal específica que autorizar a operação urbana ou na lei do plano diretor. Quanto à regularização de construções, reformas ou ampliações executadas em desacordo com a lei, convém ressaltar que não se trata de simples anistia. São regularizáveis as construções que estejam de acordo com o respectivo plano.

O plano da operação urbana consorciada, exigido no art. 33 do Estatuto da Cidade, constitui a referência balizadora de todas as intervenções previstas para a área delimitada a ser atingida. Esta norma exige que o referido plano contenha, no mínimo, a definição da área a ser atingida; o programa básico de ocupação da área; o programa de atendimento econômico e social para a população diretamente afetada pela operação; as finalidades da operação; a contrapartida a ser exigida dos proprietários, usuários permanentes e investidores privados em função da utilização dos benefícios previstos nos incisos I e II do § 2º do art. 32; a forma de controle da operação, obrigatoriamente compartilhado com representação da sociedade civil; e Estudo Prévio de Impacto de Vizinhança.

Houve certa impropriedade ao incluir o Estudo de Impacto de Vizinhança, que a lei mesma exige que seja prévio, no plano da operação urbana consorciada, na medida em que prevê a inserção deste mesmo plano, com o conteúdo mínimo fixado no art. 33 do Estatuto da Cidade, na lei municipal específica de aprovação da operação urbana consorciada. Em primeiro lugar, se o Estudo de Impacto de Vizinhança deve ser prévio à lei da operação urbana consorciada, o mais adequado seria que a exigência das medidas mitigadoras ou compensatórias que, eventualmente, nele tivessem sido propostas e aprovadas, após amplo debate no seio da sociedade civil e no Poder Legislativo Municipal, constasse da lei, mas não o próprio Estudo – que, como tal, carece de teor prescritivo. Entretanto, o legislador agiu com bom senso ao limitar-se à referência ao Estudo de Impacto de Vizinhança, e não ao de Impacto Ambiental.

De fato, os Estudos de Impacto Ambiental devem fundamentar a própria elaboração da lei do plano diretor no contexto de uma avaliação ambiental estratégica, de modo que os estudos ambientais posteriores que,

eventualmente, ainda se tornem necessários se limitem aos empreendimentos que impliquem obras ou atividades potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente com foco mais objetivo, delimitado e específico, e não a qualquer empreendimento pelo simples fato de apresentar maior porte, pois o plano diretor já deveria apresentar diretrizes ambientais adequadas para tal situação.

Ao referir-se ao programa básico de ocupação da área e ao de atendimento econômico e social para a população diretamente afetada pela operação, o Estatuto da Cidade exige uma definição sobre o grau de prioridade, os recursos e o cronograma de execução da ocupação e do atendimento à população afetada. Assim sendo, a lei específica da operação deve contemplar uma proposta de encaminhamento e uma solução para ambas as situações.

Tratando-se da modificação de índices e características de parcelamento, uso e ocupação do solo e subsolo, há que ser considerado o conteúdo do plano da operação urbana consorciada, que pode abranger o zoneamento específico da área da operação, especialmente, em face das diretrizes gerais de justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização e de recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos situados dentro ou fora do respectivo perímetro, sem prejuízo da observância das demais diretrizes fixadas no art. 2º do Estatuto da Cidade.

Neste contexto, o respeito aos princípios da igualdade e da proporcionalidade deve ser aferido em função do plano da operação urbana consorciada, procedendo-se às compensações adequadas, de modo que situações iguais recebam tratamento igual ou proporcional, conforme o caso, mas sem a pretensão de submeter realidades diferentes a idêntico tratamento – o que, evidentemente, significa a inobservância destes princípios.

A outorga onerosa do direito de construir em área de operação urbana consorciada obedece aos mesmos princípios, inclusive o de que o coeficiente de aproveitamento máximo deve considerar a proporcionalidade entre a infra-estrutura existente e a que será implantada como decorrência da execução do plano da operação urbana e o aumento de densidade projetado para cada área, como disposto no § 3º do art. 28 do Estatuto da Cidade. Por oportuno, resta lembrar que a possibilidade de aplicação da outorga onerosa do direito de construir não se encontra restrita às áreas de operação urbana consorciada, mas pode ocorrer fora destas, desde que 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 ambien-

tal e proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico, como expressamente prevê o art. 31 do Estatuto da Cidade.

As operações urbanas implantadas no Município de São Paulo a partir da segunda metade dos anos 90 do século passado até a vigência do atual Plano Diretor Estratégico autorizaram a aprovação de benefícios que constituíam exceções às normas da legislação municipal de zoneamento urbano aprovadas por um órgão colegiado composto por representantes do Poder Público e por representantes da sociedade civil.

Assim, por exemplo, a Lei da Operação Urbana Faria Lima (Lei 11.732, de 14.3.1995) autorizou a aprovação de um plano de investimentos em obras com desapropriações e incentivos urbanísticos diferenciados, conforme o tamanho do lote, representados pela ampliação do potencial construtivo, em algumas hipóteses de forma gratuita e em outras de forma onerosa, desde que atendidas exigências, tais como a reserva, no pavimento térreo, de áreas destinadas à circulação e atividades de uso aberto ao público, aumento da taxa de ocupação para uso comercial e de serviços até o limite de 70% da área do lote, a permissão de uso misto residencial e comercial e de serviços em zonas de uso (Z2), mudança de uso no corredor Z8-CR1, cessão do espaço público aéreo ou subterrâneo. A contrapartida financeira foi fixada em valor calculado com base em tabela anexa à lei.

A Lei da Operação Urbana Centro (Lei 12.349, de 6.6.1997) autorizou, mediante contrapartida financeira, a modificação de índices urbanísticos, de características de uso e ocupação do solo e de disposições do Código de Obras e Edificações, a transferência do potencial construtivo de imóveis preservados, a regularização de construções, reformas ou ampliações executadas em desacordo com a legislação vigente e concluídas até a data de publicação da lei e cessão onerosa do espaço público aéreo ou subterrâneo, resguardado o interesse público. Além de proibir ampliações ou construções destinadas a determinados tipos de usos, a lei admitiu expressamente que a contrapartida financeira se refere aos benefícios concedidos como exceção à legislação vigente, devendo ser aplicada na execução de obras de melhoria urbana na área da operação urbana após análise urbanística. O potencial construtivo de terrenos situados no perímetro da operação que sejam transformados em áreas livres e verdes doadas à Prefeitura como bens de uso comum do povo pode ser aplicado no remanescente ou transferido para outro imóvel situado no interior ou fora da área da Operação Urbana Centro. A restauração dos imóveis tombados foi incentivada, admitindo-se a transferência do potencial construtivo, pelo seu valor equivalente, para outros imóveis localizados dentro ou fora do perímetro da área da Operação Urbana. A aprovação dos benefícios urbanísticos foi atribuída a um órgão colegiado, que recebeu também a incumbência de aprovar a modificação de índices urbanísticos, de características de uso e

ocupação do solo e de disposições do Código de Edificações – o que vem sendo questionado pelo Ministério Público, por implicar infração aos princípios constitucionais da separação de Poderes e da legalidade.²³

Tais operações urbanas foram concebidas a partir da idéia de “flexibilização” das restrições da lei de zoneamento, mediante a modificação de seus parâmetros urbanísticos, permitindo-se potencial construtivo maior que aquele por ela autorizado e outras alterações de menor significado econômico. Neste contexto, o proprietário permanecia com a possibilidade de utilização do potencial permitido na lei de zoneamento, ao qual era acrescido o potencial permitido além do limite nela estabelecido. Este novo potencial aparece autorizado pela operação urbana como moeda de troca para a realização das intervenções desejadas, como bem observado pelo professor Carlos Ari Sunfeld em estudo sobre o tema.²⁴

Agora, o Estatuto da Cidade, nos §§ 2º e 3º do art. 28, possibilita que o aumento do potencial construtivo e seus limites sejam autorizados na própria lei do plano diretor, independentemente da lei de zoneamento, ao permitir que o plano estabeleça coeficiente de aproveitamento básico único ou diferenciado para áreas específicas dentro da zona urbana e limites máximos destes coeficientes, considerando a proporcionalidade entre a infraestrutura existente e o aumento de densidade esperado. Neste novo contexto, permite-se a redução do direito de construir ao limite representado pelo coeficiente básico, tornando-se possível a exigência de contrapartida de valor econômico mediante outorga onerosa do direito de construir para permitir construção acima deste limite. Admitida esta possibilidade, a operação urbana consorciada assume mais a feição de projeto urbano a ser executado, que a de instituição de exceções ao zoneamento urbano sujeitas ao controle do Poder Público.

O Estatuto da Cidade não especifica explicitamente a natureza financeira da contrapartida a ser exigida dos proprietários, usuários permanentes e investidores privados em operação urbana consorciada. Ela pode ser inferida da autorização legal para a instituição de certificados de potencial adicional de construção e da determinação de aplicação destes recursos

23. Mais recentemente foram promulgadas a Lei 13.260, de 28.12.2001, que instituiu a Operação Urbana Consorciada Água Espraiada, e a Lei 13.872, de 12.7.2004, que aprovou a Operação Urbana Consorciada Rio Verde-Jacu.

24. “Direito de construir e novos institutos urbanísticos”, *Direito n. 2* (obra coletiva), São Paulo, Max Limonad, 1995, p. 39. Apropriadamente, observa o professor Carlos Ari Sunfeld: “A operação urbana adota o ponto de partida segundo o qual o direito de construir conferido pelo zoneamento tem os limites determinados pela infra-estrutura urbana hoje existente. Acréscimos quantitativos desses direitos exigem intervenções urbanas que criem as condições urbanísticas para suportar as construções maiores deles derivadas. (...) Como a intervenção urbana é a causa direta da viabilidade do aumento do potencial construtivo, nada mais lógico que este financiar aquela” (idem, pp. 40-41).

exclusivamente na área da própria operação urbana consorciada contida no § 1º do art. 33.

6. O certificado de potencial adicional construtivo

O certificado de potencial adicional de construção (CEPAC) é valor mobiliário na categoria dos títulos de investimento, pois constitui instrumento de captação de recursos financeiros junto a investidores financeiros, e, por isto, tendo em vista a proteção dos investidores, sujeito a registro e controle pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), órgão regulador do mercado de capitais. A emissão do CEPAC encontra-se disciplinada pela Instrução CVM-401, de 29.12.2003. O CEPAC não pode ser emitido sem prévio registro na CVM.

A Municipalidade emissora deverá enviar trimestralmente à CVM as informações exigidas, relatando o andamento da operação urbana consorciada, contemplando os fatos relativos à aplicação dos recursos e a quantidade de CEPACs utilizados; comunicar imediatamente à CVM e ao mercado a existência de estudos, projetos de lei ou quaisquer iniciativas que possam modificar o plano diretor ou aspectos da operação; e divulgar, ampla e imediatamente, qualquer ato ou fato relevante relativo às operações do CEPAC, de modo a garantir aos investidores acesso a informações que possam, direta ou indiretamente, afetar o valor de mercado ou influir em suas decisões de adquirir, permanecer ou alienar este valor mobiliário.

Além disto, deve ser elaborado o respectivo Prospecto, que é o documento que contém os dados básicos da operação urbana consorciada e a quantidade total de CEPACs cuja emissão tenha sido autorizada para alienação ou utilização direta no pagamento das intervenções previstas no âmbito da própria operação. O Município deve contratar instituição integrante do sistema de distribuição registrada na CVM para exercer a função de fiscalizar o emprego dos recursos obtidos com a distribuição pública de CEPACs, bem como acompanhar o andamento das intervenções previstas e assegurar a veracidade das informações que serão periodicamente prestadas pelo Município ao mercado. A distribuição pública de CEPACs para a realização de leilão deve também ser efetuada pelo Município junto à CVM, podendo contemplar uma única intervenção ou um conjunto de intervenções, composto por uma única obra e/ou desapropriação, ou conjunto de obras e/ou desapropriações, e será objeto de um Suplemento específico, que deverá ser anexado ao Prospecto.

Deste modo, o CEPAC é título de investimento representativo do direito de utilização de potencial adicional de construção alienável em leilão ou utilizado diretamente no pagamento das obras necessárias à própria operação urbana consorciada. Além disto, é livremente negociável. O direito

de construir nele, representado pode ser exercido unicamente na área objeto da operação. Segundo o § 2º do art. 34, uma vez apresentado o pedido de licença para construir, o CEPAC será utilizado no pagamento da área de construção que supere os padrões estabelecidos pela legislação de uso e ocupação do solo, até o limite fixado pela lei específica que aprovar a operação urbana consorciada, pressupondo a outorga onerosa do direito de construir.

Deste modo, o Estatuto da Cidade autoriza a lei específica que aprovar a operação urbana consorciada a prever a emissão pelo Município de quantidade determinada de CEPACs, alienáveis em leilão ou utilizáveis diretamente no pagamento das obras necessárias à própria operação.

A implantação de operação urbana exige, algumas vezes, a realização de obras públicas que dêem impulso à própria operação. Ora, isto exige recursos financeiros, que, usualmente, não se encontram disponíveis em mãos do Poder Público Municipal. Os recursos passíveis de serem auferidos por meio da própria operação somente ingressam gradativamente no Tesouro Municipal, na medida do interesse despertado nos empreendedores privados, sendo, em geral, insuficientes para a realização das obras de reurbanização previstas.

Esta realidade, associada ao fato da inexistência de recursos financeiros orçamentários para os investimentos exigidos pela operação urbana, leva o Poder Público Municipal a buscar instrumentos que possibilitem a antecipação do recebimento dos recursos financeiros e/ou a delegar a empreendedores privados a tarefa de realizar com recursos financeiros próprios os investimentos adequados, em troca de sua recuperação por meio da renda obtida com a exploração das áreas e edificações que resultarem da operação que for realizada.

Neste contexto, os CEPACs surgem como instrumento de realização desta antecipação do recebimento de recursos financeiros, que, de outra forma, somente seriam recebidos em pequenas parcelas e a longo prazo.

Os CEPACs, aos quais se refere o art. 32 do Estatuto da Cidade, representam o direito de realização futura de potencial adicional de construção na área da própria operação urbana consorciada, nos termos autorizados pela lei do plano diretor e pela lei municipal específica que a tenha criado. São emitidos e alienáveis pela Municipalidade em leilão, podendo também ser utilizados diretamente no pagamento das obras necessárias à própria operação urbana.

O potencial adicional construtivo capaz de lastrear a emissão de CEPAC é aquele suscetível de outorga onerosa até o limite fixado pela lei específica que aprovar a operação urbana. Uma vez apresentado o pedido de licença para construir, o CEPAC poderá ser utilizado no pagamento da área

de construção que supere os padrões estabelecidos pela legislação de uso e ocupação do solo, até o referido limite, pressupondo a outorga onerosa do potencial construtivo a ser pago por meio do certificado.] *come*

O CEPAC não é um título de crédito representativo de obrigação pecuniária devida pelo Município, mas é dotado de valor econômico, em virtude do valor da quantidade de potencial adicional construtivo nele autorizado de modo abstrato. Ele representa a autorização do Poder Público Municipal dada ao adquirente do Certificado para realizar o potencial construtivo adicional representado pela quantidade de área construída nele autorizada em imóvel situado na área da própria operação urbana consorciada. Esta autorização é concedida ao titular do Certificado, que poderá exercê-la quando julgar conveniente ou negociá-la com terceiros; mas seu exercício efetivo fica condicionado à apresentação futura de pedido de licença para construir, com o respectivo projeto executivo elaborado nos termos da legislação em vigor e a inclusão, neste, do potencial adicional autorizado no Certificado.

O compromisso da Municipalidade consiste em, uma vez apresentado o pedido de licença, com o respectivo projeto de edificação elaborado nos termos da lei, aprovar a realização da área de construção, nele especificada, "que supere os padrões estabelecidos na legislação municipal", conforme tenha sido fixado no Certificado que for anexado ao pedido. A propósito, o legislador federal não foi feliz ao usar esta expressão no § 2º do art. 34 do Estatuto da Cidade, pois transmite, inicialmente, a impressão de que este potencial poderia estar fora ou acima dos limites máximos estabelecidos na lei do plano diretor. Em verdade, trata-se de potencial construtivo adicional ao coeficiente de aproveitamento básico, superior ao potencial construtivo sujeito a outorga onerosa admitido nas demais áreas situadas fora da área da operação urbana, mas igualmente limitado ao coeficiente máximo de aproveitamento e sujeito a outorga onerosa mediante contrapartida.

Para exercer o direito de realizar o potencial adicional de construção autorizado no Certificado, seu titular deve estar na posse deste no momento em que requerer a licença para construir perante a Municipalidade. A quantidade de potencial adicional de construção fixada no Certificado não se encontra vinculada a imóvel determinado, podendo ser entendida como um potencial virtual, no sentido de ser abstratamente considerado, o qual somente será vinculado a imóvel determinado quando seu titular solicitar a aprovação de projeto de edificação sobre terreno situado na área da operação urbana no qual será materializado.

Não têm eficácia para a relação jurídica instaurada com a emissão do Certificado quaisquer outros atos jurídicos, cláusulas, circunstâncias, termos ou condições que nele estejam expressamente consignados, pois sua única finalidade consiste em representar este potencial adicional autoriza-

do para o fim de livre negociação desse potencial com terceiros ou seu exercício futuro perante a Prefeitura. Por isto, no Certificado deverá estar consignada apenas a quantidade de potencial adicional de construção autorizada expressamente pela Municipalidade. Sendo um título livremente negociável, o CEPAC é autônomo em relação a qualquer terreno enquanto não for vinculado a imóvel determinado pelo seu titular, por ocasião da apresentação do pedido de licença para edificação.

A emissão do Certificado só será possível com base em potencial adicional de construção suscetível de outorga onerosa na área objeto da própria operação urbana, conforme a lei municipal específica que a tenha autorizado, e sua negociação poderá ocorrer enquanto o potencial nele fixado não tiver sido materialmente realizado e vinculado a imóvel determinado.

7. A gestão da operação urbana consorciada

A gestão da operação urbana consorciada, como prevê o Estatuto da Cidade, deve ser efetuada sob a coordenação do Poder Público Municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados. Por se tratar de intervenção urbana complexa, de realização a longo prazo, e exigir intensas articulações e negociações, em geral, a realização de operação urbana consorciada pressupõe uma autoridade, um órgão colegiado gestor ou uma instituição da Administração indireta a ser incumbida do gerenciamento do plano da operação. O Estatuto da Cidade, acertadamente, não impôs um modelo único, de tal modo que ela pode ser implementada, de modo direto ou indireto, por qualquer das modalidades admitidas na legislação em vigor.

Na Espanha, segundo Tomás-Ramón Fernández,²⁵ existem três sistemas de implementação do planejamento, cujo objetivo consiste em assegurar também o retorno à comunidade de uma parte da valorização gerada pelos investimentos do Poder Público. A diferenciação entre eles reside principalmente na maior ou menor participação dos proprietários no processo.

No sistema de *compensación* são os proprietários privados que realizam, por si mesmos e às suas próprias custas, todas as operações destinadas à concretização do planejamento, tais como a justa distribuição de benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização e a própria urbanização. Para isto, os proprietários associam-se numa Junta de *Compensación*, que adquire personalidade jurídica para possibilitar a gestão autônoma de algumas funções administrativas delegadas pela Administração.

A Junta elabora e aprova o projeto de compensação, por meio do qual se realiza a distribuição de benefícios e ônus entre os diferentes proprietários, executa a urbanização, a correlativa adjudicação das novas parcelas a cada um deles, a adjudicação à Administração dos 15% do aproveitamento de cessão obrigatória e a localização do sistema viário e equipamentos previstos pelo plano. Finalmente, a Junta responde perante a Administração pela completa e correta urbanização da área.

No sistema de *cooperación* a Administração exerce os poderes de direção e controle, assegurando o efetivo cumprimento dos deveres que a lei impõe aos proprietários de ceder gratuitamente os terrenos necessários para os equipamentos coletivos e de custear a urbanização, garantindo a realização desta com a colaboração e o auxílio dos proprietários afetados. A diferença deste sistema para o primeiro consiste no protagonismo da Administração neste último. A cooperação dos proprietários realiza-se através da constituição de uma associação administrativa que fiscaliza o andamento das obras.

No sistema de *expropiación* a participação privada é inexistente, pois, ao proceder à desapropriação, a Administração assume a titularidade de domínio sobre os bens expropriados, urbaniza-os de acordo com o plano e os devolve ao mercado, apropriando-se da mais-valia inerente ao aumento de valor trazido pela urbanização. Neste sistema a gestão pode ser direta ou efetuada mediante concessão de obra pública, sendo seu objeto a realização de um conjunto de obras pelo concessionário, das quais obtém ressarcimento mediante a exploração temporal das mesmas nos termos que forem pactuados.

A *Comunidade Autónoma de Aragón* disciplinou, nos arts. 152 a 156 da Lei Urbanística 5, de 25.3.1999, o sistema da concessão de obra urbanizadora, prevendo que o concessionário urbanizador realize as obras que lhe foram delegadas e proceda à justa distribuição dos benefícios e ônus correspondentes, obtendo sua retribuição nos termos que forem ajustados com o *Ayuntamiento*. O urbanizador fica responsável pelo financiamento da atuação urbanística, e obterá sua remuneração à custa dos proprietários em terrenos edificáveis ou em dinheiro nos termos estabelecidos na concessão.

Na França a concessão urbanística (*concession d'aménagement*) está prevista no art. L. 300-4 do Código de Urbanismo, que autoriza o Poder Público a confiar o estudo e a realização de operações de ordenamento territorial a qualquer pessoa pública ou privada, encarregando-a também de adquirir os terrenos necessários para o assentamento, de vendê-los, uma vez ordenados, e de se remunerar pelo preço destas vendas.²⁶

25. *Manual de Derecho Urbanístico*, 15ª ed., Madri, Editorial El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 2000, pp. 160-174.

26. Cf. Yves Jégouzo (org.), *Droit de l'Urbanisme*, Paris, Dalloz, 2000/2001, pp. 183-193.

Igualmente, na França a zona de ordenação concertada (ZAC – *Zone d'Aménagement Concerté*) corresponde à operação urbana consorciada prevista no art. 32 do Estatuto da Cidade. Trata-se de uma operação de ordenação territorial de iniciativa pública que se caracteriza pela realização de um programa de equipamentos públicos em áreas a serem urbanizadas ou de urbanização consolidada, mas deterioradas.²⁷ As regras de urbanismo a serem realizadas são editadas no plano de ordenação da zona. A lei relativa à solidariedade e à renovação urbana, de 13.12.2000, introduziu modificações no sistema das ZACs.

Contudo, o sistema brasileiro adotado no art. 32 do Estatuto da Cidade parece aproximar-se mais do sistema de *cooperación*, sem prejuízo de sua combinação com o sistema de *expropiación*. Na França, um dos modos de realização de uma ZAC é a *concession d'aménagement*, que podemos traduzir por “concessão urbanística”.

Na verdade, desde que o Poder Público Municipal mantenha sua posição de coordenação prevista no § 1º do art. 32, podem ser constituídas formas de gestão impregnadas de maior ou menor protagonismo dos agentes privados, inclusive valendo-se dos institutos jurídicos da desapropriação e da concessão urbanística. Uma delas é a concessão urbanística.

A concessão urbanística é uma concessão de obra por meio da qual o Poder Público delega a uma empresa ou consórcio de empresas a realização de uma urbanização ou reurbanização, desde a elaboração do respectivo projeto até o gerenciamento de sua execução, que pode abranger a modificação da localização de obras de infra-estrutura urbana para uso comum do povo, como vias públicas, praças e áreas verdes, e de edificações destinadas a usos públicos e privados etc., remunerando-se o concessionário através da alienação das áreas destinadas a usos privados ou da exploração de mais-valias delas resultantes.²⁸

Na França o concessionário urbanístico tem a missão de adquirir de modo amigável, inclusive mediante o exercício do direito de preempção, ou por via de desapropriação, os terrenos e imóveis incluídos no perímetro da zona bem como aqueles que, embora situados fora desse perímetro, sejam necessários para a realização de obras incluídas na concessão; executar as obras de infra-estrutura urbana e os equipamentos públicos; promover a venda dos terrenos e imóveis equipados, concedê-los, quando for o caso, ou alugá-los a quem se interesse pelos mesmos; e promover o conjunto dos estudos e tarefas de gestão necessários para o bom êxito do conjunto da operação.²⁹ Os encargos atribuídos ao concessionário urbanístico

27. Idem, p. 1.253.

28. V., à p. 455, a Lei n. 14.917, 7.5.2009, do Município de São Paulo, que dispõe sobre a concessão urbanística no Município de São Paulo.

29. Cf. Yves Jégouzo (org.), *Droit de L'urbanisme*, cit., p. 187.

são cobertos pela renda proveniente das alienações, concessões de uso e locações e outras receitas conexas, com base num orçamento estimativo da operação. Além disto, ele está também autorizado a contratar os empréstimos e a obter os recursos necessários para o financiamento da operação.

No Brasil este instituto jurídico foi instituído pelo Município de São Paulo no art. 239 da Lei 13.430, de 13.9.2002, o Plano Diretor Estratégico. Este preceito normativo autorizou o Poder Executivo Municipal a delegar, mediante licitação, a empresa, isoladamente, ou a conjunto de empresas, em consórcio, a realização de obras de urbanização ou de reurbanização de região da cidade, inclusive loteamento, reloteamento, demolição, reconstrução e incorporação de conjunto de edificações para implementação de diretrizes do Plano Diretor Estratégico.

A empresa concessionária obterá sua remuneração mediante exploração, por sua conta e risco, dos terrenos e edificações destinados a usos privados que resultarem da obra realizada, da renda derivada da exploração de espaços públicos, nos termos que forem fixados no respectivo edital de licitação e contrato de concessão urbanística. Ficará também responsável pelo pagamento, por sua conta e risco, das indenizações devidas em decorrência das desapropriações e pela aquisição dos imóveis que forem necessários à realização das obras concedidas, inclusive o pagamento do preço do imóvel no exercício do direito de preempção pela Prefeitura ou o recebimento de imóveis que forem doados por seus proprietários para viabilização financeira de seu aproveitamento, nos termos do art. 46 do Estatuto da Cidade, cabendo-lhe também, no que couber, a elaboração dos respectivos projetos básico e executivo, o gerenciamento e a execução das obras objeto da concessão urbanística.

O próprio texto desta lei municipal remete a licitação e o contrato de concessão urbanística ao regime jurídico dos contratos administrativos de concessão, nos termos da Lei federal 8.987, de 13.2.1995.

O art. 39 da Lei municipal 13.885, de 25.8.2004 – que “estabelece normas complementares ao Plano Diretor Estratégico, institui os Planos Regionais Estratégicos das Subprefeituras e dispõe sobre o parcelamento, disciplina e ordena o uso e da ocupação do solo no Município de São Paulo”, substituindo a antiga legislação municipal de zoneamento urbano –, autorizou que, no caso da execução de programas habitacionais de interesse social e de urbanização das favelas de Heliópolis e Paraisópolis, localizadas, respectivamente, nas Áreas de Intervenção Urbana de Ipiranga-Heliópolis e de Vila Andrade-Paraisópolis, a empresa concessionária de concessão urbanística poderá também obter sua remuneração mediante o recebimento de certidão de outorga onerosa de potencial construtivo adicional, nos termos previstos no art. 23 da mesma lei. Conforme esta disposição legal, esta certidão, desvinculada de lote ou lotes, somente poderá ser emi-

tida para remuneração direta da empresa ou consórcio de empresas que tenha recebido atribuição para a execução dos programas acima mencionados nas favelas de Heliópolis e Paraisópolis.

A concessão urbanística rege-se pelas disposições da Lei federal 8.987, de 13.2.1995, pelo fato de esta poder ser entendida como uma lei nacional que contempla normas gerais aplicáveis aos contratos administrativos de concessão, dos quais a concessão urbanística é uma espécie. Esta lei, nos seus arts. 1º e 2º, III, refere-se à concessão de obra pública. Aliás, no inciso III citado, enquanto o conteúdo da definição trata de obra pública, apenas seu nome faz alusão a serviço público. Por coerência, o conteúdo da definição deveria ter conceituado o serviço público mencionado no título definido, mas, ao contrário, sequer fez menção a ele.

Assim, o edital de licitação da concessão urbanística, exemplificativamente, deve conter o objeto, a área e prazo da concessão, a descrição das condições necessárias à completa e adequada realização do empreendimento ou da operação urbanística concedida, as possíveis fontes de receita alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados, os direitos e obrigações do poder concedente e da concessionária em relação a alterações e expansões a serem realizadas no futuro para assegurar a completa execução do empreendimento, os critérios e fontes de receita destinada à remuneração da concessionária, a indicação dos bens reversíveis, sempre que for o caso, os critérios e demais parâmetros relativos ao julgamento da proposta, a indicação do responsável pelo ônus das desapropriações ou da eventual instituição de servidões, a delegação para o exercício do direito de preempção, quando for o caso, bem como a forma de repasse ou de delegação para o recebimento dos recursos financeiros a serem aplicados exclusivamente na própria operação urbana, conforme o § 1º do art. 33 do Estatuto da Cidade, bem como de prestação de contas de sua aplicação, os elementos do projeto básico que permitam a plena caracterização do empreendimento urbanístico e outros que sejam necessários e adequados à realização do objeto da concessão urbanística. O art. 120 da Lei 11.196, de 21.11.2005, permitiu que o edital preveja também a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento.

A operação urbana consorciada pressupõe, portanto, processo especializado de gestão permanente de sua implementação, com observância da diretriz de gestão democrática, mediante ampla informação e participação da sociedade civil em todas as suas fases, no qual múltiplas e combinadas formas de intervenção são possíveis, total ou parcialmente, tudo dependendo de sua adequação aos aspectos peculiares e singulares de cada uma e de sua capacidade de mobilização de proprietários e empreendedores privados, sem prejuízo da coordenação pelo Poder Público Municipal, a fim de que o interesse público seja efetivamente concretizado.

Transferência do Direito de Construir

YARA DARCY POLICE MONTEIRO

EGLÉ MONTEIRO DA SILVEIRA

Art. 35. 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 direito de construir previsto no plano diretor ou em legislação urbanística dele decorrente, quando o referido imóvel for considerado necessário para fins de:

- I – implantação de equipamentos urbanos e comunitários;**
- II – preservação, quando o imóvel for considerado de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural;**
- III – servir a programas de regularização fundiária, urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e habitação de interesse social.**

§ 1º. 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*.

§ 2º. A lei municipal referida no *caput* estabelecerá as condições relativas à aplicação da transferência do direito de construir.

1. Introdução

Comemora-se, enfim, a promulgação do *Estatuto da Cidade*, assim denominada a Lei 10.257, de 10.7.2001, que estabelece diretrizes gerais da política urbana, cujas raízes remontam ao Projeto de Lei 775, submetido ao crivo do Congresso Nacional em 1983.