

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Bruno Fernandes Magalhães Pinheiro de Lima

**AS OPERAÇÕES URBANAS CONSORCIADAS EM SIMULACRO NA CIDADE
ENCRIPADA:
do instrumento de política urbana à cópia icônica da cidade produto?**

Belo Horizonte
2019

Bruno Fernandes Magalhães Pinheiro de Lima

**AS OPERAÇÕES URBANAS CONSORCIADAS EM SIMULACRO NA CIDADE
ENCRIPTA:**
do instrumento de política urbana à cópia icônica da cidade produto?

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Marinella Machado Araújo

Belo Horizonte

2019

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

L732o	<p>Lima, Bruno Fernandes Magalhães Pinheiro de</p> <p>As operações urbanas consorciadas em simulacro na cidade encriptada: do instrumento de política urbana à cópia icônica da cidade produto? / Bruno Fernandes Magalhães Pinheiro de Lima. Belo Horizonte, 2019.</p> <p>184 f.: il.</p> <p>Orientadora: Marinella Machado Araújo</p> <p>Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito</p> <p>1. Direito urbanístico. 2. Política urbana. 3. Parceria público-privada. 4. Imitação. I. Araújo, Marinella Machado. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.</p>
-------	--

CDU: 347.235

Bruno Fernandes Magalhães Pinheiro de Lima

**AS OPERAÇÕES URBANAS CONSORCIADAS EM SIMULACRO NA CIDADE
ENCRYPTADA:
do instrumento de política urbana à cópia icônica da cidade produto?**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Profa. Dra. Marinella Machado Araujo – PUC Minas (Orientadora)

Prof. Dr. Álvaro Ricardo de Souza Cruz – PUC Minas (Banca Examinadora)

Prof. Dr. José Alfredo de Oliveira Baracho Junior – PUC Minas (Banca Examinadora)

Profa. Dra. Denise Morado Nascimento – UFMG (Banca Examinadora)

Profa. Dra. Vanêsa Buzelato Prestes – UFRGS (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 14 de março de 2019

*"Um olhar, uma palavra
Porque eu te amo
Tudo está em movimento
Basta avançar, para viver,
Seguir adiante em direção aqueles que você ama.
Fui em sua direção, sem parar na direção da luz
Se você sorrir, é para melhor me envolver
Os raios dos seus braços entreabriram a névoa".*

*À **Juliana**, que me dá sentido e direção.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço à CAPES, pelo financiamento da pesquisa.

A construção desta dissertação foi um esforço concentrado, mas apenas possível porque contei com o apoio de belíssimas pessoas que me ajudaram de todas as formas: nos campos das ideias, no campo dos amores, no campo da fraternidade. A todos, sou extremamente grato.

Mas, algumas acabaram sendo mais umas que outras, portanto, agradeço: à minha família, que com paciência fez da educação uma aventura que oscilou da chatice ao entusiasmo; à minha mãe, pela coragem e dedicação delicada sempre; ao meu pai, pela dignidade, honestidade e carinho; à minha irmãzinha, pelas conversas habituais, às vezes rápidas, às vezes longas, mas que, apesar de não serem mais, necessariamente, no meio de uma tarde, sempre são estimulantes; à minha sogra, Ana, ao meu sogro, Júlio, à minha cunhada Nayara, meu cunhado, Pedro, pelo apoio e abraço carinhoso na família que cresce pelo amor.

Aos amigos, que de tão queridos foram se tornando família: Daniel e João, pelo compartilhamento das aventuras desplanejadas em planejamento; Hélio, pela amizade carinhosa; ao querido Igor, por, mesmo nos distanciando no espaço, termos mantido a amizade em tempo. E, ao Geraldin, antigo e querido amigo, que ajudou a descriptar a ação política no companheirismo do movimento estudantil.

Aos colegas do planejamento metropolitano, que sempre inspiram ideias, em especial Roberto, Heloisa, Geraldo, Rogério, Luiz, Thaís, Laís e Mariana.

Ao PPGD como um todo. Primeiro, agradeço aos funcionários, especialmente Breno e Fernando, por me suportarem tanto tempo e por estarem sempre disponíveis para me auxiliar quando necessário, sobretudo, nos momentos mais sinistros que envolveram esse percurso. Aos professores, todos, mas em especial: ao professor Álvaro, pelas palavras e disponibilidade solidária; ao professor Baracho, pelo diálogo democrático, construtivo (e cinematográfico); ao professor Giovani, pelas parcerias e boas conversas; ao professor Marciano, pelas oportunidades de novas ideias; e ao professor Lucas, pelas oportunidades de debates calorosos em tempos tão estranhos.

Aos colegas bolsistas, pela solidariedade na caminhada de “presença”. Em especial, à querida Elisangela, pelo carinho e as boas risadas em contextos sérios de prosas acadêmicas e sobre a vida.

Do PPGD ao NUJUP, onde, também, fiz amizades que se formaram para vida toda. Eles e elas se sabem, mas chamo uns para os holofotes: de tempos mais antigos, a “primeira turma” que me deu apoio e ligação emocional em todo esse percurso, com muito carinho, agradeço a Aline, Virgínia, Beatriz e Fred. Depois, a segunda turma, que veio também com gente da primeira: à Letícia, que foi de fenomenal suporte a esta pesquisa; ao Jesmar, pelas boas prosas e a amizade constante; ao Leandro, amigo “mais recente”, pelo apoio cuidadoso e solidário; e ao compadre Cristiano, pelas conversas companheiras e a alegria de se fazer família.

À professora Marinella, fonte inesgotável de admiração, disposta sempre a ensinar, sobretudo, que sempre é possível pensar diferente.

À Juliana, por tudo! Do carinho amoroso de um cotidiano estressante para “fechar este texto” até o suporte em cada detalhe deste mestrado e na vida, quando o amor prova se fazer força para atravessarmos quaisquer obstáculos.

Fúria nas trevas o vento
Num grande som de alongar
Não há no meu pensamento
Senão não poder parar

Parece que a alma tem
Treva onde sopra a crescer
Uma loucura que vem
De querer compreender.

Raiva nas trevas o vento
Sem se poder libertar.
Estou preso ao meu pensamento
Como o vento preso ao ar.

(PESSOA, Fernando. 2016. E-book.)

RESUMO

Nos últimos quarenta anos, a institucionalidade jurídico-política tem promovido diversas inovações no campo do direito urbanístico. Essas inovações são consideradas as principais apostas para a efetividade das políticas urbanas. Contudo, as mudanças, acompanhadas por novos institutos legais, têm demonstrado baixa eficiência, tendo em vista que a aplicação destes instrumentos jurídicos tem concretizado efeitos contraditórios aos pretendidos, configurando em uma nova interpretação para a força simbólica dessas legislações. A interpretação proposta partiria da teoria da encriptação de poder sobre o direito, que solidificaria poder ao cristalizar as possibilidades de atribuir significados no campo jurídico-político por meio do controle da linguagem. Assim, as inefetividades jurídicas indicariam simulacros, que legitimariam, a partir da instrumentalidade jurídica baseada em características técnicas, a neutralização e ocultação de significados sobre textos normativos divergentes aos interesses hegemônicos. Nesta dissertação, para explorar o quadro de encriptação, proponho a análise da efetividade da Operação Urbana Consorciada, sobre a qual concluo se tratar de um exemplo sobre como significados plurais, referentes às possibilidades urbanísticas, são apropriados e neutralizados pelo direito administrativo para a realização destes a partir das tendências hegemônicas de concretização das políticas urbanas, voltadas para a satisfação dos atores do mercado financeiro. Assim, as relações de encriptação de poder, reconfigurariam os significados urbanísticos, privatizando-os, isto é, tornando a Operação Urbana Consorciada em modalidade de contrato administrativo em Parceria Público-Privada; criando novas formas de intervenção do Estado na propriedade, relações patrimoniais entre o direito de propriedade e direito de construir; contribuindo, por fim, para a manutenção da cidade encriptada, sobre a qual os significados políticos são desconstituídos pelos simulacros de políticas e do direito à cidade, que servem como legislação simbólica para promover a cidade produto. Proponho, para a superação dos simulacros, a adoção, pela Administração Pública e pelo direito administrativo, de atos baseados na noção de desencriptação, como oportunidade de recuperar a possibilidade de os significados jurídicos serem constituídos a partir da pluralidade.

Palavras-chave: Operação urbana consorciada. Parceria público-privada; Encriptação; Simulacro. Direito à cidade.

ABSTRACT

In the last forty years the legal-political institutionality has promoted several innovations in the field of urban law. These innovations are considered the main bets for the effectiveness of urban policies. However, changes, accompanied by new legal institutes, have been shown to be of low efficiency, given that the application of these legal instruments has had contradictory effects on the intended ones, setting the symbolic force of these legislations (in a new interpretation). The new interpretation of symbolic force would start from the theory of the encryption of power over law, which solidifies power by crystallizing the possibilities of assigning meanings in the legal-political field through the control of language. Thus, legal ineffectiveness would indicate a simulacrum, which would legitimize, from the legal instrumentality, based on technical characteristics, the neutralization and concealment of meanings on normative texts, that were divergent to the hegemonic interests. In this dissertation, in order to explore the encryption framework, I propose an analysis of the effectiveness of the Consociate Urban Operation, about which I conclude that it is an example of how plural meanings, in this case referring to urban possibilities, are appropriated and neutralized by administrative law for the hegemonic tendencies of urban policies, aimed at the satisfaction of financial market players. The power-encrypting relations would reconfigure the urbanistic meanings, privatizing them, making the Consociate Urban Operation a modality of administrative contract in Public-Private Partnership; creating new forms of State intervention in the property, of the patrimonial relations between the right of property and right to build; contributing, finally, to the maintenance of the encrypted city, on which political meanings are deconstituted by the mock politics and the right to the city, which serves as symbolic legislation to promote the product city. I propose, in order to overcome the simulacrum, the adoption, by the Public Administration and administrative law, of acts based on the notion of decryption, as an opportunity to recover the possibility of legal meanings being constituted from plurality.

Keywords: Consociate Urban Operation. Public-private partnership; Encryption; Simulacrum. Right to the city.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Principais marcos normativos no contexto urbanístico	58
Quadro 2 - Direito à cidade nos Planos Diretores vigentes das capitais brasileiras.....	70
Quadro 3 - Operação Urbana Centro em síntese	115
Quadro 4 - Operação Urbana Centro: Intervenções Públicas.....	116
Quadro 5 - Operação Urbana Consorciada Faria Lima em síntese	118
Quadro 6 - Operação Urbana Consorciada Faria Lima: Intervenções Públicas	119
Quadro 7 - Operação Urbana Consorciada Água Branca em síntese	121
Quadro 8 - Operação Urbana Consorciada Água Branca: Intervenções Públicas.....	122
Quadro 9 - Operação Urbana Porto Maravilha: legislação e enlace institucional.....	125
Quadro 10 - Evolução dos Certificados de Potencial Adicional de Construção (Cepac).....	128
Quadro 11 - Operações Urbanas em BH entre 1996-2018.....	131
Quadro 12 - Operações Urbanas Simplificadas criadas em lei desde 2010	134
Quadro 13 - Operações Urbanas Simplificadas em trâmite	135
Quadro 14 - Comparação entre PPP e OUC.....	152

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 - Abordagens da OUC pela doutrina	50
---	----

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CDURP. Companhia de Desenvolvimento Urbano da Região do Porto do Rio de Janeiro

CEPAC. Certificado de Potencial Adicional de Construção

CF/88 Constituição Federal de 1988

CVM. Comissão de Valores Mobiliários

EIV. Estudo de Impacto de Vizinhança

GPU. Grande Projeto Urbano

ITBI. Imposto de Transmissão de Bens Móveis

IPTU. Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana

NUJUP. Núcleo Jurídico de Políticas Públicas

OOAU. Outorga Onerosa de Alteração de Uso

OODC. Outorga Onerosa de Direito de Construir

OUC. Operação Urbana Consorciada

PBH. Prefeitura de Belo Horizonte

PEUC. Parcelamento, Edificação e Utilização Compulsórios

PPGD. Programa de Pós-Graduação em Direito

PPP. Parceria Público-Privada

PUC Minas. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

RE. Recurso Extraordinário

SPUrbanismo. São Paulo Urbanismo

STF. Supremo Tribunal Federal

TDC. Transferência do Direito de Construir

ZEIS. Zonas Especiais de Interesse Social

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	25
2 OUC ENTRE SIGNIFICADOS JURÍDICOS E URBANÍSTICOS	31
2.1 O significado urbanístico da OUC a partir de seu desenho normativo.....	32
2.1.1 <i>Entre o planejamento e as funções sociais da cidade e da propriedade.....</i>	<i>41</i>
2.2 OUC apropriada pela doutrina.....	49
2.3 Direito urbanístico: eficiência e inefetividade.....	52
2.4 Direito à cidade?	67
3 TENDÊNCIAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO E A OUC.....	79
3.1 Direito administrativo procedimentalizado	81
3.2 Direito administrativo e empresarial.....	87
3.3 Globalização!.....	95
3.4 Tendências em síntese crítica	101
3.5 OUC é tendência?	105
4 OUC VIVE?	109
4.1 A OUC na sopa de letrinhas	109
4.2 A OUC em prática: casos emblemáticos selecionados	113
4.2.1 <i>São Paulo: pioneirismo bandeirante no estandarte do simulacro.....</i>	<i>114</i>
4.2.1.1 Operação Urbana Centro	115
4.2.1.2 Operação Urbana Consorciada Faria Lima	117
4.2.1.3 Operação Urbana Consorciada Água Branca	120
4.2.1.4 Operação Urbana Consorciada Água Espraiada	122
4.2.2 <i>Rio de Janeiro: PPP para OUC e vice-versa</i>	<i>124</i>
4.2.3 <i>Curitiba: linha verde?</i>	<i>128</i>
4.2.4 <i>Belo Horizonte: para que consorciar se pode simplificar?</i>	<i>130</i>
4.3 A OUC na lupa.....	137
4.3.1 <i>Processualidade ou Procedimentalidade</i>	<i>137</i>
4.3.2 <i>Empresariamento e fórmula da PPP</i>	<i>139</i>
4.3.3 <i>Financeirização e internacionalização: solo criado e flutuante</i>	<i>141</i>
5 A CIDADE ENCRIPTA: TESES SOBRE A OUC E O DIREITO À CIDADE	145
5.1 Tese 1: A cidade encriptada pelo simulacro do direito à cidade.....	145
5.2 Tese 2: OUC como PPP para a privatização do planejamento urbano.....	151
5.3 Tese 3: O direito de construir como nova manifestação do direito de propriedade em sua forma mercadoria	157
5.4 Tese 4: O direito à cidade como possibilidade de vaporização de poder	161
6 CONCLUSÃO.....	167
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	174

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa apresentada foi financiada pela CAPES e insere-se dentro dos esforços de pesquisa produzidos pelo mestrando como pesquisador-extensionista do Núcleo Jurídico de Políticas Públicas do Programa de Pós-Graduação em Direito *stricto sensu* da PUC Minas – NUJUP/PPGD-PUC Minas. O trabalho é desdobramento da linha “Observatório da Administração Pública”, uma das atuais linhas de pesquisa do NUJUP, sendo articulado dentro desta com diversas outras pesquisas relacionadas ao direito público sobre as quais interagem interdisciplinarmente pesquisadores oriundos da graduação, pós-graduação *lato sensu* e *stricto sensu*. O autor deste trabalho, por exemplo, compõe o NUJUP desde o início de sua graduação em Direito (meados de 2011).

A dissertação de mestrado apresentada, “*As Operações Urbanas Consorciadas em simulacro na cidade encriptada: do instrumento de política urbana à cópia icônica da cidade produto?*”, tem como tema estrutural o uso da instrumentalidade jurídica como meio para neutralizar significados. Neste trabalho, defenderei que o direito, por meio da encriptação de poder, neutraliza os significados urbanísticos, representados pelas funções sociais da cidade e da propriedade, em favor de outros significados que conferem força simbólica à OUC, pois, em vez de instrumento de política urbana, a OUC se converte em modalidade de contrato administrativo na espécie de Parceria Público-Privada.

O olhar oferecido decorre da minha trajetória profissional há mais de dez anos, enquanto bacharel em direito e geografia, que acumula diversas experiências no campo do planejamento urbano¹, sobre a qual tive a oportunidade de aproveitar uma visão transdisciplinar sobre a efetividade das políticas urbanas pelas Administrações Públicas municipais. Destaco, oportunamente, que é sobre essa visão transdisciplinar que surgiram as inquietações oriundas do quadro de inefetividade² das políticas urbanas brasileiras.

O planejamento urbano, nos últimos quarenta anos, impulsionado pelo Movimento Nacional pela Reforma Urbana, criou e testou diversos modelos de políticas públicas nas

¹ Durante a experiência profissional, me envolvi em diversas pesquisas e projetos públicos ou privados. No campo privado, atuei como consultor para a elaboração de projetos de planejamento territorial. Na seara pública, fui técnico em planejamento urbano-ambiental da Gerência de Legislação Urbanística da Secretaria Municipal Adjunta de Planejamento Urbano da Prefeitura de Belo Horizonte. No campo acadêmico, me inseri em projetos de pesquisa e consultoria técnica, como o Macrozoneamento da Região Metropolitana de Belo Horizonte (RMBH) e a revisão de 11 planos diretores de municípios da RMBH.

² Os termos efetividade, inefetividade, eficácia e eficiência serão amplamente utilizados neste texto. No próximo capítulo, seus significados serão apresentados. Contudo, apenas para ilustrar imediatamente, explico que considero inefetivas as legislações sobre as quais não é possível reconhecer a concretização de seu programa normativo em termos materiais.

áreas urbanas brasileiras. Em geral, todas as apostas de políticas urbanas tiveram como pressuposto essencial a necessidade de criação de novos elementos jurídicos por meio de novos marcos normativos. Não à toa o país assistiu entre os anos de 1990 a 2010 a disseminação explosiva de legislação urbanística, especialmente as federais e municipais.

A produção normativa intensa e extensa na seara urbanística teve seu ápice em termos estruturantes com a promulgação da Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001 – Estatuto da Cidade – que regulamentou os arts. 182 e 183 da Constituição Federal de 1988 e, dentre vários aspectos importantes, criou em âmbito nacional os instrumentos básicos de políticas urbanas, sendo um deles a Operação Urbana Consorciada – OUC.

Prevista entre o art. 32 ao 34-A do Estatuto da Cidade, a OUC pode ser definida como instrumento de política urbana em parceria com o setor privado que financia investimentos, enquanto publica e democraticamente negociam-se as inovações territoriais de forma flexível (tendo em vista a disponibilidade de reorganizar, conforme necessário, todos os elementos presentes na ordem jurídica urbanística dos Municípios). Assim, a OUC parece reunir soluções aos principais problemas burocrático-administrativos imaginados à Administração Pública, como falta de flexibilidade operacional, ausência de transparência ou falta de recursos financeiros para investimentos necessários em infraestrutura urbana pelo Poder Público.

Contudo, apesar das oportunidades enquanto instrumento de política urbana que a OUC oferece, sua aplicação (e demais instrumentos de políticas urbanas, que tratarei nesta dissertação para discutir o quadro de inefetividade) nos leva a perceber que os efeitos pretendidos e permitidos de acordo com suas disposições legais não estão sendo alcançados, pelo contrário, as evidências apontam para um paradoxo: a aplicação da OUC (e demais instrumentos) geram cidades imediatamente opostas aos princípios e objetivos dispostos no art. 2º do Estatuto da Cidade, os quais, inclusive, estariam diretamente relacionados à ideia de direito à cidade, promovida e aguardada pela Declaração de Quito³.

As contradições sobre a aplicação da OUC, que revelam sua captura ou única modulação, como instrumento de mercado, desconsiderando seu potencial plural como política urbana, me fizeram elaborar, portanto, o seguinte **problema**: a Operação Urbana Consorciada pode ser identificada como instrumento de política urbana para a realização das funções sociais da cidade, conforme determinam os arts. 2º, 32, 33, 34 e 34-A do Estatuto da Cidade, ou a instrumentalidade encriptadora realizada pelo direito neutralizaria a realização

³ O documento em questão é resultado da III ONU-Habitat ocorrida em Quito, Equador, na qual elegeu-se o direito à cidade como pressuposto para orientar quaisquer políticas públicas em áreas urbanas.

da pluralidade de suas finalidades, confirmando-a exclusivamente como instrumento de financiamento privado?

O questionamento gerou como hipóteses: **(i)** a Operação Urbana Consorciada privatiza a função pública de planejamento urbano, porque em termos práticos se torna modalidade de contratação tipo Parceria Público-Privada, servindo como instrumento de financiamento privado, em virtude da neutralização do poder político – na acepção de capacidade de criar significados – realizada pela encriptação de poder pelo direito, que se apropria da linguagem como instrumento de poder, determinando, exclusivamente pela negação da diferença, quais significados devem ser privilegiados; **(ii)** a financeirização do solo urbano requalifica a relação entre os significados de direito de propriedade e direito de construir, transformando a dimensão pública do direito de construir em simulacro, enquanto o ressignifica exclusivamente pela perspectiva da propriedade privada enquanto mercadoria; **(iii)** tendo em vista a centralidade do direito na formação das áreas urbanas brasileiras, a encriptação de poder realizada pelo direito usa o simulacro do direito à cidade para produzir a cidade encriptada, que existe no plano ideal em oposição aquela do plano real; **(iv)** a desencriptação do direito à cidade permite a abertura para a vaporização de poder na cidade encriptada, pela recuperação da pluralidade de significados disponíveis nas áreas urbanas.

Metodologicamente, no exercício de pesquisa e elaboração das teses indicadas, esta dissertação articulou a pesquisa bibliográfica com o levantamento de dados secundários e a produção de dados primários. Os dados secundários, basicamente, consistem nas análises sobre a aplicação das políticas urbanas, especialmente a OUC, que permitem pressionar a efetividade destas. Os dados primários resultam da pesquisa bibliográfica oriunda da verificação do tratamento conferido pela doutrina jurídica sobre a OUC, assim como levantamento jurisprudencial, que teria como objetivo revelar como o direito, enquanto poder, emoldura as possibilidades de significação da OUC e o direito à cidade.

Cabe destacar outras três opções metodológicas deste trabalho. A primeira corresponde à escolha de redigir o texto em primeira pessoa. Essa escolha decorre imediatamente da opção do autor, derivada das contribuições e instigantes discussões realizadas em pesquisas com o NUJUP, sobre o caráter autoral dos textos produzidos e defendidos, oriunda de uma concepção ética na qual cobra-se responsabilidade e solidariedade sobre as ideias trabalhadas e defendidas.

A segunda opção corresponde à disposição dos textos normativos. Tendo em vista que os textos legais são públicos e de fácil acesso, para evitar a poluição estética desta dissertação

com várias citações diretas (e longas, pois poderiam ocupar páginas inteiras), optei por não as inserir no corpo do texto⁴.

A terceira opção consiste no tratamento conferido ao marco teórico. Tradicionalmente, os marcos teóricos costumam ser apresentados de modo segmentado. Todavia, tendo em vista a abordagem transdisciplinar, que confronta a idealidade imputativa do direito (dever-ser) com a causalidade imediata do planejamento urbano (ser), optei (arriscadamente) por elaborar o marco teórico de forma difusa em todo o texto. Assim, não como tentativa de resumi-lo, mas apenas apresentá-lo, para que os leitores acessem mais adequadamente as ideias trabalhadas neste texto, informo que o marco teórico fundamental, inclusive como sustentação das hipóteses dispostas, consiste na teoria da encriptação de poder pelo direito, elaborada pelo colombiano Ricardo Sanín-Restrepo⁵.

A teoria da encriptação de poder, apenas como brevíssima apresentação, explora duas características fundamentais, porém ocultas, no Estado de Direito. Precisamente, destaco que tal teoria percebe o direito como exercício de poder que instrumentaliza a linguagem para orientar ou dominar decisões políticas de forma ocultada, sendo que essa instrumentalização se dá em virtude da forma jurídica do Estado de Direito. Assim, o direito seria conformado por simulacros, dos quais as formas jurídicas serviriam para promover movimentos favoráveis aos conteúdos ou interesses ocultados, enquanto segmentos sociais, conformados pela institucionalidade política determinada pelo direito, teriam dele apenas movimentos quantitativos, porém não qualitativos. Explorarei ao longo do texto essas questões.

Preliminarmente, com base na teoria da encriptação, apenas aponto que as inefetividades das políticas urbanas ocorreriam em decorrência de dois elementos do Estado de Direito. O primeiro elemento que caracterizaria e definiria essa forma jurídica seria o princípio da imputação que fundamenta e determina o direito.

⁴ Durante a avaliação desta dissertação, a banca questionou sobre a ausência dos textos legais. De modo pertinente, relacionou a ausência deles ao marco teórico, apontando que a supressão contribuiria para o desconhecimento do texto legal e, portanto, a manutenção do privilégio dos “expertos” em dominar os significados sobre os mesmos. Contudo, em que pese a boa observação sobre a presença do texto legal e sua relação com os jogos de linguagem que sustentam a teoria da encriptação, o problema estético sobre o texto da dissertação permanece. Ademais, as legislações citadas são de fácil acesso e podem ser conferidas imediatamente.

⁵ A banca, por meio da profa. Denise Morado Nascimento, apontou que a teoria utilizada como marco teórico é extremamente complexa, especialmente para aqueles que não a conhecem, assim, sugeriu que de modo introdutório, o marco teórico fosse condensado em termos mínimos (apresentação geral). Apesar de concordar com a complexidade da teoria, assim como considerar a possível incompreensão ao leitor que a desconhece, preferi manter o texto em sua organização original, tendo em vista a opção metodológica de combinar articuladamente o marco teórico na complexidade exigida conforme as questões que estão sendo abordadas; compreendendo que explicações introdutórias além das que foram oferecidas durante as aberturas de capítulos e esta própria introdução, poderiam contaminar a estrutura do texto com o que foi evitado: a rigidez na utilização do marco teórico que acabaria por simplifica-lo à explicação segmentada.

O segundo elemento que alimenta e realiza o “toque de Midas” em simulacro pelo direito seria sua transcendentalidade inerente, que impõe às decisões no e do Estado de Direito. Esse elemento consiste na conformação das subjetividades/coletividades pelo direito, pois ao delinear e trancar as possibilidades de significação de conteúdos pela linguagem jurídica, o direito subordina todos os significados (re)criados por si mesmo. Logo, a transcendentalidade vincula-se à autorreferencialidade do direito – esta que exige, para que a institucionalidade se mova, por exemplo a Administração Pública, que toda e qualquer ação esteja enquadrada ou emoldurada por suas atribuições. Assim, a despeito de qualquer conteúdo, os significados – logo, amplitude para sua realização – estão previamente determinados por uma elite jurídica, aliás, tecnicamente, nos referimos a isso como “segurança jurídica”.

Portanto, a partir da ideia de encriptação de poder pelo direito, que se manifestaria em simulacros do direito, me parece adequado recuperar a insistência do campo jurídico em tentar produzir as mesmas respostas aos mesmos problemas, nos jogando, inevitavelmente, num cenário de “inércia em movimento”.

Para explorar o tema desta dissertação nos termos dispostos acima, organizei o texto em quatro capítulos que procuram de forma fluída e difusa discutir o problema e hipóteses levantadas.

O segundo capítulo é intitulado “*OUC entre os significados jurídicos e urbanísticos*”, tendo por objetivo apresentar normativamente a Operação Urbana Consorciada e como ela se relaciona juridicamente com os demais marcos normativos, que, conforme a encriptação de poder, sobredeterminam significados, conformando textos normativos em simulacros. Neste capítulo, procuro discutir como os textos normativos, fonte de expectativa para o planejamento urbano, são requalificados pela linguagem jurídica para realizar interesses dos atores privilegiados em determinar os significados possíveis, por exemplo, como o Código Civil se sobrepõe ao Estatuto da Cidade. A primeira aproximação crítica a partir da teoria da encriptação também explorará a construção do significado jurídico de direito à cidade, para percebê-lo como simulacro.

O terceiro capítulo intitulado “*Tendências do Direito Administrativo: influências sobre a OUC*”, apresentará de forma mais profunda e técnica como novos elementos que compõem o direito administrativo se anunciam no campo jurídico e se hegemonizam, dando ainda maiores evidências “físicas” sobre como o direito articula a linguagem, manipulando por exercício autoritário da exclusividade em definir os significados possíveis de serem utilizados no cotidiano da formulação e execução de políticas públicas.

O quarto capítulo intitulado “*OUC vive?*” apresentarei o objeto específico de estudo analisado em perspectiva prática. Ou seja, procurarei debater como a OUC vem sendo realizada no país e como diversos de suas características se relacionam ou demonstram simulacros jurídicos, sendo fundamental como ponte para relacionar os conteúdos discutidos no primeiro e segundo capítulo. Esse momento será importante, porque, a partir da apresentação da OUC, as suas características nos darão de forma mais madura as evidências sobre onde ou como se manifestam simulacros em aplicação e como o direito, por meio de sua instrumentalidade técnica, utiliza esses simulacros para encriptar poder por meio do privilégio de domínio exclusivo da linguagem que exerce poder.

Próximo do fim, ao quinto capítulo intitulado “*A cidade encriptada: teses sobre a OUC e o direito à cidade*”, ampliarei as discussões realizadas em toda a dissertação para elaborar as respostas dispostas pelas hipóteses pensadas durante todo o percurso da pesquisa. Será o momento mais vertical do texto, no qual os marcos teóricos apresentados, analisados e dispostos em todo ele servirão para além da crítica, oferecendo oportunidades de reflexão a respeito das limitações ou possibilidades sobre e do direito no âmbito da efetividade de políticas públicas. Portanto, aponto que esse capítulo será o mais importante da dissertação, pois será sobre ele que lançarei as principais perspectivas críticas desta dissertação.

Ao fim, a *Conclusão*, servirá para a síntese crítica de todas as questões realizadas no trabalho, assim como a apresentação das oportunidades disponibilizadas pelo percurso de dois anos da pesquisa apresentada e levada à avaliação.

Encerradas as considerações iniciais, passamos ao desenvolvimento da pesquisa em texto.

2 OUC ENTRE SIGNIFICADOS JURÍDICOS E URBANÍSTICOS

O capítulo iniciado tem por objetivo apresentar criticamente a Operação Urbana Consorciada (OUC). Compõe a proposta deste trabalho a ideia, a partir da encriptação de poder pelo direito, que o significado da OUC como instrumento de política urbana – conforme disposto em seu contexto jurídico-urbanístico – é neutralizado pela técnica jurídica ao ser aplicado, se realizando apenas como modalidade de contrato administrativo do tipo Parceria Público-Privada (PPP).

Para examinar a Operação Urbana Consorciada de modo que possamos verificar sua inefetividade e as bases do simulacro em virtude de sua dimensão simbólica, apresentarei neste capítulo os significados da OUC no campo do direito urbanístico, assim como a influência de outros textos normativos ou fontes do direito nesta sua significação.

Neste sentido, o exame da doutrina e jurisprudência serão pertinentes para apontar de modo introdutório e elementar como a Operação Urbana Consorciada se converte em simulacro pela sobredeterminação de significados externos à ordem urbanística que impedem sua efetividade.

Ao longo do capítulo, aproveitarei para explorar e expor outros exemplos de inefetividade da legislação urbanística vinculadas ao exercício da função social da propriedade (art. 5º, XXIII, art. 170 e 182 da Constituição Federal de 1988) e funções sociais da cidade (art. 2º da Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001 – Estatuto da Cidade), pois são estes os institutos jurídicos neutralizados pela tecnicidade do direito, quando me refiro ao significado da Operação Urbana Consorciada como instrumento de política urbana.

Os exemplos serão importantes para explorarmos fundamentos teóricos essenciais a esta proposta de pesquisa e olhar: a inefetividade do direito pelos simulacros oriunda da força simbólica determinada pela tecnicidade jurídica que encripta poder pela capacidade de impor significados exclusivos.

Destaco que entre os exemplos abordarei separadamente o “direito à cidade” em reconhecimento ao protagonismo atual ao qual o termo em questão vem sendo sustentado nos debates internacionais no campo do direito urbanístico e do planejamento urbano. A reclamação pelo reconhecimento de sua institucionalização serviria de ilustração adequada para desvelarmos como o direito condiciona conteúdo/significado para utilizá-los de modo simbólico e, portanto, neutralizá-los.

Ademais, conforme já disposto na Introdução deste trabalho, reitero a proposta metodológica desta dissertação, baseada na transdisciplinaridade, em usar de modo difuso o marco teórico ao longo da discussão oferecida.

2.1 O significado urbanístico da OUC a partir de seu desenho normativo

A Operação Urbana Consorciada é instrumento de política urbana oriundo da Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001 – Estatuto da Cidade. Prevista entre o art. 32 ao 34-A, inicialmente, é possível compreender este instrumento jurídico-político, enquanto processo administrativo⁶ (SUNDFELD, 2013), com a finalidade de promover as funções sociais da cidade e função social da propriedade articuladas pela atividade de planejamento, por meio de alternativas negociais relacionadas à flexibilização da legislação urbanística local e formas de financiamento (PRESTES, 2009).

Brevemente, recupero que como modelo negocial, sobre o qual o Poder Público negocia contrapartidas com os setores não governamentais ou privados, para a realização de inovações territoriais que demandem de flexibilização da legislação urbanística existiam antes do Estatuto da Cidade, sendo encontradas em vários outros Municípios, a título de exemplo recorde São Paulo e Belo Horizonte.

No Município de São Paulo, formas análogas às operações urbanas são utilizadas desde a década de 1980, inicialmente com a noção de operação interligada, superada pelo modelo de operação urbana, na qual o Município criava regras de flexibilização da legislação urbanística para o fomento de determinados usos e ocupações do solo nas referidas áreas, mas sem ser sobre a modalidade de financiamento conforme o modelo atual previsto no Estatuto da Cidade (SILVA, 2010). Aliás, cabe lembrar que todas as Operações Urbanas Consorciadas

⁶ Explico rapidamente a dimensão processual e procedimental da OUC, no intuito de facilitar a compreensão do termo para outras áreas que possam se interessar por este trabalho. Nesta dissertação defendo que a OUC é um instrumento de política urbana relacionado às tendências do direito administrativo, sobre as quais, destaca-se a procedimentalização. Simplificadamente a procedimentalização corresponde aos modelos legais que determinam a ação da Administração Pública, mediadas pelo contraditório e ampla defesa. Na OUC, introdutoriamente, os procedimentos essenciais são aqueles prescritos em seu modelo legal nos arts. 32, 33 e 34 do Estatuto da Cidade, especialmente o art. 33 (definição da área a ser atingida; programa básico de ocupação da área; programa de atendimento econômico e social para a população diretamente afetada pela operação; Finalidades da operação; estudo prévio de impacto de vizinhança; contrapartida a ser exigida; forma de controle da operação; natureza dos incentivos a serem concedidos). O caráter processual, também exigência legal do Estatuto da Cidade nos artigos supramencionados, relaciona-se a obrigatoriedade de participação e controle popular na formulação da OUC. Esta nota surgiu da sugestão da banca em apresentar esclarecimento sobre quais seriam os procedimentos da OUC, especialmente para aqueles que não dominam a linguagem jurídica.

atuais de São Paulo, já existiam sob a forma de operações urbanas conforme a legislação anterior ao Estatuto da Cidade, sendo todas adequadas aos poucos⁷.

Outro exemplo, é o Município de Belo Horizonte, no qual durante a década de 1990 até a adequação da legislação urbanística ao Estatuto da Cidade, por meio da Lei Municipal nº 9.959/2010, que alterou o Plano Diretor, conviveu, como explica Cota (2010), com um tipo de operação urbana, sobre a qual, a partir de caráter consensual, empreendedores negociavam com o Poder Público alterações urbanísticas vinculadas à flexibilização da legislação urbanística. As demandas dos empreendedores eram negociadas em contrapartidas exigidas pelo Poder Público – assim, diferentemente do caso paulistano que preferiu transação pecuniária pela negociação de potencial construtivo – em Belo Horizonte, os empreendedores transacionavam contrapartidas conforme obrigações de fazer, assumindo a responsabilidade de realizar investimentos em infraestrutura do interesse do Poder Público municipal⁸ (COTA, 2010).

Assim, a Operação Urbana Consorciada, conforme supramencionado, passa a existir com o Estatuto da Cidade, Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001. A referida lei regulamentou a ordem urbanística disposta no texto constitucional (arts. 182 e 183 da CF/88), estabelecendo as finalidades da política urbana (a promoção das funções sociais da cidade, dispostas no art. 2º do Estatuto da Cidade) e os meios para alcançar estes fins, delineando instrumentos de planejamento e política urbana⁹.

O instrumento de planejamento seria a regulamentação da forma jurídica do Plano Diretor, definindo seu conteúdo mínimo, inclusive a previsão dos instrumentos de política urbana obrigatórios, conforme dispôs o art. 42 da referida Lei (BRASIL, 2001), a saber: Parcelamento, Edificação e Utilização Compulsórios (arts. 5º a 8º); Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (art. 7º); Transferência do Direito de Construir; Outorga Onerosa do Direito de Construir (art. 28 a 31); Outorga Onerosa de Alteração de Uso (art. 29) e Operação Urbana Consorciada (arts. 32 a 34-A).

⁷ No capítulo “OUC vive?”, abordarei a evolução das operações urbanas em São Paulo. Inicialmente, aponto que das quatro operações vigentes, apenas uma (OU Centro) ainda não se adequou às formas do Estatuto da Cidade. Contudo, o Plano Diretor Estratégico de São Paulo, aprovado em 2014, já dispôs no §2º, art. 382 (Lei Municipal nº 16.050, de 31 de julho de 2014) a obrigatoriedade de adequação à referida lei federal.

⁸ O modelo belorizontino será discutido no capítulo “OUC vive?” (item 4.1.4), precipuamente indico que a modalidade anterior ou “diferente” ao Estatuto da Cidade ainda existe na ordem urbanística municipal. A adequação da legislação urbanística da capital mineira, tratou da Operação Urbana enquanto gênero, prevendo duas espécies: as operações urbanas consorciadas – idênticas ao disposto no Estatuto da Cidade; e as operações urbanas simplificadas, que consistem na preservação do modelo anterior e descrito neste texto.

⁹ A relação entre a função social da propriedade, as funções sociais da cidade e a função planejamento na significação urbanística da OUC, será examinada no próximo item (2.1.1).

Os instrumentos de política urbana, seriam os procedimentos administrativos responsáveis pela realização das políticas (BUCCI, 2013). A Operação Urbana Consorciada é um destes instrumentos, definida inicialmente no art. 32 do Estatuto da Cidade que qualifica a OUC como instrumento de política urbana **criado por lei baseada no Plano Diretor**, no qual é conferido ao Poder Público a oportunidade de negociar com a sociedade em termos genéricos como disposto no §1º (moradores, usuários, proprietários e investidores privados), com a finalidade, conforme aponta Montandon, de gerar requalificação territorial por meio de investimentos nas áreas urbanas orientadas para renovação espacial¹⁰ (MONTANDON, 2009).

Tendo em vista que a OUC é uma ferramenta jurídico-política essencialmente negocial, o §2º do art. 32 da referida Lei (BRASIL, 2001), sugere quais aspectos da ordem urbanística poderiam ser transacionados com os interessados privados. Em síntese estes aspectos correspondem às regulações típicas da legislação urbanística como parâmetros urbanísticos, regras de posturas, obras entre outros.

Em seguida, o Estatuto da Cidade amplia o contorno regulatório sobre a aplicação da OUC ao prever, no art. 33 (BRASIL, 2001), os requisitos obrigatórios para a lei específica que a cria. As disposições previstas, conforme aponta Sundfeld, a caracteriza ou determina enquanto processo administrativo (SUNDFELD, 2013).

Dos requisitos previstos entre os incisos do art. 33 supracitado, destaco preliminarmente o inciso “vi”¹¹, que torna obrigatória a necessidade de contrapartida pelos interessados em explorar a OUC. O dispositivo torna razoável e necessário afirmar que a OUC seria inevitavelmente uma **transação onerosa às partes**, especialmente ao setor privado qualificado como investidor (BRASIL, 2001).

Contudo, o principal diferencial da OUC para outras formas de relação negocial entre o setor público e setor privado se dá pela forma que o Poder Público pode captar os recursos financeiros necessários para viabilizar o programa de investimentos relacionados às funções sociais da cidade e a função social da propriedade que legitimam o seu uso. Me refiro ao art. 34 do Estatuto da Cidade que criou o Certificado Adicional de Potencial Construtivo (CEPAC).

¹⁰ Art. 32. (...) § 1º Considera-se operação urbana consorciada o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental. (BRASIL, 2001)

¹¹ Art. 33. Da lei específica que aprovar a operação urbana consorciada constará o plano de operação urbana consorciada, contendo, no mínimo: (...) VI - **contrapartida** a ser exigida dos proprietários, usuários permanentes e investidores privados em função da utilização dos benefícios previstos nos incisos I, II e III do § 2º do art. 32 desta Lei; (BRASIL, 2001)

O dispositivo supracitado deu origem a uma das maiores polêmicas que envolvem a OUC: a financeirização do solo urbano, por meio do solo criado negociado no mercado financeiro (SANTORO, UNGARETTI e MENDONÇA, 2018).

O Certificado de Potencial Adicional de Construção (CEPACs), é a forma financeirizada do solo criado, sua natureza jurídica, como aponta Levin, consiste em título mobiliário, sendo, portanto, um ativo mobiliário negociável livremente no mercado financeiro (LEVIN, 2015). Aliás, para Pinto (por motivos que ficarão claros adiante), a flexibilidade de sua maneira de negociação, consistiria em sua vantagem para a captação de recursos de modo a garantir a sustentabilidade financeira da realização da Operação Urbana Consorciada (PINTO, 2014).

Todavia, antes de compreendermos as repercussões aparentes em termos de técnica jurídica acerca do CEPAC, cabe apresentar a natureza jurídica do **solo criado**. A origem do solo criado, remete ao direito de construir, porque em termos sintéticos, o solo criado é a capacidade de exercer de forma excedente, conforme regras urbanísticas, o direito de construir acima do permitido pelo coeficiente de aproveitamento determinado (SILVA, 2010).

Simplificadamente, o solo criado é o potencial construtivo adicional ao previsto pelas regras urbanísticas locais definidas pelo coeficiente de aproveitamento, adquirido onerosamente pelo empreendedor/proprietário junto ao Poder Público. Cada um dos instrumentos de política urbana destacados (e obrigatórios) dispõem do solo criado de forma diferente. Por exemplo, a Outorga Onerosa do Direito de Construir (OODC) permite que o Poder Público negocie o solo criado, ou seja, a possibilidade de edificação acima do coeficiente de aproveitamento, por meio de leilões ou transações diretas com o Poder Público, no qual a oferta pode ser ou não condicionada a determinada área ou finalidade. A Transferência do Direito de Construir (TDC), por sua vez, é uma espécie de compensação que o Poder Público oferece ao proprietário pela perda de potencial construtivo em virtude da realização de alguma política urbana sobre a área na qual se localiza o imóvel, como exemplo, existem os casos de imóveis tombados, que para promover a preservação das edificações – tendo em vista que muitos se localizam em áreas de interesse econômico ao mercado imobiliário – assim, é conferido ao proprietário uma espécie de título contendo o potencial construtivo correspondente ao imóvel se este não fosse tombado; desse modo, o proprietário pode comercializar o potencial construtivo com terceiro para que este o utilize em outro imóvel (desde que atenda demais regras urbanísticas).

Em continuidade, indico a natureza privada do direito de construir, uma vez que, de acordo com o Código Civil, consiste em direito de vizinhança, sobre o qual concretiza as

faculdades de uso e gozo do direito de propriedade. Contudo, apesar de sua origem privada, pode ser, conforme aponta Pinto, de propriedade pública ou privada (PINTO, 2014).

O impacto do solo criado sobre o direito de construir e, conseqüentemente, o direito de propriedade, se dá, pela dimensão (e titularidade) pública conferida ao direito de construir, no âmbito daquele instituto. Saliento, que uma das principais repercussões do Estatuto da Cidade sobre a relação entre direito público e direito privado se dá justamente pela figura do solo criado, que conforme aponta Fernandes, teria gerado ou permitido a separação definitiva entre o direito de construir (enquanto ônus ou responsabilidade) e o direito de propriedade (FERNANDES, 2006).

Entretanto, a despeito da natureza pública que pressupõe o significado urbanístico do solo criado, cabe recuperar a discussão a respeito dele realizada no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) do **Recurso Extraordinário nº 387.047/SC** (BRASIL, 2008). O caso em questão se concentrou sobre a constitucionalidade do solo criado, tendo em vista, conforme arguiu o requerente, que este teria caráter de tributo, configurando bitributação, tendo em vista que sobre a propriedade imobiliária urbana já se cobrava o IPTU.

O STF reconheceu a constitucionalidade do solo criado, assim como seu caráter público, sendo diretamente relacionado ao desenvolvimento da política urbana, para a concretização das funções sociais da cidade, conforme expressa a ementa do julgamento¹².

Durante as discussões, a despeito do voto do Ministro-Relator Eros Grau, cumpre expor os argumentos dos ministros que acompanharam o Ministro-Relator, que o fizeram por compreensões diversas. Inicialmente, destaco o Ministro Enrique Ricardo Lewandowski, que defendeu a legitimidade do Poder Público em exigir a cobrança de outorga por considera-la indenização:

¹² EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LEI N. 3.338/89 DO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS/SC. SOLO CRIADO. NÃO CONFIGURAÇÃO COMO TRIBUTO. OUTORGA ONEROSA DO DIREITO DE CRIAR SOLO. DISTINÇÃO ENTRE ÔNUS, DEVER E OBRIGAÇÃO. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. ARTIGOS 182 E 170, III DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. SOLO CRIADO. Solo criado é o solo artificialmente criado pelo homem [sobre ou sob o solo natural], resultado da construção praticada em volume superior ao permitido nos limites de um coeficiente único de aproveitamento. 2. OUTORGA ONEROSA DO DIREITO DE CRIAR SOLO. PRESTAÇÃO DE DAR CUJA SATISFAÇÃO AFASTA OBSTÁCULO AO EXERCÍCIO, POR QUEM A PRESTA, DE DETERMINADA FACULDADE. ATO NECESSÁRIO. ÔNUS. Não há, na hipótese, obrigação. Não se trata de tributo. Não se trata de imposto. Faculdade atribuível ao proprietário de imóvel, mercê da qual se lhe permite o exercício do direito de construir acima do coeficiente único de aproveitamento adotado em determinada área, desde que satisfeita prestação de dar que consubstancia ônus. Onde não há obrigação não pode haver tributo. Distinção entre ônus, dever e obrigação e entre ato devido e ato necessário. 3. ÔNUS DO PROPRIETÁRIO DE IMÓVEL URBANO. Instrumento próprio à política de desenvolvimento urbano, cuja execução incumbe ao Poder Público municipal, nos termos do disposto no artigo 182 da Constituição do Brasil. Instrumento voltado à correção de distorções que o crescimento urbano desordenado acarreta, à promoção do pleno desenvolvimento das funções da cidade e a dar concreção ao princípio da função social da propriedade [art. 170, III da CB]. 4. Recurso extraordinário conhecido, mas não provido.

É que se trata de uma **espécie de indenização que se faz ao Poder Público**. Porque, à medida que se eleva uma edificação, evidentemente o Poder Público tem maior **ônus** no que tange à infraestrutura de seu entorno. É preciso criar mais canalização de água, de esgoto, transporte coletivo etc. Evidentemente, existiria um locupletamento indevido do particular se não houvesse um ressarcimento do Poder Público em função dos investimentos que ele faz. Esse é o cerne da questão. (BRASIL, 2008)

O segundo voto interessante, que também acompanhou o Ministro-Relator e, portanto, reconheceu a constitucionalidade do solo criado, foi proferido pelo Ministro Cezar Peluso:

Entre nós, **não há essa separação entre direito de propriedade e direito de construir**, mas pura e simplesmente, o condicionamento do poder de construir acima dos limites legais ao cumprimento do ônus de um pagamento à municipalidade, que permitirá a esta investir em infraestrutura urbana naquelas áreas mais carentes de todo esse aparelhamento estatal. Quer dizer, **se não houvesse tal lei**, o particular só poderia construir até certa altura; com essa lei, pode construir além dessa altura, desde que pague o valor estipulado pela prefeitura, com o qual esta fará investimento em outras áreas. (BRASIL, 2008)

O que pretendo apontar são as bases para as ideias desenvolvidas neste trabalho. O Ministro Cezar Peluso, apesar de acompanhar o Ministro-Relator Eros Grau, assim como o Ministro Ricardo Lewandowski, o fez por outro motivo. Neste caso, ainda mais contraditório, pois no voto do Ministro Cezar Peluso, diferentemente do que a ementa sugere e o Estatuto da Cidade teria ocasionado, o referido voto não reconhece a separação entre direito de construir e direito de propriedade.

A discussão jurisprudencial é pertinente neste momento para ilustrar como a encriptação de poder pode ressignificar conteúdos para a promoção de interesses privados ou encapsulados. Pois, mesmo com a definição jurisprudencial, o instituto do direito de construir em sua dimensão pública promovida pelo solo criado tem sido elemento concebido ou funcionalizado em perspectiva patrimonialista, portanto, como derivação do direito civil (privado) no âmbito da propriedade ou enquanto patrimônio disponível para integralização de capital social.

Todavia, antes de propor o exercício teórico deste trabalho em demonstrar graduações de encriptação de poder, explico o CEPAC (instrumento financeiro pelo qual a Administração Pública negocia o solo criado), também em modo operacional e enquanto natureza jurídica.

O CEPAC, em síntese, consiste na possibilidade de comercialização como ativo mobiliário financeiro do potencial construtivo acima do permitido na área da OUC para sua aplicação na área da OUC. Logo, o CEPAC confere a oportunidade de investidores que não

possuam quaisquer relações com as áreas da OUC adquiram em leilão público, normalmente operado em bolsa de valores, solo virtual das áreas urbanas transacionadas em OUC.

Preliminarmente, considero que o solo criado é o potencial construtivo adicional ao previsto pelas regras urbanísticas locais definidas pelo coeficiente de aproveitamento, adquirido onerosamente pelo empreendedor/proprietário junto ao Poder Público. Cada um dos instrumentos de política urbana obrigatórios supramencionados dispõe do solo criado de forma diferente. O que interessa neste ponto, é chamar a atenção para o fundamento da OUC: a possibilidade de levantamento de recursos para a requalificação territorial por meio da comercialização pelo Poder Público de potencial adicional construtivo, simbolizados pelo CEPAC (art. 34 do Estatuto da Cidade).

Em termos ilustrativos o solo criado pela OUC, operacionalizado pelo CEPAC, seria como a abertura de capital de uma empresa de Sociedade Anônima (S.A.). Uma S.A. quando deseja captar recursos em operações mobiliárias, abre o seu capital em leilão em bolsa de valores. As ações vendidas, obviamente, se reverterem para investimentos na própria empresa.

No caso da OUC, quando esta ocorre, para levantar recursos que teriam como objetivo promover os investimentos nas áreas demarcadas, o Poder Público “abre” o potencial construtivo dentro da OUC. Assim, em oferta pública também em bolsa de valores, o Poder Público negocia “ações”, no caso os CEPACs, que permitem aos seus adquirentes alocar em qualquer imóvel dentro da área da OUC, o potencial adicional adquirido – obviamente, este potencial é limitado à adequação sobre outras regras urbanísticas.

Brevemente, é preciso considerarmos os significados que se sobrepõem à legislação urbanística ao considerarmos seus supostos impactos ou pretensões sobre o direito de propriedade e direito de construir.

A relação desenvolvida pela legislação urbanística entre direito de construir e direito de propriedade seria fundamental, por exemplo, para a possibilidade do Poder Público planejar e controlar a densidade em espaços urbanos. Se o Estatuto da Cidade com a devida separação entre direito de propriedade e direito de construir “ganhou vida” em 2001, em 2002 outro marco normativo geral e essencial à ordem jurídica brasileira também surgiu: (Novo) **Código Civil** (Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

A edição de nova legislação civil reconheceu o avanço das novas possibilidades oriundas do suposto protagonismo da função social da propriedade, entretanto o fez conformando-a sobre perspectiva essencialmente civilista. A dimensão pública do solo criado, se tornou, pelo advento do art. 1.228 e 1.299 do Código Civil, não uma figura autônoma e relacionada ao interesse público determinado pelo planejamento urbano disposto no Plano

Diretor, mas configurado sob a perspectiva privada, reforçando sua patrimonialização (PINTO, 2014). O direito de construir – elemento que o solo criado controla nas áreas urbanas – é concebido como direito de vizinhança, logo exercício derivado do direito de propriedade.

A conexão entre direito de propriedade e direito de construir neste trabalho é essencial. O primeiro ponto a ser discutido corresponde à relação entre propriedade e mercadoria. A sociedade de mercado na qual vivemos tem como objetivo absorver e conformar as relações entre todos os seus elementos enquanto na lógica de mercado. A propriedade imobiliária aliás, consiste numa construção jurídica que sobre o Estado de Direito foi, ao longo da evolução dos estatutos jurídicos do sec. XIX e XX se constituindo enquanto mercadoria (POLANYI, 2012).

Assumir a característica de **mercadoria** faz com que as faculdades sobre o direito de propriedade (usar, gozar e dispor) sejam configuradas sobre tal descrição. Em áreas urbanas, o valor de troca de uma propriedade imobiliária, se considerada como mercadoria – e todas são (MASCARO, 2013) – está diretamente relacionado às possibilidades que esta oferece em produzir mais valor de troca, que em termos imobiliários significa: potencial construtivo (HARVEY, 1980).

Outros dois pontos ou ângulos que ampliam as possibilidades de hegemonização do potencial adicional construtivo como CEPAC, sobre perspectiva privada, consiste em sua repercussão prática. O primeiro ponto decorre se considerarmos a proposta de Pinto (2014), portanto a patrimonialização do CEPAC, caso que vem se concretizando, verificaremos no solo criado mediante CEPAC ou Outorga Onerosa do Direito de Construir, o surgimento de uma nova modalidade aquisição originária de propriedade¹³, que do ponto de vista prático, garante ou permite a desobrigação do proprietário com quaisquer vícios presentes, por exemplo, no âmbito da OUC. O segundo, seria as repercussões do direito de construir se determinado enquanto direito de superfície, tendo em vista que o solo criado se concretiza em forma similar ao direito de superfície, enquanto a negociação pelo proprietário, do direito de construir ou uso da superfície pelo superficiário, integrando seu patrimônio, inclusive (BRASIL, 2002).

¹³ Alvo de questionamento da banca, apenas considero o aspecto exploratório da afirmação. Por óbvio, em termos normativos, não é possível considerar o solo criado via CEPAC como modo de aquisição originária, em virtude da organização da ordem jurídica brasileira (caráter “*numerus clausus*” no Código Civil). Todavia, o que se procurou brevemente explorar é, em termos práticos, como, apesar de normativamente não o ser, o potencial do solo criado, via CEPAC, em explorar politicamente significados jurídicos para manipular e controlar a própria atuação da Administração Pública. Afinal, em termos análogos, o detentor de CEPAC se comporta como um proprietário fundiário (porque do solo, mesmo que virtual) e, ao mesmo, tempo credor da Administração Pública. Ademais, por mais que título mobiliário, em termos práticos, a aquisição do CEPAC, confere solo completamente novo sobre o espaço urbano, desvinculando qualquer vício local ou do credor e devedor.

Ainda de forma preliminar, porque abordarei em outros momentos deste texto o que pretendo explorar seria que: o significado urbanístico do solo criado como meio (instrumento) para a realização das funções sociais da cidade, previstas no art. 2º do Estatuto da Cidade, seria neutralizado (SANÍN-RESTREPO, 2017) pela sobreposição das significações oriundas das compreensões civilistas, primeiro enquanto propriedade privada e, em seguida, como mercadoria disposta no mercado (empresarial).

A linha de raciocínio que permite esta conclusão se inicia pela relação patrimonial entre direito de propriedade e direito de construir. A concepção urbanística de separação de ambos, foi reconfigurada pela ligação patrimonial. Logo, o direito de construir integra a propriedade – mesmo que em abstrato, ou se torna propriedade (mobiliária), enquanto título mobiliário¹⁴ ou patrimônio em específico, enquanto forma de capital para integralização de sociedades empresárias. O fundamental de ser extraído da constatação é sua natureza econômica enquanto mercadoria.

Sendo mercadoria, o solo criado (em CEPAC) se comportará como tal. E por que isto permite a encriptação de poder? Porque sendo o elemento de financiamento, seu retorno econômico, responsável pelo equilíbrio financeiro da OUC, depende de seu resultado no mercado – portanto, sua valorização dependerá da valorização que o mercado validar. E a natureza econômica, pressupõe que a relação oferta-demanda valorizará a mercadoria se esta demonstrar possibilidade de lucro.

Em síntese, as finalidades da OUC, antes de se orientarem pelos pressupostos urbanísticos, conforme determinado pelo art. 32 do Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001), se conduzirão pelo comportamento do mercado. Ou seja, o filtro inicial para conduzir e definir quais investimentos em infraestrutura (por exemplo), serão realizados em uma OUC deve, antes de quaisquer decisões definidas por seu Conselho Gestor, demonstrar sua capacidade em ampliar a valorização (i)mobiliária que os investidores demandam.

As conexões apontadas, portanto, indicam como a encriptação de poder se afirma na OUC, pois ela captura desde seu momento de concepção, os interesses encriptados. E por isso, a OUC, do ponto de vista jurídico, poderá ser considerada como legislação simbólica oriunda de encriptação de poder (ARAUJO, 2018), pois sua elaboração serve para sobredeterminar e privilegiar interesses encriptados (no caso de mercado) por meio do simulacro do Interesse Público – que privatizado, serve apenas como representação invocada

¹⁴ Em momentos posteriores examinaremos a natureza jurídica do CEPAC conforme sua concretização. Esclareço, apenas, que a natureza jurídica do CEPAC é título mobiliário, ou seja, ativo financeiro, que se comporta como tal, podendo, portanto, ou ser mercadoria de fato ou patrimônio (para integralizar capital de sociedade empresarial, por exemplo – conforme ocorre em casos de OUC e PPP).

para autorizar a apropriação política a partir da tecnicidade jurídica (SANÍN-RESTREPO, 2016).

Passada esta reflexão a respeito da instrumentalidade jurídica para a neutralização da dimensão urbanística, cabe apresentar qual seria a dimensão urbanística e como, introdutoriamente, seus conteúdos podem ser analisados a partir da encriptação de poder (SANÍN-RESTREPO, 2016)

2.1.1 Entre o planejamento e as funções sociais da cidade e da propriedade

Para Friedmann (1987), o planejamento enquanto ação realizada pelo Estado, consiste em técnica racional orientada para a conclusão de política pública. Bucci, complementarmente, considera que o planejamento em termos institucionais e jurídicos ofereceria ferramentas para a ação coordenada e eficiente da Administração Pública (BUCCI, 2013).

No âmbito do direito urbanístico, a estruturação político-institucional que orientaria as ações da Administração Pública é definida pelo Plano Diretor, conforme determina o art. 182 da CF/88 e o art. 39 do Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001). Aliás, cabe reconhecer que os referidos diplomas legais atribuem ao Plano Diretor toda a centralidade na organização da ordem urbanística e, portanto, organização das políticas urbanas oriundas do Estatuto da Cidade (RECH e RECH, 2010).

Fundamental neste momento que recai sobre o Plano Diretor, como principal característica a definição da função social da propriedade (art. 182 da CF/88). A consideração é importante, porque é sobre a função social da propriedade que todas as políticas públicas urbanas se legitimam, porque são, de certa forma, meios de intervenção pelo Estado na propriedade – conforma aponta (JUSTEN FILHO e JORDÃO, 2011) ao explicar o Parcelamento, Edificação e Utilização Compulsórios.

Exponho a centralidade da função social da propriedade como instituto legitimador da intervenção do Estado na propriedade, pois sem esta figura jurídica a intervenção, como as definições urbanísticas não seriam possíveis. Veja bem, neste ponto, proponho que a legislação urbanística, comumente tratada como limitação administrativa, assim só o pode ser se consideradas as normas edílicas. Instrumentos de política urbana, como a Operação Urbana Consorciada ou a Outorga Onerosa do Direito de Construir, estabelecem imediata intervenção na propriedade, afinal, conforme anteriormente disposto operam na separação e requalificação da relação patrimonial enquanto mercadoria e enquanto elemento da dinâmica urbana os

direitos de propriedade privada e direito de construir. Fernandes e Alfonsin, inclusive, sugerem que os instrumentos de política urbana contidos no Estatuto da Cidade seriam opções menos onerosas ou mais eficientes do Estado intervir na propriedade enquanto fomenta o interesse público (FERNANDES e ALFONSIN, 2009)

O que pretendo é salientar que no campo do direito urbanístico, qualquer intervenção que realize as funções sociais da cidade, está diretamente ligada à função social da propriedade e, conseqüentemente, no campo de significação deste direito, também orientaria o planejamento e a aplicação da Operação Urbana Consorciada. Noto que esta linha é importante, porque apenas será possível compreendermos a neutralização da OUC enquanto instrumento de política urbana, se adentrarmos em quais significados estão sendo neutralizados.

A CF/88 estabelece em seu art. 182 que cabem aos Municípios, por meio da elaboração do Plano Diretor, definir o significado de função social da propriedade (BRASIL, 1988). Contudo, ao conferir esta importância ao Plano Diretor, a CF/88, não o fez esvaziando sua capacidade de determinar significados normativos. Apesar da atribuição de determinação da função social da propriedade ser Municipal, o texto constitucional atribui dimensões para sua significação (PIRES, 2014).

Araujo e Pires, a partir da proposta de desvelar os significados da função social da propriedade, propõem sua concepção pentadimensional. A partir do texto constitucional, consideram que a função social da propriedade se estrutura em termos de significado constitucional em cinco dimensões que se realizam de modo combinado, que seriam as cinco dimensões do referido instituto: (i) social; (ii) econômica; (iii) territorial; (iv) cultural; e (v) ambiental (ARAÚJO e PIRES, 2014).

A (i) dimensão social da propriedade pode ser verificada, por exemplo, no reconhecimento do direito à moradia previsto no art. 6º do texto constitucional (BRASIL, 1988). Afinal, a moradia é uma das funções sociais da cidade estabelecidas pelo Estatuto da Cidade (legislação que determina diretamente a elaboração de Plano Diretor, logo a função social da propriedade, conforme ficará claro em sua análise a seguir).

A (ii) dimensão econômica pode ser compreendida no art. 170 da CF/88, que estabelece a função social da propriedade como elemento da ordem econômica (BRASIL, 1988).

A (iii) dimensão territorial consiste na compreensão que a propriedade tem seu uso, gozo ou disposição orientada por normatização territorial. Portanto, a função social em sua dimensão territorial, vincula a propriedade ao cumprimento de regras sobre seu uso em termos

territoriais. No intuito de resolver a redundância das frases iniciais deste parágrafo, recorro ao exemplo no texto constitucional, pois a dimensão territorial é, exatamente, a conexão imediata entre o exercício do direito de propriedade e as regras impostas por um Plano Diretor, conforme estabelece o supracitado art. 182 da CF/88 (BRASIL, 1988)

A (iv) dimensão cultural diretamente vinculada à dimensão territorial, consiste no reconhecimento que a propriedade se insere em relações culturais que condicionam sua apropriação, sendo ilustração evidente os territórios indígenas ou quilombolas, conforme os dispositivos constitucionais do §1º do art. 216 ou §4º do art. 231.

A (v) dimensão ambiental, também evidentemente relacionada à dimensão territorial, consiste na ligação do direito da propriedade ao direito difuso do meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme previsto no art. 225 da CF/88.

A compreensão sobre a função social da propriedade em perspectiva pentadimensional (ARAÚJO e PIRES, 2014) permite considerar o desenho genérico sobre o qual se sustentam as políticas urbanas, pois a função social da propriedade determinada no Plano Diretor também orientará ou absorverá as funções sociais da cidade, outro elemento constitutivo e orientador do Plano Diretor e, portanto, das políticas urbanas, entre elas a OUC.

Neste sentido, cabe qualificar a relação do Estatuto da Cidade com a CF/88 e como este texto legal é essencial ao contexto da OUC. Como mencionado a relação entre função social da propriedade influenciará a disposição das funções sociais da cidade. Esta relação que fundamentaria toda a intervenção do Estado na propriedade de modo a promover as políticas urbanas, como a OUC.

O art. 2º do Estatuto da Cidade qualifica o conteúdo das funções sociais da cidade e sua relação com a função social da propriedade. Sua leitura permite identificarmos três fundamentos complementares: (a) cidades sustentáveis, ou seja, que apresentem desenvolvimento econômico capaz de gerar riquezas e reduzir desigualdades sem produzir impactos negativos ambientais e sociais (incisos: I, IV, V, VI, VII, VIII, IX, XII e XIV do artigo 2º do Estatuto da Cidade); (b) as políticas urbanas devem ser planejadas de forma democrática, através de processos administrativos que estejam condicionados à participação popular (incisos II, X e XIII do artigo 2º do Estatuto da Cidade); e (c) os investimentos necessários para o desenvolvimento das políticas podem ou devem ser realizados em parceria com a iniciativa privada, retirando, portanto, a exclusividade do setor público (incisos III, XV e XVI do artigo 2º do Estatuto da Cidade) (BRASIL, 2001).

Em síntese os três fundamentos representam a sustentabilidade, a procedimentalidade no âmbito administrativo e o caráter de parceria. Sendo possível vincular grande parte das

diretrizes que qualificam as funções sociais da cidade sobre a perspectiva das tendências do direito administrativo – oportunamente, saliento este ponto, porque a similaridade ou aproximação às tendências que tratarei no capítulo seguinte é um dos aspectos que permitirá a neutralização dos significados urbanísticos, por aqueles de cunho administrativo-econômico.

Os fundamentos das funções sociais da cidade, obviamente, orientam a aplicação da OUC, sendo imediatamente conectados. A procedimentalidade, por exemplo, decorreria da estruturação concatenada de atos conforme a previsão legal, Estatuto da Cidade e a lei específica que der origem à OUC, considerando os atores enquanto partes capazes de influir sobre os conflitos, relacionando-se inclusive à perspectiva de participação da população na elaboração e promoção dos atos administrativos – como “processo administrativo”¹⁵ (NETTO, 2009).

O estabelecimento das parcerias revela a tendência de negociação entre setor privado e setor público, sobretudo como oportunidade de negócios jurídicos no campo econômico por meio de vínculos obrigacionais entre as partes (DIAS, 2003). Oportunamente, pela própria descrição normativa da Operação Urbana Consorciada podemos compreendê-la com este fundamento.

A sustentabilidade, entretanto, é fundamento extremamente complexo, em virtude da diversidade de acepções – que, o torna ainda mais fácil de ser neutralizado, uma vez que o que se tem muitos significados, pode passar a ter nenhum.

O caráter sustentável no texto legal, conforme apresentado confere duas acepções imediatas: sustentável na perspectiva ambiental, logo cidades resilientes; e, concomitantemente, na perspectiva financeira, no que diz respeito ao equilíbrio econômico da ação da Administração Pública. Contudo, é possível extrair outros significados que coincidem à abordagem pentadimensional da função social da propriedade (ALMEIDA, 2014).

Especialmente, aponto que as duas principais dimensões em conflito no fundamento da sustentabilidade são os significados sobre a influência do caráter econômico. A Operação Urbana Consorciada tem como sua justificativa estas duas acepções, inicialmente, como se percebe pela leitura do art. 32 do Estatuto da Cidade, a OUC se justifica pela adoção de medidas sustentáveis – enquanto investimentos urbanos, devendo preservar a capacidade financeira (LEVIN, 2015).

¹⁵ A diferença entre processo e procedimento remete ao campo do processo civil e administrativo, conforme apresentado por Neto (2009). Portanto, se dá pela necessidade de participação considerando o contraditório e ampla defesa no caso do processo, enquanto o procedimento se daria apenas pela aceção de produção de atos organizados em caráter racional. Esta distinção será aprofundada no capítulo seguinte, tendo em vista que a procedimentalidade é tendência do direito administrativo.

Para a manutenção financeira da OUC enquanto política pública, a legislação estabeleceu um instrumento específico para seu equilíbrio financeiro: o CEPAC. O título mobiliário permitiria que o Poder Público negociasse o solo criado concomitantemente aos investimentos – portanto, geração de valorização imobiliária – praticados. Por isso, o CEPAC é considerado instrumento de captura de mais-valia urbana, pois permitiria que o Poder Público recupere os valores investidos em determinadas áreas, participando dos lucros que suas ações geraram (SMOLKA, 2014).

A flexibilidade dos CEPACs em decorrência de sua natureza jurídica, enquanto ativo financeiro, seria a maior justificativa à eficiência de sua utilização – uma vez dispostos na lei específica, diferentemente de outras modalidades de contratação, como licitações ou a venda de patrimônio público, a Administração Pública poderia lança-los no mercado com entraves burocráticos muito menores (PINTO, 2014).

Aliás, é o caráter ou justificativa de sustentabilidade financeira do instrumento que o promove como tendência a se expandir nas áreas urbanas brasileiras. *A priori*, conforme apresentado, a estrutura de funcionamento e financiamento da OUC permitiria o compartilhamento imediato dos riscos e lucros ou dos ônus e bônus da ação do Poder Público, sendo facilmente compreendida como um instrumento fundamental à era da flexibilidade e austeridade dos orçamentos públicos (GALLO, 2011).

O contexto de “neoliberalização” da economia global, apontou como principal tendência a sustentabilidade econômica do Estado e, conseqüentemente, dos investimentos públicos. Desse modo, as parcerias público-privadas passaram a serem utilizadas ou praticadas de forma extensiva em diversos países inseridos na globalização (HARVEY, 2011).

Di Pietro, ao discutir o aprofundamento das parcerias com a Administração Pública, salienta o caráter de privatização presente nestes institutos e instrumentos legais, pois estes em grande medida, desoneram (à primeira vista) a Administração Pública, ao passo que ampliam ou transferem a capacidade e o poder sobre as políticas em produção e execução (DI PIETRO, 2017).

Gallo sustenta a reconfiguração da estrutura financeira-tributária do Estado, que passa a desregulamentar seus sistemas tributários, optando por modelos de arrecadação ou de financiamento do tipo em parceria, levantando uma questão pertinente a respeito da titularidade e da autonomia estatal perante seus “credores”, pois os recursos oriundos de parceria seriam revertidos àqueles que financiaram a ação estatal (GALLO, 2011).

A privatização do Estado, ou seja, das funções estatais, por meio dos modelos de financiamento pode ser compreendida por meio da análise da Operação Urbana Consorciada. Apresentei anteriormente como o instrumento financeiro contribui para conformação da OUC enquanto instrumento de mercado, tendo em vista que o CEPAC permitiria ao mercado a capacidade de controlar a geração de valor (valorização ou desvalorização), logo do valor captado pela “imersão” no mercado.

Neste sentido, o Estado, pode se tornar uma espécie de “empresa de consultoria” de luxo para os agentes financiadores (de mercado), pois diferentemente de qualquer assessoria privada, os agentes do Estado possuem poderes e informações que ninguém possui. Esta situação jurídico-institucional proporciona e estimula a formulação de políticas urbanas a partir da perspectiva dos atores que se privilegiarão, sendo causa fundamental para o aprofundamento ou a radicalização das ações estatais planejadas sob a perspectiva dos Grandes Projetos Urbanos – GPUs (FREITAS, 2017).

Os Grandes Projetos Urbanos se tornam o elemento central do planejamento urbano, tendo em vista o capital que concentram e a capacidade que possuem para alavancar investimentos se encontram com a forma jurídica da OUC, que está plenamente aberta aos movimentos ou humor do mercado (FREITAS, 2017).

Assim, neste primeiro movimento, considerando os amplos significados urbanísticos presentes na Operação Urbana Consorciada, é necessário verificarmos como o enlace jurídico-institucional, pelo modelo de financiamento (CEPAC) e a necessidade de sustentabilidade – que pela significação do mercado (investidores) se converte em austeridade (VAROUFAKIS, 2015), restringe a amplitude de determinação de significados como instrumento de política urbana; porque a tecnicidade jurídica determinaria a prevalência do conteúdo econômico na perspectiva de mercado, sobre a qual converte o Estado na principal empresa (LEFEBVRE, 2009) para o desenvolvimento econômico em cenário curioso sobre o qual o agente fomentador se torna o elemento a ser fomentado.

O controle econômico sobre as formas jurídicas e seus significados urbanísticos, assim como a falta de capacidade da dimensão urbanística influenciar sua própria ordem normativa, é facilitado pela técnica jurídica que desmobiliza ou requalifica estes significados a partir da prevalência de outros (SANÍN-RESTREPO, 2017) – sobretudo de cunho civilista (privado e empresarial), como anteriormente abordado neste texto. Neste momento cabe recuperar o importante papel que o Poder Judiciário tem em confirmar significados exclusivos, analisando brevemente as repercussões possíveis de dois casos emblemáticos (inclusive, ambos definiram

tese de Repercussão Geral): (i) **Recurso Extraordinário nº 422.349/RS** (BRASIL, 2015b) e o (ii) **Recurso Extraordinário 607.940/DF** (BRASIL, 2016a).

No primeiro caso, (i) o **RE nº 422.349/RS**, o Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese: “preenchidos os requisitos do art. 183 da Constituição Federal, o reconhecimento do direito à usucapião especial urbana não pode ser obstado por legislação infraconstitucional que estabeleça módulos urbanos na respectiva área que situado o imóvel (dimensão do lote)” (BRASIL, 2015b).

A tese em questão ganha maior amplitude se considerarmos a situação fática, pois requereu-se a declaração da usucapião em área não edificável e excluída de zona especial de interesse social. O que impedia do gozo à usucapião (conforme o art. 183 da CF/88 e até mesmo os requisitos processuais), era a legislação urbanística local que não admitia lotes inferiores aos definidos na referida lei.

A principal repercussão, inclusive relacionável à próxima jurisprudência a ser estudada, é a ausência ou descaracterização da força vinculante do planejamento. Por óbvio que é fundamental reconhecer a importância do direito de moradia, contudo, ao fixar a tese em questão, não foi o direito à moradia (tendo em vista que o imóvel não se encontrava em área de ZEIS¹⁶), o qual, inclusive deve ser exercido de forma digna (MILAGRES, 2014), mas o direito à propriedade – justificando, não obstante, o sacrifício a qualquer elemento considerado pelo Poder Público no âmbito do Planejamento Urbano, uma vez que as regras de parcelamento, uso e ocupação, em tese, precisariam se justificar tecnicamente. Portanto, do ponto de vista prático, a decisão do STF neutralizou a dimensão urbanística (territorial) da função social da propriedade e da cidade, privilegiando o direito ao patrimônio.

Neste sentido, apenas para esclarecer o ponto defendido, a decisão do STF não afirmou ou reconheceu o direito à moradia – conexo ao direito à cidade. Mas, sobre os

¹⁶ As Zonas Especiais de Interesse Social – ZEIS – compõem a ordem urbanística brasileira desde as primeiras experiências em regularização fundiária e urbanístico no Brasil na década de 1980, destacadamente pelas experiências de Recife e Belo Horizonte (PROFAVELA). Em termos nacionais, ganhou relevância no Estatuto da Cidade e, especialmente na Lei Federal nº 11.977, de 7 de julho de 2009 que instituiu o Programa Minha Casa, Minha Vida no qual se previu a primeira política nacional de regularização urbana e fundiária. Esta lei definiu as ZEIS no inciso V do art. 47 da seguinte forma: “Art. 47. Para efeitos da regularização fundiária de assentamentos urbanos, consideram-se: (...) V – Zona Especial de Interesse Social - ZEIS: parcela de área urbana instituída pelo Plano Diretor ou definida por outra lei municipal, destinada predominantemente à moradia de população de baixa renda e sujeita a regras específicas de parcelamento, uso e ocupação do solo;”. Entretanto, o dispositivo foi alterado sem qualquer prejuízo pela Lei nº 13.465, de 15 de julho de 2017, que modificou os procedimentos para regularização fundiária: “Art. 18. O Município e o Distrito Federal poderão instituir como instrumento de planejamento urbano Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS), no âmbito da política municipal de ordenamento de seu território. § 1º Para efeitos desta Lei, considera-se ZEIS a parcela de área urbana instituída pelo plano diretor ou definida por outra lei municipal, destinada preponderantemente à população de baixa renda e sujeita a regras específicas de parcelamento, uso e ocupação do solo.” (BRASIL, 2001)

significados urbanísticos, desconsiderando-os, privilegiou a fruição de direitos à figura do direito de propriedade, pois apesar da evocação da moradia como justificativa à usucapião, opções urbanísticas à solução deste problema foram desconsideradas pelo STF justamente pela prevalência das dimensões civilistas para a fruição de direitos. Ademais, cabe salientar que foi conferida à questão “repercussão geral”.¹⁷

O segundo caso, **(ii) Recurso Extraordinário 607.940/DF**, também fixou tese de Repercussão Geral, nos seguintes termos: “Os municípios com mais de vinte mil habitantes e o Distrito Federal podem legislar sobre programas e projetos específicos de ordenamento do espaço urbano por meio de leis que sejam compatíveis com as diretrizes do Plano Diretor” (BRASIL, 2016a).

A tese fixada pelo STF, assim como os demais aspectos do julgamento, leva a concluir pela possibilidade de inovação normativa da ordem urbanística paralela ao Plano Diretor. Do ponto de vista prático, noto repercussão imediata que aponta como os significados urbanísticos e da seara da processualidade no campo da participação popular – ou seja, exercício participativo da cidadania na formulação das políticas urbanas (elemento fundamental nas funções sociais da cidade) – é preterido pela ordem autorizativa do poder constituído; afinal, teríamos como sugere Sanín-Restrepo, o poder constituído manipulando a linguagem (jurídica) e retirando o poder de estabelecer significados do poder constituinte¹⁸ (SANÍN-RESTREPO, 2014). No caso, o poder constituído, por meio do Poder Judiciário, conferiu ao Poder Legislativo – porque autorizado no texto constitucional – a transferência de poder político sobre a formulação de política urbana (afinal, parcelamento, uso e ocupação, conforme dispõe o Estatuto da Cidade, também são instrumentos de política urbana).

A partir das questões levantadas procurei apontar introdutoriamente os primeiros sinais de como a linguagem jurídica cria espaços privilegiados para a significação afastando outros. No caso da OUC, é fundamental apresentar qual significado está sendo afastado e como elementos do próprio direito contribuem para isso. Neste tópico tratamos, portanto, dos significados encriptados, inicialmente por aspectos externos, como a pressão econômica oriunda de elaborações maiores como a sociedade de mercado que orienta o planejamento urbano sob o modelo de GPUs (FREITAS, 2017) e, também, o uso da linguagem jurídica promovida pelo Poder Judiciário – parte do poder constituído – para encriptar ou neutralizar

¹⁷ O parágrafo em questão foi incluído a partir de discussão na banca proposta pela profa. Vanêsa Buzelato Prestes sobre o caráter urbanístico, pelo direito à moradia, que a decisão do STF poderia ter.

¹⁸ Sanín-Restrepo (2014) ao descrever o processo de encriptação de poder, expõe que o principal elemento desta encriptação consiste na impossibilidade do povo – poder constituinte – exercer seu poder, em virtude de não possuir as condições institucionais para tanto. O autor colombiano denomina este poder constituído, que perde a capacidade de estabelecer significados, como “povo oculto” (SANÍN-RESTREPO, 2014).

os significados urbanísticos que as funções sociais da cidade e da propriedade possuem (SANÍN-RESTREPO, 2014).

Contudo, a encriptação de significados não existe apenas em modalidade estritamente prática pela leitura (interpretação) normativa ou decisão judicial. Há o pertinente campo (ideológico) da doutrina, sobre a qual me debruçarei a seguir.

2.2 OUC apropriada pela doutrina

No início deste capítulo sugeri a complexidade da contextualização normativa, em virtude da tridimensionalidade inerente a qualquer elemento em análise no campo jurídico correspondente às três dimensões: legislações, doutrina e jurisprudência. Neste momento explorarei o tratamento conferido à OUC no campo doutrinário.

Precipuamente, revelo que as observações e conclusões expostas neste subcapítulo derivam de pesquisa realizada pelo Núcleo Jurídico de Políticas Pública do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da PUC Minas – NUJUP/PPGD¹⁹.

A exploração da doutrina jurídica relacionada ao direito urbanístico sobre a qual a OUC poderia receber tratamento, indicou quatro abordagens (Gráfico 1): (1) descritiva; (2) instrumento de política urbana; (3) similar à PPP; (4) não abordagem.

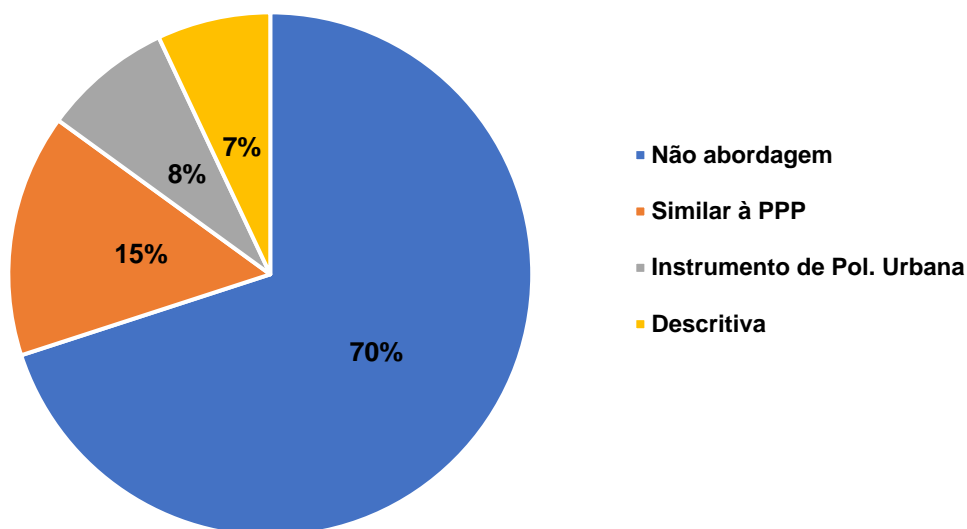
A primeira abordagem, presente em 7% das obras analisadas, corresponde a simples descrição da OUC a partir do texto do Estatuto da Cidade, ou seja, a mera reprodução dos art. 32 a 34-A, sem quaisquer elaborações críticas ou inferências sobre o significado jurídico da OUC e sua aplicação pela Administração Pública. Nestas obras os autores apenas replicam o texto do Estatuto da Cidade ou de forma direta ou de modo parafraseado.

Em seguida, o segundo tratamento conferido à OUC, é uma qualificação da primeira, em decorrência de identifica-la como instrumento de política urbana inserida em contexto de planejamento urbano. Desta forma, os autores relacionam imediatamente o instrumento de

¹⁹ A pesquisa a qual me refiro intitula-se: “Operações Urbanas Consorciadas: instrumento de política pública ou uma nova modalidade de parceria público-privada para financiamento do mercado?”. A pesquisa realizada pelo NUJUP durante o período 2016-2017 obteve apoio financeiro da FAPEMIG e contou com a participação de três pesquisadores: o autor da dissertação, sua orientadora e bolsista de iniciação científica da graduação. Informo que a pesquisa recebeu o prêmio da Melhor Pesquisa da área do Direito no Seminário de Pesquisa de Iniciação Científica da PUC Minas em 2017. Na referida pesquisa foram analisadas 87 obras de doutrina jurídica urbanística (especificamente) ou que pudessem ser correlatas à área oferecendo algum tratamento à OUC. A seleção das obras foi apurada por meio de modelo metodológico que definiu os critérios de levantamento bibliográfico, assim como a compilação de seus resultados enquanto dados primários. A pesquisa gerou como produto Relatório de Pesquisa entregue à PUC Minas.

política urbana aos seus fins, cobrando coerência de sua aplicação às funções sociais da cidade e à função social da propriedade.

Gráfico 1 - Abordagens da OUC pela doutrina



NÚCLEO JURÍDICO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, 2017

É o caso de Rech e Rech para quem o instrumento apenas é viável ou deve ser aplicado, se para a concretização da função social da propriedade (RECH e RECH, 2010). Silva, também contribui de forma mais substancial a relação entre o instrumento de política urbana e suas finalidades conforme o Plano Diretor e o Estatuto da Cidade, considerando a parceria entre o setor público e privado apenas um enlace para viabilizar investimentos em infraestrutura e sociais, com ampla regularização fundiária, garantido pela participação popular no controle da própria operação (SILVA, 2010)

Também, dentro desta abordagem, podemos destacar autores que consideram o caráter público enquanto política urbana, logo, com sua procedimentalidade relacionada aos interesses públicos, mas inclinam a relação dependente aos setores privados seja ela pelo financiamento, tendo em vista a necessidade da OUC se sustentar pela utilização de CEPACs e, portanto, aproveitar a flexibilidade de operar por meio de título mobiliário (PINTO, 2014); ou a suposta ligação procedimental negocial, considerando a OUC um instrumento de política urbana conforme a lógica de um planejamento urbano concertado, pautado pelo diálogo e negociação constante entre os setores privados e o setor público (LEVIN, 2015).

A terceira abordagem compara e equipara a Operação Urbana Consorciada como Parceria Público-Privada. Considerando o tratamento que venho elaborando neste texto, esta

compreensão identifica a OUC como modalidade de contratação do tipo PPP, especialmente em contexto de modernização da estrutura administrativa. É o que sugere Bagnariolli Junior, ao inserir a OUC no conjunto de medidas realizadas pelo Poder Público com o intuito de modernizar e flexibilizar suas ações em prol das atividades econômicas privadas, sintetizadas pelo modelo de contratação em PPP (BAGNARIOLLI JUNIOR, 2009). Abordagem muito similar ao elaborado por Maricato e Ferreira, que concebem a OUC apenas como modalidade de parceria público-privada, descartando seu potencial urbanístico (MARICATO e FERREIRA, 2002).

Ilustrativamente, sobre esta abordagem, recupero a proposição de Carmona, que amplia a OUC como parceria público-privada em sentido amplo, porque além de flexibilizar o regime contratual, permite a alteração da legislação edílica (CARMONA, 2010). Gasparini, por sua vez, identifica o caráter negocial para ação conjunta entre o setor público e o setor privado, destacando, assim como ocorre na noção de PPP, o caráter de risco para a implantação dos empreendimentos imobiliários (GASPARINI, 2002).

Em perspectiva indireta, ainda aproximando a OUC à PPP, destaco a abordagem de José dos Santos Carvalho Filho e Cristiana Fortini, que apesar de não nomearem imediatamente a OUC enquanto PPP, analisam a aplicação do instrumento de política urbana, aproximando sua execução a aspectos específicos e exclusivos da PPP, como a necessidade de garantias e a prevalência dos atores privados, apesar da coordenação pública sobre o instrumento, especialmente no controle sobre os investimentos (CARVALHO FILHO e FORTINI, 2008).

Por fim, a mais reveladora das abordagens é a não abordagem. Impressionantemente 70% das obras da doutrina jurídica relacionada às políticas urbanas não aborda a OUC. O que demonstra um silêncio constrangedor, tendo em vista o papel fundamental que a doutrina possui em orientar e ampliar a discussão sobre a qualidade dos textos normativos. Assim, a ausência de discussão de doutrina (especializada) abre margem para o surgimento de um campo cego, que inevitavelmente pode favorecer atores jurídico-políticos privilegiados na conformação de significados sobre a aplicação da OUC – uma dessas, como apresentarei nos capítulos seguintes, é justamente a vinculação imediata da OUC à PPP.

Brevemente, exponho que esta vinculação imediata ocasiona incompreensão ou redução do significado da OUC à modalidade de contratação pública, na qual o interesse do mercado é privilegiado, sendo que este privilégio conformaria diversos simulacros sobre a capacidade pública de planejamento e gestão do espaço urbano, assim como as possibilidades democráticas de elaboração de políticas (públicas) urbanas.

Assim, a sintética conclusão é coerente aos resultados da pesquisa, tendo em vista que a maioria da doutrina (85%) ou se silencia (não aborda) ou vincula tal instrumento à PPP. Este quadro doutrinário é importante de ser observado, sobretudo em razão da capacidade da doutrina em produzir significados sobre os especialistas e na jurisprudência.

Por fim, o silêncio, assim como as demais formas de abordagem, pouco as relacionam com o campo da efetividade, pois de acordo com o exposto na introdução, a perspectiva jurídica orienta-se pelo dever-ser que em concreto pauta-se pela imputação e não relação causa-efeito (KELSEN, 2005).

No próximo tópico, procurarei trazer exemplos problematizados de como as legislações da seara urbanística sofrem com a inefetividade, destacadamente resultada pela neutralização de significação das dimensões urbanísticas.

2.3 Direito urbanístico: eficiência e inefetividade

A análise da legislação urbanística dentro do campo do direito urbanístico e fora dele – influências externas do direito administrativo e do direito privado – tem por objetivo apresentar as contradições internas, encriptadas pelo direito, compreendendo como a OUC se estabelece como metáfora evidente em virtude do simulacro que constitui, além de conhecer criticamente a delimitação normativa na qual a OUC se significa. Conforme expus na apresentação deste capítulo, no campo da análise das legislações, o “esquema” da encriptação possui como efeito imediato a dupla composição entre simulacro e dimensão simbólica.

O objetivo essencial deste item, portanto, consiste em desvelar sobre os marcos normativos o binômio “simulacro-simbólico” gerado pelos textos normativos, que só poderá ocorrer se contrastados aos seus efeitos, ou seja, se em vez de conferidos descritivamente na lógica do dever-ser, forem examinados pela perspectiva da causalidade – por isso ao lado da apresentação dos textos normativos, estará disposto exemplos sobre a concretização destas legislações (ARAUJO, 2018).

O principal fundamento desta dissertação consiste no direito enquanto instrumento de poder que (re)configura a linguagem, encriptando conteúdos políticos pela tecnicidade jurídica. No objeto de estudo deste trabalho, Operação Urbana Consorciada, o direito encriptaria poder, porque reduziria as possibilidades de significação enquanto instrumento de política urbana (realizando a pluralidade de finalidades, conforme disposto nos arts. 2º e 32 do

Estatuto da Cidade²⁰) e tornando possível sua realização apenas para interesses de mercado, conformando a OUC, portanto, em modalidade de contratação pública do tipo Parceria Público Privada (SANÍN-RESTREPO, 2017).

Os termos efetividade, eficácia e eficiência serão abordados plenamente durante o texto²¹. Esclareço os significados destes, primeiro confirmando que em síntese o uso é tradicional, conforme a doutrina compreende. A efetividade corresponde a concretização material da norma jurídica, portanto há um nexo coincidente entre a finalidade da norma e sua aplicação (FERRAZ JÚNIOR, 2010). Consequentemente, será inefetiva a legislação que produzir efeitos incoerentes ao seu programa normativo (MÜLLER, 2012). A eficácia, por sua vez, corresponde à conexão e concretização dentro da idealidade jurídica; portanto, se confirma pela produção de efeitos sobre o direito, independentemente se estes efeitos são coerentes com os efeitos pretendidos. A eficácia, contudo, desdobra-se em “material” e “formal”. Será material, quando similar à efetividade. E será formal se apenas desdobramentos “físicos” das normas, por exemplo, legislações complementares que não geram efeitos materiais, mas existem no ordenamento jurídico porque exigência legal (FERRAZ JÚNIOR, 2010). A eficiência, por sua vez, corresponderia à relação imediata entre causa e efeito. Sendo eficiente a legislação coerente do ponto de vista formal e material.

A encriptação de poder se manifesta a partir da manipulação de elementos que compõem e definem o direito pela técnica jurídica. Estes elementos seriam as tradicionais fontes do direito: textos normativos, jurisprudência e doutrina. A conjugação dos elementos pela tecnicidade jurídica imporia o funcionamento sobrevalorizado de alguns conteúdos ocultos no e pelo direito, definindo (previamente) quais aspectos normativos seriam efetivos ou inefetivos (SANÍN-RESTREPO, 2016).

Contudo, a efetividade normativa, cabe apontar, também é elemento de manipulação pela técnica jurídica, pois esta determina a amplitude de seu significado. Ao longo deste texto discutiremos esta significação, mas apenas para apresentação, adianto que a efetividade (de fato) no campo jurídico preocupa-se excessivamente com os aspectos formais produzidos pelos elementos jurídicos, ou seja, a capacidade ou não capacidade destes produzirem efeitos na ordem normativa (NEVES, 2007) – desconsiderando-se quais efeitos – logo, essencialmente o que se percebe, analisa ou destaca como norma efetiva, seria sua realização

²⁰ BRASIL. **Estatuto da Cidade (2001)**: Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jul. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

²¹ Inicialmente a explicação destes termos estava prevista como “nota de rodapé”, contudo, conforme sugestão da banca, especialmente da profa. Denise Morado Nascimento, em decorrência da importância dos termos no texto, eles deveriam ser promovidos ao corpo do texto, em vez de nota de rodapé.

formal desconsiderando qualquer relação com sua eficácia material; portanto, a efetividade é um aspecto do direito que desconsidera a possibilidade de eficiência. Introdutoriamente, observo que o desprendimento da efetividade da eficiência (derivado do caráter imputativo do direito) do texto normativo dá origem a simulacros que legitimariam o Estado de Direito, apesar de sua inconcretude (ARAÚJO, 2018).

A inefetividade é tema profundamente explorado pelo campo da teoria do direito, nesta dissertação a consideração acerca de inefetividade se dá pela apropriação e requalificação da teoria de legislação simbólica (NEVES, 2007).

Destaco, explorando a proposta de Neves (2007), que o direito opera a partir do princípio imputativo (KELSEN, 2009), ou seja, o dever-ser, que sinteticamente e apenas para fins introdutórios, significa considerar que o direito não estabelece uma relação causal entre o efeito pretendido e o efeito produzido, mas uma relação imputativa ideal, na qual o disposto deverá ser, não necessariamente será (SUNDFELD, 2017).

O caráter imputativo tem como consequência assentar o direito em termos concretos sobre a dissociação entre os efeitos pretendidos e os efeitos produzidos pelas normas jurídicas. Assim, considera-se normativamente ineficaz a não concretização regular entre a relação hipotético-abstrata do “se-então” (efeito pretendido) com seu programa condicional (efeito produzido).

Derivado da condição de ineficácia da não-realização do vínculo instrumental “meio-fim” previsto no texto legal, considerando a obstrução em qualquer situação de invocação de determinado texto legal, surgiria a legislação simbólica. Percebam que a legislação simbólica é possível, não por sua ineficácia (material ou formal), mas por sua impossibilidade de manifestação em qualquer âmbito material ou formal (NEVES, 2007).

A proposta teórica deste trabalho²², como se percebe, mistura elaborações teóricas aparentemente contraditórias. Inicialmente, são, pois, a perspectiva elaborada por Marcelo Neves (2007) sobre legislação simbólica parte da teoria dos sistemas proposta por Luhmann. De forma referencial, a força simbólica para o referido autor, se relacionaria à utilização política do direito. Concebendo o direito enquanto sistema autônomo – autorreferencial, com reflexividade e reflexivo (NEVES, 2007) – portanto, autopoético. Assim, considera que o uso político do direito seria manifestação ou sintoma “alopoiético” – logo, determinado

²² A utilização e compatibilização da teoria da legislação simbólica (NEVES, 2007) com a teoria da encriptação foi questionada pela banca, especialmente pelo prof. Álvaro Ricardo de Souza Cruz e pela profa. Vanêsa Buzelato Prestes. Tendo em vista a opção metodológica desta dissertação em diluir os marcos teóricos, a introdução deste item 2.3 foi reformulada para acomodar e melhor explicar a compatibilização das teorias, conforme discutido na banca desta dissertação ocorrida em 14/03/2019.

externamente ou uma espécie de manipulação política do direito para a resolução de conflitos políticos. Surgiria desta manifestação alopoiética a legislação simbólica – uso do direito pela política para soluções políticas, mas que juridicamente não produziriam ou poderiam produzir efeitos (sejam formais ou materiais). As causas para alopoiese que dariam origem às legislações simbólicas foram definidas em caráter aberto na proposta de Neves sobre as ideias de “modernidade periférica” ou corrupção – problemas típicos de sociedades “não centrais” ou “subdesenvolvidas” (NEVES, 2007).

A ideia de Neves (2007) é fundamental para este trabalho, porque ele apresenta o caráter simbólico do direito em neutralizar conflitos políticos pela manipulação da técnica jurídica sobre a linguagem. Contudo, a proponho uma releitura²³ da teoria de Neves a partir da teoria da encriptação (ARAUJO, 2018). Concebendo o direito como um elemento político e também da política, em vez de externo ao direito, mas imbricado, é possível considerar que os significados jurídicos são elaborados ou concebidos para não gerar, desde início, efeitos plurais ou diversos – ou seja, existe um conteúdo determinado que seria controlado pela “elite” que domina os espaços de significação dos conteúdos jurídicos (SANÍN-RESTREPO, 2016). Este capítulo (e toda dissertação) demonstrará que, a despeito de quaisquer pretensões normativamente dispostas, os significados urbanísticos das legislações urbanísticas, seriam frustrados pelos conteúdos manipulados pela técnica jurídica, conformando os textos normativos em simulacros. Concebo, portanto, o simulacro como um elemento simbólico do (e pelo) direito, pois, orienta, pelo caráter político do (e no) direito, os textos e significados normativos de forma dissimulada.

Desse modo, a releitura apresentada sobre a teoria de Neves, propõe que força simbólica não é um erro ou uma aberração alopoiética, mas um elemento do direito, porque este produz legislações simbólicas por meio de simulacros pela instrumentalização política da linguagem pela técnica jurídica. Em síntese possível, a legislação simbólica pelo simulacro é a manifestação do direito como exercício de poder que instrumentaliza a linguagem por meio de sua técnica específica – assim, todo texto normativo é simbólico e um simulacro em potencial (ARAUJO, 2018).

Entretanto, cabe recuperar que a legislação simbólica é, essencialmente, um simulacro de direito, porque é criada para não produzir efeitos, tendo em vista as possibilidades de nunca vir a produzi-los. Logo, apropriando da proposta de legislação simbólica, aproximo-a

²³ A releitura da teoria da legislação simbólica proposta por Neves vem sendo desenvolvida em diversas pesquisas do Núcleo Jurídico de Políticas Públicas da PUC Minas. Este esforço teórico tem composto diversas dissertações mestrado e teses de doutorado.

da teoria de encriptação de poder, pois a partir desta teoria, percebo que a exceção da legislação simbólica (NEVES, 2007), na verdade se trata de regra oculta do e pelo direito (SANÍN-RESTREPO, 2016).

O ponto que pretendo explicar se refere às condições de formação de legislação simbólica. A inefetividade, apesar de inicialmente afastada como legislação simbólica, deveria ser fundamento da mesma, porque as condições para sua criação sintetizadas sobre o simulacro, estão intimamente ligadas à inefetividade (ARAUJO, 2018).

O simulacro jurídico consiste na dissimulação do texto normativo, logo da relação “meio-fim” elaborado entre a relação hipotético-abstrata e seu programa condicional pela própria instrumentalidade jurídica, que por meio do controle da linguagem determinaria quais conteúdos prevaleceriam no e pelo direito para a realização de interesses ocultados. Ou seja, os marcos normativos, a despeito de quaisquer conteúdos ou fins, estariam sempre previamente condicionados a conteúdos encriptados pela instrumentalidade jurídica (SANÍN-RESTREPO, 2016).

Aproveito, apenas de forma breve e antes de iniciarmos a pretensão desenhada, para explicar que os conteúdos em si não são problemáticos. Direito à cidade, assim como diversos outros elementos ou apostas, como a criação de instrumentos de política urbana, entre eles a OUC, *a priori*, não são em si o fundamento para o quadro geral e sistêmico de inefetividade que vivemos²⁴. Mas sim, a utilização da linguagem jurídica como instrumento de poder, que faz com que os conteúdos jurídicos tenham seus significados planificados conforme apenas a orientação de quem controla o campo de significação – encriptando o direito, porque afasta da pluralidade política (por exemplo os diversos atores sociais) – a capacidade de agir sobre as significações (SANÍN-RESTREPO, 2017).

²⁴ Durante a banca a profa. Vanêsa Buzelato Prestes me questionou sobre a relação entre efetividade e direito. Em termos simplificados me propôs a seguinte questão: Qual a relação do direito com a efetividade? É dele essa responsabilidade? Qual seria o limite do direito? Ou se não seria um problema de gestão. No intuito de oferecer reflexão aos questionamentos propostos pela professora, apresento esta breve nota derivada da discussão ocorrida na apresentação desta dissertação. O direito tem toda a responsabilidade sobre a efetividade e, consequentemente, inefetividade. Nesta dissertação, abordo o caráter imputativo do direito. O direito ao se concentrar apenas sobre este caráter retira de si a responsabilidade sobre os efeitos que o direito de fato produz. É tese central deste trabalho, aliás este capítulo procura demonstrar isso, que as inefetividades não decorrem de um erro na aplicação dos instrumentos jurídico-políticos de políticas urbanas. Pelo contrário, é a aplicação adequada dos mesmos que tem gerado as inefetividades percebidas. A técnica jurídica ao se dissociar dos efeitos que produz, contribui (estimula) exatamente os elementos que promovem a encriptação de poder pelo direito, pois em vez de se debruçarem sobre a crítica em si, concentram-se nas possibilidades do dever-ser. Desse modo, acaba por ignorar a causa (causalidade) por requinte retórico sobre o que sustentaria o direito em si. Transferir a efetividade, no que diz respeito à própria avaliação destes instrumentos jurídico-políticos, à gestão é uma forma de dissociar a responsabilidade da reflexão e discurso jurídico a respeito dos efeitos sobre aquilo que é de sua produção originalmente. Tal comportamento contribui para a “inércia em movimento”, em que o direito propõe mudanças em seu enquadramento autopoietico que sustentam ou mantêm os mesmos problemas apenas sob a aparência de movimento como alguma resolução.

Apresento rapidamente esta ideia, porque é sobre ela que se desenrolará todo este texto. E, também, em razão de considerar este o principal elemento quanto à inefetividade da Operação Urbana Consorciada, assim como do simulacro do direito à cidade, uma vez que as dimensões urbanísticas e políticas das mesmas, previstas nos textos legais, inclusive, são neutralizadas pela tecnicidade jurídica.

Sustento, ainda, que existe um quadro sistêmico de inefetividade da legislação urbanística, sendo que este quadro se revelaria pela falta de eficiência da recorrente aposta de (re)produção de textos normativos para solucionar os problemas urbanos brasileiros, oriunda da autorreferencialidade do direito que baseado em seu caráter imputativo ignora seus efeitos produzidos a partir de sua cientificidade alimentada pelo “dever-ser” (SANÍN-RESTREPO, 2014).

A evolução em questão pode ser tratada de duas formas: (i) exercício descritivo sobre as idealidades que se pretendem nas proposições de seus “dever-ser” específicos; (ii) ou analisadas de forma abrangente contrastando as transformações que realizaram.

Do ponto de vista prático é preciso chamar a atenção para a diferença entre a primeira e segunda abordagem, que é a perseguida neste momento. No primeiro caso a efetividade ou inefetividade do texto normativo está relacionado à idealidade do direito estruturada a partir do princípio da imputação (KELSEN, 2009), pois na primeira percepção a análise dos textos normativos e suas proposições são autorreferenciadas pela ou na lógica jurídica (imputativa) e por isso a inefetividade oriunda da ausência de eficiência do suposto marco normativo é isolado do abismo entre a diferença de seus objetivos – programa normativo (MÜLLER, 2012) – e os resultados que inspira, levando a conclusões curiosas nas quais o problema de não funcionamento das políticas urbanas seria a ausência de textos normativos que tivessem determinados conteúdos (MARGUTI, COSTA e GALINDO, 2016).

Procurando evitar a perspectiva apontada, porque sobre ela reside um dos elementos da encriptação de poder, que aprisiona os significados jurídicos dentro da forma sólida controlada pelo próprio direito, passamos a breve verificação da evolução dos marcos normativos para, em seguida, dispormos sobre como estes se relacionam à OUC.

Neste trabalho me baseio na ideia de legislação simbólica, sendo esta uma direta releitura, em razão de ampliarmos a consideração de legislação simbólica para além dos obstáculos à concretização do texto normativo, que em sua concepção tradicional poderia ser qualquer manifestação no “mundo jurídico” (ARAÚJO, 2018). Aqui, considero como simbólica as legislações que não produzem seus efeitos pretendidos, ou seja, inefetivas. Esta compreensão é possível, porque diferente da proposta inicial a respeito de legislação

simbólica, identifico que os obstáculos que as inefetividades são manifestações essenciais do direito, que transformam estes textos em simulacros o que faz com que elas sejam sempre inefetivas. Basicamente, de forma simples, a inefetividade neste trabalho não é um “erro de sistema”, mas seu funcionamento adequado (ARAÚJO, 2018).

Enfim, teço as considerações apenas para afirmar que a despeito da releitura que estabeleço nesta dissertação, Planos Diretores são, *a priori* legislações simbólicas típicas na acepção de Marcelo Neves (2007). Isto porque em grande medida todos aspectos que operacionalizam e concretizam um Plano Diretor demandam legislações “complementares-suplementares” que nunca surgem, sendo nitidamente uma legislação de compromisso dilatório, espécie de legislação simbólica (NEVES, 2007).

Não obstante à dimensão simbólica de um Plano Diretor recupero que o contexto normativo que compõe o direito urbanístico é marcado para além das legislações apresentadas, outras que se relacionam diretamente com a seara urbanística ou que são externas a ela, mas do campo do direito administrativo.

Retomando o fio da meada, chamo a atenção para a presença de legislações em duas frentes, a primeira especificamente relacionada ao direito urbanístico (Quadro 1) e a segunda vinculada à seara do direito administrativo em geral.

Quadro 1 – Principais marcos normativos no contexto urbanístico

Textos Normativos	Descrição
Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001.	Estatuto da Cidade. Regulamenta os arts. 182 e 183 da CF/88. Estabelece os fundamentos jurídico-políticos para a elaboração e execução de instrumentos de planejamento e política urbana. Responsável pela promoção do Plano Diretor como legislação básica da ordem urbanística municipal.
Lei Federal nº 11.124, de 16 de junho de 2005	Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social. Recuperou à ordem jurídica brasileira, elemento jurídico-institucional para política nacional para o direito à moradia. Entre as principais disposições estão o desenho institucional para o Municípios realizarem suas políticas locais e a obrigação do Plano Local de Habitação de Interesse Social
Lei Federal nº 11.977, de 7 de julho de 2009	Programa Minha Casa Minha Vida. Inicialmente, surgiu do desdobramento do PL de Responsabilidade Territorial, que reformava a Lei Federal nº 6.766/1979. Entretanto, os critérios de reforma da Lei Lehman não continuaram, e a lei em questão dispôs sobre uma política específica e estruturada similar ao modelo BNH desenvolvido durante as décadas de 1960-1970. Assim como elementos para regularização fundiária em áreas urbanas.
Lei Federal nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012	Criou a Política Nacional de Mobilidade Urbana, estabelecendo os elementos essenciais para a elaboração das políticas municipais e metropolitanas para mobilidade urbana; entre eles a exigência legal do Plano Municipal de Mobilidade Urbana, com seus devidos requisitos.
Lei Federal nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015	Estatuto da Metrópole. Institui ou expandiu instrumentos jurídico-políticos para a elaboração e execução de políticas urbanas em âmbito metropolitano. Destaca-se revisão do Estatuto da Cidade, pela inclusão do Art. 34-A que autoriza a Operação Urbana Consorciada interfederativa.

Lei Federal nº 13.465, de 11 de julho de 2017	Reformou toda a ordem referente à regularização fundiária, flexibilizando as possibilidades para a promoção da regularização fundiária fora de perímetros urbanos. Revogou as disposições anteriores e contrárias, por exemplo, as presentes na Lei do Programa Minha Casa Minha Vida.
---	--

NÚCLEO JURÍDICO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, 2017

A CF/88 tem importância fundamental na manutenção do quadro de retroalimentação dos simulacros jurídicos. Claro, novamente, recuperando que não é a legislação em si que gera o simulacro, mas o controle que o direito exerce por ela. Enfim, retornando a CF/88, aponto duas contribuições imediatas do texto constitucional à seara urbanística: (i) o desenho jurídico (pentadimensional) conferido à função social da propriedade; e (ii) a obrigação de elaboração de Plano Diretor (BRASIL, 1988).

Sobre (i) a **função social da propriedade**, recordo conforme apresentado anteriormente, que o texto constitucional inovou na abrangência conferida ao instituto jurídico a partir de duas bases: material e formal. Do ponto de vista material, o texto constitucional deu enorme abrangência à função social, dispondo-a de modo difuso combinando-a com vários outros temas da CF/88 (BRASIL, 1988). Não à toa é possível compreender a função social da propriedade em uma perspectiva pentadimensional – econômica, social, ambiental, territorial e cultural – (ARAUJO, PIRES, *et al.*, 2013).

Contudo, no plano formal, a função social no texto constitucional teve, de certa forma, seu conteúdo inicialmente definido a partir de fundamentos procedimentais. Me refiro ao vínculo previsto no art. 182 da CF/88 que faz da função social da propriedade o elemento essencial e estruturante dos Planos Diretores municipais. Assim, a CF/88, basicamente determina que a intervenção do Estado na propriedade se legitima a partir da função social da propriedade.

Constatar esta “modulação” do texto constitucional me parece pertinente, porque ao infligir tal responsabilidade à função social e, conseqüentemente ao Plano Diretor – principal instrumento de planejamento urbano e essencial às Administrações Públicas municipais – a CF/88 vinculou todo o planejamento urbano e, conseqüentemente políticas urbanas, ao confronto com o regime de proteção ou significação do direito de propriedade privada.

Inicialmente, é neste plano normativo que a CF/88 estabelece sua principal influência. O vínculo entre função social e a legitimação da ação estatal sobre a propriedade privada ao longo da década de 1990 exigiu ou culminou na elaboração da **Lei Federal nº 10.257, de 11 de julho de 2001 – Estatuto da Cidade** (BRASIL, 2001).

O Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001) terá impacto considerável sobre a produção normativa brasileira. Sua ausência, por exemplo, foi comumente atribuída como razão pela

qual os arts. 182 e 183 do texto constitucional (BRASIL, 1988) não conseguiram produzir os efeitos necessários. Assim, sua presença, supostamente, daria poder aos Municípios para realizarem as políticas urbanas necessárias à melhoria da qualidade de vida das áreas urbanas brasileiras (SANTOS JÚNIOR e MONTANDON, 2011).

Brevemente, apenas em termos retóricos para compreendermos a importância do Estatuto da Cidade, aponto que o mesmo conferiu os principais elementos formais e materiais para as políticas urbanas, entre eles se destacam: os princípios fundamentais, por meio da qualificação das funções sociais da cidade (art. 2º do Estatuto da Cidade), que conferiram vida normativa ao direito à cidade na ordem jurídica brasileira (SAULE JR, 2005); e os aspectos conceituais e materiais dos instrumentos de políticas urbanas – criando em âmbito nacional as principais inovações no campo urbanístico como a própria Operação Urbana Consorciada (arts. 32 a 34-A do Estatuto da Cidade) e a Outorga Onerosa do Direito de Construir (arts. 28 a 31 do Estatuto da Cidade) – que operam pela figura do solo criado – entre outros como o parcelamento, edificação e utilização compulsórios (PEUC) e o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) progressivo no tempo. Aponto, em virtude da conexão entre os textos normativos – CF/88 e Estatuto da Cidade – que todos os elementos do Estatuto da Cidade, apesar de remeterem as funções sociais da cidade, apenas são possíveis se articulados à função social da propriedade (BRASIL, 2001).

Dentre as importâncias do Estatuto da Cidade, sobretudo, porque intimamente ligada ao objeto desta dissertação, indico a criação da figura do **solo criado** em esfera nacional que, pela obrigatoriedade, passou a necessariamente ter que estar presente em aproximadamente metade dos municípios brasileiros, por força dos arts. 40 e 42 do Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001).

O solo criado se faz presente no Estatuto da Cidade por meio de três instrumentos de políticas urbanas: Transferência do Direito de Construir (TDC), Operação Urbana Consorciada (OUC) e Outorga Onerosa do Direito de Construir (OODC). A importância desta inovação em âmbito nacional se deve a suposta força que o solo criado, em tese, deveria repercutir sobre a legislação urbanística e sobre a intervenção do Estado sobre a propriedade.

Ademais, é por causa da figura do solo criado que a suposta dissociação entre direito de propriedade e direito de construir, não se configura imediatamente como desapropriação indireta ou uma nova forma de confisco, mas em “simples” intervenção do Estado sobre a propriedade.

É possível, talvez porque evidente, que a OUC ou a OODC (estas duas especificamente, pelo caráter transacional e oneroso), por meio do solo criado, ampliaram o

rol de formas do Estado intervir na propriedade privada. Esta “obviedade” viria do aspecto ou repercussão essencial da figura do solo criado, pois ao permitir que o potencial construtivo evidentemente de caráter empresarial seja transacionado pelo Poder Público, ou separadamente ou por meio dos Certificados de Potencial Adicional Construtivo (CEPAC), o Estatuto da Cidade provocaria a tão reclamada separação entre direito de propriedade e direito de construir (FERNANDES, 2006).

O direito de construir, com o advento do Estatuto da Cidade e operacionalizado pela figura do solo criado manifestado principalmente nos dois instrumentos supracitados, estaria (em tese) dissociado do direito de propriedade, porque este potencial construtivo seria de controle do Poder Público.

Aliás, o avanço de legislações de cunho público, mas extremamente atreladas às tendências de empresariamento da Administração Pública, reconfigurou os instrumentos de política urbanas de tal forma que eles passaram a validar a apropriação privada dos bônus da urbanização e a socialização dos ônus – ou seja, a produzir efeitos imediatamente contrários ao pretendido pelo Estatuto da Cidade²⁵. O disposto neste momento tem também como objetivo, apontar como os textos normativos podem e são desarticulados ou ressignificados conforme interesses que se revelarão mais claramente com o avançar do texto, em que ficará claro a matriz essencialmente liberal do direito, que atrelada a sua instrumentalidade enquanto ferramenta de exercício de poder, conforma toda e qualquer alteração normativa em coerência aos aspectos preponderantes ou fundamentais do direito civil, por exemplo.

Derivado da importância relatada em termos materiais e formais, indico as implicações do Estatuto da Cidade nas legislações urbanísticas que estabeleceram políticas públicas na seara urbanística, especialmente no que diz respeito a própria comprovação de sua incapacidade de gerar resultados.

A ausência de qualidade de vida urbana nos municípios brasileiros era atrelada a ausência de elementos normativos para tal. Essa compreensão em qualquer aspecto da Administração Pública é facilmente perceptível, não à toa a processualidade foi eleita principal ferramenta para a execução de políticas públicas, sendo esta apenas possível pela produção de marcos normativos (BUCCI, 2013).

Assim, como resultado imediato ao Estatuto da Cidade, verificou-se pela Campanha Nacional promovida pelo Ministério das Cidades a partir de 2005, verdadeira proliferação de Planos Diretores durante a primeira década deste século XXI, na qual apurou-se que entre o

²⁵ Esta conversão ou reconfiguração será detalhada no quarto capítulo, “OUC vive?”.

período 2005 a 2013, os Municípios que possuíam Plano Diretor passaram de 805 em 2005, para 2.785 em 2013, ou seja, 14,47% dos Municípios brasileiros, para 50% este universo geral (SANTOS JÚNIOR e MONTANDON, 2011).

A proximidade de cumprimento por aproximadamente 95% dos Municípios obrigados a elaborarem Planos Diretores, é razoável afirmar e perceber a proliferação de textos normativos conexos às leis de planejamento municipal. Isto porque grande parte dos instrumentos de política urbana demandam legislação específica para poderem ser utilizados pelo Municípios, ou seja, em termos práticos e normativos, o Plano Diretor dá diretrizes para a aplicação destes instrumentos que serão detalhados em suas legislações específicas (SANTOS JÚNIOR e MONTANDON, 2011).

Neste sentido, conforme sustentado ao início, nos cabe fazer um breve exame sobre os efeitos quantitativos e qualitativos produzidos pelo crescimento intensivo e extensivo da legislação urbanística.

Começemos com a exploração do primeiro instrumento de política urbana e como sua aplicação é obstaculizada não por questões administrativas em princípio, mas desmobilizadas pela própria tecnicidade jurídica. Me refiro ao Parcelamento, Edificação e Utilização Compulsórios (PEUC) e, conectado a este, o IPTU progressivo no tempo – ambos previstos entre os arts. 5º a 8º do Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001).

A aplicação do Parcelamento, Edificação e Utilização Compulsórios – PEUC – pode ser caracterizada por sua não aplicação. A PEUC seria um dos principais instrumentos para o cumprimento da função social da propriedade, pois tem como foco a “recuperação urbanística” pelo Poder Público de imóveis identificados como não edificados, não utilizados ou subutilizados. A identificação sobre estas três características vem previamente disposta no Estatuto da Cidade, contudo, a referida lei sugere/demanda a adequação em âmbito municipal. O motivo é óbvio, porque as três características partem da função social da propriedade que é definida no Plano Diretor. Uma vez que sob a lógica dos princípios da Administração Pública previstos no art. 37 da CF/88, especificamente para a eficiência de políticas públicas, a aplicação da PEUC seria óbvia ou supostamente necessária, pois permitiria a utilização de áreas não utilizadas para a realização de finalidades urbanas, como instalação de infraestrutura ou moradia, considerando que já estariam os imóveis nas condições previstas pela PEUC em áreas urbanas com infraestrutura, barateando os custos, portanto quaisquer

investimentos necessários para requalificar o imóvel e torna-lo, por exemplo, em habitação de interesse social, ou simplesmente em produto imobiliário – afinal, seria ingênuo não compreender que o cumprimento da função social da propriedade também é realizar a propriedade em sua forma mercadoria.

Todavia, as tentativas de utilização da PEUC esbarraram e esbarram em obstáculos de toda sorte (ou azar). Ressalto que apenas 20% dos Municípios obrigados a constituírem Planos Diretores, regulamentaram a PEUC em seus Planos Diretores (IBGE, 2014), sendo que esta regulamentação não necessariamente aponta a sua verificação ou realização. Desde 2001, quando o instrumento foi “nacionalizado” pelo Estatuto da Cidade foram poucos os casos de sucesso, sendo que grande parte dos entraves para sua aplicação, conforme pelas Administrações Públicas municipais, consistem naqueles ligados aos aspectos jurídicos de sua aplicação – todos relacionados à processualidade em si, como os procedimentos de notificação, ou a própria condição de realização integral do instrumento – haja visto que a terceira etapa para a concretização da PEUC é a desapropriação-sanção com a utilização de títulos da dívida pública do Município; questão impossível de ser cumprida, porque a Resolução nº 29/2009 do Senado Federal proíbe os Municípios de expedirem autonomamente títulos de suas dívidas públicas (BRASIL, 2015c). Temos assim, um quadro evidente de legislação simbólica e de simulacro. Afinal, a PEUC, solução jurídica para ajudar a resolver vazios urbanos possui entraves jurídicos a sua própria realização, sendo que de certa forma, a técnica jurídica apontaria na produção normativa para resolver. Ou seja, manifesta-se a relação circular, na qual os movimentos para a concretização da PEUC levam sempre aos mesmos locais.

Imediatamente relacionado à PEUC, e parte integrante do cenário encriptado por simulacros e legislações simbólicas está a aplicação do IPTU como instrumento de política urbana, logo, sua utilização para conformação da função social da propriedade.

Apesar de existir a possibilidade do IPTU exercer função extrafiscal justamente para promover a função social da propriedade, o que se verifica sobre esta função é a verdadeira manifestação de legislação simbólica, pois, apesar dos municípios (alguns) preverem o IPTU, não conseguem implementar as medidas para a cobrança em seus moldes extrafiscais no que diz respeito à função social da propriedade.

Inicialmente, destaca-se que o IPTU é o tributo que tem como fato gerador imediatamente a propriedade imobiliária. Em termos de representação acerca do direito de propriedade é o tributo mais afetado ou, comumente, “reclamado”. É possível reconhecer diversos obstáculos sobre a sua aplicação que imediatamente revelam os simulacros presentes no e pelo direito.

No campo tributário, por exemplo, é notavelmente reconhecido que o IPTU não possui qualquer lastro com a realidade econômica, pois a apuração ou mensuração do fator gerador, o valor do imóvel por meio das Plantas Genéricas de Valores, são extremamente irreais ou defasadas. Os obstáculos para o cumprimento do tributo no campo tributário, já encontra resistência imediata. Porto Alegre, por exemplo, não atualiza seus valores, em virtude das resistências políticas, manifestadas pelo campo jurídico, desde 1991. Quaisquer aumentos que considerem a atualização da Planta Genérica de Valores, aproximando os valores dos imóveis aos seus valores de mercado – conforme sugere o instrumento tributário – geram questionamentos judiciais que impedem, ao compreender inclusive como exercício de tributação excessiva, a aplicação adequada do tributo.

O que pretendo argumentar é que mesmo no campo do direito tributário, o IPTU, já se manifesta como simulacro. No campo do direito urbanístico, no intuito de cumprir a função social da propriedade, as evidências são ainda mais claras. O primeiro ponto a se considerar é que se o IPTU não for cobrado adequadamente, já impede a concretização efetiva da justa distribuição de ônus e bônus da urbanização, pois por si, já facilita a concentração de riqueza. Em seguida, é razoável, porque evidenciado, que a linguagem jurídica comumente desmobiliza as possibilidades tributárias fiscais ou extrafiscais do IPTU. Ao cumprimento da função social da propriedade, esta desmobilização é evidente ao manipular a linguagem jurídica disposta pelo direito tributário para criar entraves ao uso extrafiscal do IPTU ou até mesmo fiscal. Jurisprudências hegemônicas no STF nos mostra que há um simulacro sobre a aplicação do IPTU, pois a consideração sobre seu caráter extrafiscal derivado

do cumprimento à função social da propriedade é sempre descaracterizado em virtude das qualidades ou possibilidades de modulação sobre a ótica do direito tributário²⁶.

Outra questão interessante, que demonstra a produção normativa como alternativa (única) a resolução essencial dos problemas urbanos, são os instrumentos jurídicos voltados para a viabilização do direito à moradia.

O direito à moradia, incorporado ao texto constitucional no art. 6º (BRASIL, 1988) é elemento que compõe as funções sociais da cidade apresentadas no art. 2º do Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001), teve sua operacionalidade nacional – pós-era BNH²⁷ - conduzida por meio de três braços que supostamente se complementariam pela legislação urbanística, conforme definido pelo Estatuto da Cidade.

O primeiro braço seria a condução de políticas habitacionais a partir das Zonas Especiais de Interesse Social (as famosas ZEIS), previstas no Estatuto da Cidade como elemento obrigatório nos Planos Diretores, apurou-se que 81% dos Municípios que propuseram ZEIS não fizeram quaisquer regulamentações ou tentativas de utilização do mesmo (IBGE, 2018).

O segundo braço, também subsidiado pelo Estatuto da Cidade, refere-se aos instrumentos de regularização fundiária: usucapião especial coletiva, concessão de uso especial para fins de moradia, legitimação de posse por demarcação urbanística. É fundamental recuperar que grande parte destes instrumentos dependem da atuação do Poder Judiciário, espaço no qual costumam encontrar enorme dificuldade para se realizar. Não à toa pesquisa do Ministério da Justiça apurou que os principais obstáculos para a concretização destes instrumentos estão em elementos jurídicos, como a desqualificação da posse, em virtude das possibilidades procedimentais oferecidas para a proteção da propriedade privada e a total descon sideração da função social da posse pelo próprio Poder Judiciário (BRASIL, 2016b).

²⁶ Esta situação ficou evidente na tentativa de promover a reforma do IPTU pelo Município de São Paulo em 2013-2014, quando o TJSP, reconhecendo os argumentos de tributação excessiva, mas decidindo por questões procedimentais do painel de votação, julgou inconstitucional a proposta de remodelação do IPTU. Em Recurso Extraordinário, ao STF, o caso ainda não teve decisão final, entretanto, o ministro Joaquim Barbosa, à época, indeferiu a liminar solicitada pela prefeitura, mantendo afastada a reforma do IPTU.

²⁷ BNH refere-se a sigla do Banco Nacional de Habitação, existente entre 1964 a 1986, responsável pela concretização de políticas de financiamento à habitação no país. Modelo essencialmente ligado aos governos da ditadura militar, foi abandonado no processo de redemocratização. O país voltaria a ter, em termos nacionais, políticas para habitação apenas a partir de 2005, com a criação do Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social, que seria acompanhado pelas modalidades do Programa Minha Casa Minha Vida (2009).

Complementar às ZEIS, o terceiro braço estaria nas políticas de fomento e provimento à habitação oriundas do Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social previstas pela Lei Federal nº 11.124, de 16 de junho de 2005. Desde a lei em questão, 2.212 municípios elaboraram seus Planos de Habitação de Interesse Social, contudo em apenas 1.434 ocorreu articulação com o Plano Diretor – portanto, política urbana e política habitacional não se integrariam (IBGE, 2018).

Os três braços citados nos dão um sucinto panorama sobre as políticas habitacionais no país, especialmente, nos dando certeza que no período entre 2001 à 2015, as legislações urbanísticas, pressupostos de quaisquer atos governamentais referentes às políticas públicas (BUCCI, 2013) cresceram vertiginosamente.

Todavia, apesar do crescimento dos marcos normativos e seus primeiros desdobramentos em políticas urbanas, os resultados apresentados foram contraditórios aos seus objetivos. No período entre os anos de 2000 a 2015 o déficit habitacional em termos relativos diminuiu de 16,1% para 9,3% em 2015. Porém, ao examinarmos os dados, percebemos que o déficit habitacional diminuiu, porque foi reduzido em termos absolutos nas áreas rurais, sobre as quais as políticas urbanas e habitacionais – sobretudo relacionadas as políticas urbanas, como ZEIS ou instrumentos de regularização – não incidem.

Resultado similar é possível de se verificar no campo das políticas de mobilidade, sobre as quais grandes investimentos foram desempenhados nos últimos anos, especialmente em virtude dos eventos internacionais (Copa do Mundo FIFA 2014 e Olimpíadas 2016), entretanto a qualidade destes no que tange a eficiência do transporte, o direito à mobilidade urbana se reduziu, porque os investimentos realizados encareceram o custo dos transportes as populações mais pobres e periféricas, ampliando o quadro de desigualdade espacial – diametralmente oposto ao requerido pelo “direito à cidade” (MOURA e PÊGO FILHO, 2016).

Assim, chega a ser “curioso” que o período de maior crescimento das legislações urbanísticas, foi acompanhado também da ampliação da informalidade do solo nas cidades (ONU-HABITAT, 2012). Apesar do crescimento da oferta e da promoção de legislações e políticas urbanas que procuram planejar e prover cidades mais “iguais”, conforme sugere o art. 2º do Estatuto da Cidade, na prática os resultados

culminaram no crescimento do tecido urbano em áreas informais e sem as qualidades inerentes à urbanização. Portanto, os ônus não apenas foram repartidos como ainda aumentaram.

A breve exposição a respeito da evidente ausência de eficiência das legislações urbanísticas em produzir seus efeitos pretendidos é vinculada, neste trabalho, ao simulacro sobre a qual elas se constituem. Este simulacro, por meio da técnica jurídica, remodela as legislações urbanísticas com base nas leituras normativas hegemônicas.

2.4 Direito à cidade?

Nas duas últimas décadas o debate acerca da existência normativa de um direito à cidade tem se intensificado no meio acadêmico. Publicações sobre a existência do direito à cidade, logo sua afirmação, tem se tornado comum dentro do direito e, sobretudo, fora, afinal o direito à cidade, imediatamente relacionado à obra do filósofo francês, Henri Lefebvre, é objeto de estudo há tempos de outros campos relacionados ao urbanismo (geografia, arquitetura, sociologia e economia). Me refiro especificamente às duas últimas décadas, porque é a partir do início da primeira década do século XXI que o direito à cidade recebeu, aparentemente, forma normativa ou procurou ser institucionalizado dentro de nossas formas jurídico-políticas.

O direito à cidade proclamado ou reclamado em sua forma institucional (FERNANDES, 2014) é considerado fundamental a este trabalho, tendo em vista sua contribuição para a compreensão da contextualização normativa da OUC que me propus desde o início desta pesquisa, em razão da oportunidade que o direito à cidade confere para compreendermos como significados podem ser neutralizados. Este item se justifica, em virtude de explorar como sobre o direito à cidade parecem se projetar as mesmas expectativas com a institucionalização da função social da propriedade e funções sociais da cidade.

Inicialmente, apenas em caráter introdutório, aponto que a relevância de lançar o olhar sobre o direito à cidade e sua suposta existência em termos jurídicos se confere por duas razões que serão desenvolvidas nesta dissertação, a saber: (i) o possível impacto sobre a aplicação do direito urbanístico e (ii) sua impossibilidade nos termos reclamados no Estado de Direito se recuperada a compreensão que possuo sobre direito e o direito à cidade conforme proposto por Lefebvre (2008).

Neste subcapítulo me mantereí sobre a primeira razão, sendo a segunda explorada ao longo de todo o texto, especialmente no último capítulo (afinal, será o resultado do esforço teórico pretendido com a pesquisa).

No percurso da institucionalização de um direito à cidade, recorro dois eventos fundamentais e de abrangência internacional: Fórum Social Mundial Policêntrico de 2006 e o III ONU/Habitat.

O evento de 2006 culminou na redação da Carta Mundial pelo Direito à Cidade, que delineou o significado de direito à cidade que seria possível de apreensão ou realizável pela institucionalidade política, nos seguintes termos:

2. O Direito a Cidade é definido como o usufruto equitativo das cidades dentro dos princípios de sustentabilidade, democracia, equidade e justiça social. É um direito coletivo dos habitantes das cidades, em especial dos grupos vulneráveis e desfavorecidos, que lhes confere legitimidade de ação e organização, baseado em seus usos e costumes, com o objetivo de alcançar o pleno exercício do direito à livre autodeterminação e a um padrão de vida adequado. (FÓRUM SOCIAL MUNDIAL POLICÊNTRICO, 2006)

O significado desenvolvido em 2006 ganhou força e recebeu reconhecimento internacional e definitivo em 2016, na III ONU-Habitat – a conferência ONU-Habitat é a principal referência internacional no que diz respeito às novas orientações e implicações às políticas públicas relacionadas às questões urbanas, o que é óbvio, tendo em vista que se trata do braço da ONU sobre estes temas.

Reconheço a importância da III ONU-Habitat, pois o documento consolidado neste congresso internacional ocorrido em Quito, Equador, acolheu o direito à cidade como o elemento fundamental e estruturante da Nova Agenda Urbana, a saber:

11. Compartilhamos o ideal de uma cidade para todos, referimo-nos a igualdade no uso e no desfrute das cidades e dos assentamentos humanos, buscando promover a inclusão e garantir que todos os habitantes, tanto as gerações presentes como futuras, sem discriminação de algum tipo, podem criar cidades e assentamentos humanos justos, seguros, acessíveis, alcançáveis, resilientes e sustentáveis, para habitar neles a fim de promover a prosperidade e a qualidade de vida para todos. Fazemos notar os esforços de alguns governos nacionais e locais para consagrar este ideal, conhecido como “o direito à cidade”, em suas leis, declarações políticas e cartas. (ONU-HABITAT, 2017, p. 5)28

²⁸ 11. Compartimos el ideal de una ciudad para todos, refiriéndonos a la igualdad en el uso y el disfrute de las ciudades y los asentamientos humanos y buscando promover la inclusividad y garantizar que todos los habitantes, tanto de las generaciones presentes como futuras, sin discriminación de ningún tipo, puedan crear ciudades y asentamientos humanos justos, seguros, sanos, accesibles, asequibles, resilientes y sostenibles y habitar en ellos, a fin de promover la prosperidad y la calidad de vida para todos. Hacemos notar los esfuerzos de algunos gobiernos nacionales y locales para consagrar este ideal, conocido como “el derecho a la ciudad”, en sus

É importante notar que o direito à cidade, enquanto referência conceitual norteadora ou integradora institucional, conforme pretendido pelos documentos internacionais, vincula-se diretamente a ideia de “Reforma Urbana” – o que para nós tem relevante significado, pois grande parte das políticas urbanas desenvolvidas no contexto da redemocratização da década de 1980 até os dias de hoje é associado ao movimento da “Reforma Urbana”.

A relação entre o Movimento Nacional pela Reforma Urbana e sua renovação pela incorporação do direito à cidade é fundamental para pensarmos a orientação ou percepção deste direito na ordem jurídica brasileira.

No Brasil o direito à cidade estaria consagrado no Estatuto da Cidade, como sugere Saule Jr.:

A noção política e cultural do direito à cidade como carro chefe da reforma urbana, a partir da edição do Estatuto da Cidade (lei nacional de política urbana), transformou-se num marco referencial legal e institucional para as experiências existentes nas cidades brasileiras. A adoção de legislações nos municípios, que reconhecem direitos de grupos sociais que vivem em assentamentos informais, criam instrumentos de participação popular na gestão da cidade, dentre os quais os conselhos e as conferências das cidades. O orçamento participativo reforça a vinculação entre Governança Urbana Democrática e políticas públicas que priorizem a proteção e a realização dos direitos coletivos dos habitantes mais vulneráveis que vivem nas cidades. (SAULE JUNIOR, p. 3, 2005).

Aponto que o autor vincula os conteúdos presentes na ordem jurídica urbanística para descobrir o direito à cidade enquanto elemento jurídico. Contudo, apesar da compreensão do referido autor me coube verificar se o campo do direito urbanístico, de fato, reconhece ou assimila este direito à cidade.

MELLO (2017), sustenta que o direito à cidade não é de fácil conceituação, afirmando:

O conteúdo normativo complexo do direito à cidade é formado por uma grande diversidade de posições jurídicas subjetivas, que protegem bens, valores e interesses comunitários dos habitantes da polis, e muitas dessas posições subjetivas coincidem com o conteúdo normativo de outros direitos humanos. Contudo, o direito à cidade não é o conjunto dos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais de que são titulares os habitantes de uma cidade. (MELLO, 2017, p. 447)

Logo, a complexidade reconhecida no direito à cidade levaria a consideração que seu significado não se dá apenas pela abrangência de vários direitos, mas pela relação que estes

estabelecem na perseguição ou promoção da vida urbana ou cidades justas sob uma concepção balanceada pelos aspectos econômicos, sociais e culturais (MELLO, 2017).

O mesmo é descrito ou elaborado por SUNDFELD (2006), que reconhecendo a abrangência do direito à cidade a partir do Estatuto da Cidade, o configura, assim como MELO (2017), enquanto um direito coletivo possível de ser reclamado enquanto tal – logo responsabilizando a administração pública – tomando como orientação o significado de cidade sustentável estabelecido no Estatuto da Cidade.

GUIMARÃES (2017) expõe, em concordância, o caráter complexo do direito à cidade, propondo sua conceituação também pela articulação das funções sociais da cidade, especialmente, aquelas relacionadas à gestão democrática da cidade. Aliás, neste sentido, ela aproxima à obra de Lefebvre (2008) e, especialmente, Harvey (2014) ao reclamar o impacto necessário do direito à cidade na institucionalidade política. Mas que fique claro, a referência é o Estatuto da Cidade.

O vínculo entre as funções sociais da cidade delimitadas pelo Estatuto da Cidade, especialmente o art. 2º, inciso I, e o direito à cidade parece ser confirmada em seu processo de institucionalização jurídica.

Levantamento sobre as legislações municipais de orientação urbanística, basicamente os Planos Diretores Municipais²⁹, revela que dentre as 27 capitais brasileiras, apenas 10 reconhecem o direito à cidade dentro de sua ordem jurídica (Quadro 5).

Quadro 2 - Direito à cidade nos Planos Diretores vigentes das capitais brasileiras

Município	Estado	Plano Diretor	Significado
Aracaju	SE	Lei Complementar nº 42, de 4 de outubro de 2000. Institui o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano de Aracaju, cria o sistema de planejamento e gestão urbana e dá outras providências.	Sim. Estatuto da Cidade
Belém	PA	Lei Nº 8.655, de 30 de julho de 2008. Dispõe sobre o Plano Diretor do Município de Belém, e dá outras providências.	Não
Belo Horizonte	MG	Lei nº 7.165, de 27 de agosto de 1996. Institui o Plano Diretor do Município de Belo Horizonte.	Não
Boa Vista	RR	Lei Complementar nº 924, de 28 de novembro de 2006. Dispõe sobre o Plano Diretor Estratégico e Participativo de Boa Vista e dá outras providências.	Não
Brasília	DF	Lei Complementar nº 803, de 25 de abril de 2009	Não
Campo Grande	MS	Lei Complementar nº 94, de 6 de outubro de 2006	Não
Cuiabá	MT	Lei Complementar nº 150, de 29 de janeiro de 2007	Sim. Estatuto da Cidade

²⁹ Uma breve nota metodológica. O levantamento envolveu apenas as capitais brasileiras, porque além da centralidade administrativa, concentram majoritariamente a população urbana brasileira – ou seja, o número de habitantes “regulados” pela normatividade dos Planos Diretores. Esclareço, também, que o Distrito Federal, apesar de não ser Município em termos tradicionais, recebe o mesmo tratamento no que diz respeito a previsão e elaboração de Plano Diretor, por isso, também compõe o levantamento.

Curitiba	PR	Lei nº 11.266, de 16 de dezembro de 2004. Dispõe sobre a adequação do Plano Diretor de Curitiba ao Estatuto da Cidade - Lei Federal nº 10.257/01, para orientação e controle do desenvolvimento integrado do Município	Não
Florianópolis	SC	Lei Complementar nº 482, de 17 de janeiro de 2014. Institui o Plano Diretor de Urbanismo do Município de Florianópolis que dispõe sobre a Política de Desenvolvimento Urbano, o Plano de Uso e Ocupação, os Instrumentos Urbanísticos e o Sistema de Gestão.	Não
Fortaleza	CE	Lei Complementar nº 42, de 4 de outubro de 2000. Institui o Plano Diretor Participativo do Município de Fortaleza e dá outras providências.	Sim. Estatuto da Cidade
Goiânia	GO	Lei Complementar nº 171, de 29 de maio de 2007. Dispõe sobre o Plano Diretor e o processo de planejamento urbano do Município de Goiânia e dá outras providências.	Sim. Estatuto da Cidade
João Pessoa	PA	Decreto nº 6.499, de 20 de março de 2009. Consolida a Lei Complementar nº 054, de 23 de dezembro de 2008, às disposições da Lei Complementar nº 3, de 30 de dezembro de 1992.	Não
Macapá	AP	Lei Complementar nº 026, de 20 de janeiro de 2004. Institui o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano e Ambiental do Município de Macapá e dá outras providências.	Não
Maceió	AL	Lei nº 5.486, de 30 de dezembro de 2005. Institui o Plano Diretor do Município de Maceió, estabelece diretrizes gerais de política de desenvolvimento urbano e dá outras providências.	Não
Manaus	AM	Lei Complementar nº 2, de 16 de janeiro de 2014. Dispõe sobre o Plano Diretor Urbano e Ambiental do Município de Manaus e dá outras providências.	Não
Natal	RN	Lei Complementar nº 82, de 21 de junho de 2007. Dispõe sobre o Plano Diretor de Natal e dá outras providências.	Não
Palmas	TO	Lei Complementar nº 400, de 2 de abril de 2018. Plano Diretor Participativo do Município de Palmas-TO	Sim. Estatuto da Cidade
Porto Alegre	RS	Lei Complementar nº 434, de 1º de dezembro de 1999. Dispõe sobre o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano Ambiental do Município de Porto Alegre e dá outras providências.	Não
Porto Velho	RO	Lei Complementar nº 311, de 30 de junho de 2008. Dispõe sobre o Plano Diretor do Município de Porto Velho e dá outras providências.	Não
Recife	PE	Lei nº 17.511, de 29 de dezembro de 2008. Promove a revisão do Plano Diretor do Município do Recife.	Sim. Estatuto da Cidade
Rio Branco	AC	Lei nº 2.222, de 26 de dezembro de 2016. Aprova e Institui a revisão do Plano Diretor do Município de Rio Branco e dá outras providências	Sim. Estatuto da Cidade
Rio de Janeiro	RJ	Lei Complementar nº 111, de 1º de fevereiro de 2011. Dispõe sobre a Política Urbana e Ambiental do Município, institui o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano Sustentável do Município do Rio de Janeiro e dá outras providências.	Não
Salvador	BA	Lei nº 9.069, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano do Município de Salvador - PDDU 2016 e dá outras providências	Sim. Estatuto da Cidade
São Luís	MA	Lei nº 4.669, de 11 de outubro de 2006. Dispõe sobre o Plano Diretor do Município de São Luís e dá outras providências.	Não
São Paulo	SP	Lei nº 16.050, de 31 de julho de 2014. Aprova a Política de Desenvolvimento Urbano e o Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo e revoga a Lei nº 11.430/2002	Sim. Estatuto da Cidade
Teresina	PI	Lei Complementar nº 3.358, de 20 de outubro de 2006. Reinstaurou o Plano Diretor de Teresina, denominado Plano de Desenvolvimento Sustentável – Teresina Agenda 2015, e dá outras providências.	Não
Vitória	ES	Lei nº 6.705, de 13 de outubro de 2006. Institui o Plano Diretor Urbano do Município de Vitória e dá outras providências.	Sim. Estatuto da Cidade

NÚCLEO JURÍDICO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, 2017

Parece-me que a expectativa sobre o direito à cidade e seu papel inovador na ordem urbanística não se comprova ou se assimila imediatamente. Apesar, obviamente, do surgimento ou reconhecimento deste de modo cada vez mais habitual.

Os resultados percebidos nos mostram que todos os Municípios que procuraram de alguma forma institucionalizar o direito à cidade o fizeram por meio das funções sociais da cidade. Tendo em vista a forma como foram elaborados, é inevitável não assumir a relação com as funções sociais da cidade, tendo em vista que se definem ou a partir de cópia do texto do Estatuto da Cidade ou por simples menção às cidades sustentáveis.

Aliás, a conexão entre as funções sociais da cidade e o suposto direito à cidade institucionalizado pelas legislações municipais é facilmente percebida pela leitura do art. 2º, inciso I, que reproduzo, apenas, para confirmação retórica se comparado ao conteúdo do Quadro 2:

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações; (BRASIL, Lei Federal nº 10.253, de 10 de julho de 2001 – Estatuto da Cidade)

O que sugiro é que em sua assimilação jurídica o direito à cidade se conformou como uma composição de direitos que se entrelaçam na vida urbana e podem facilmente serem identificadas nas funções sociais da cidade.

Contudo, preliminarmente, questiono se a relação imediata apreendida na institucionalidade conferida pelo direito à cidade previsto nos textos legais cada vez mais comuns e nas interpretações sobre ele podem ser, de fato, associadas ao direito à cidade enquanto a construção teórica (e fundamentalmente política) nos remete e, sobretudo, à coerência deste trabalho.

Desse modo, em contraste à reclamação pela institucionalidade do direito à cidade como intuito de conferi-lo força normativa, logo impacto sobre o direito público em termos de direito coletivo ou difuso (SAULE JR, 2005), faço breve discussão acerca da dimensão filosófica do direito à cidade.

O direito à cidade foi termo “criado” ou potencializado pela obra homônima do filósofo francês Henri Lefebvre entre os anos de 1967 e 1968 (HARVEY, 2014).

Ampliando suas bases teóricas de análise da sociedade em seus hábitos mais sensíveis, Lefebvre (2008) avança sobre a compreensão do espaço na (re)produção da sociedade capitalista. Nesta perspectiva teórica o autor propõe que o espaço, em virtude do fenômeno urbano, passou a ocupar a centralidade da (re)produção capitalista, sendo esta relevância

alcança por seu caráter totalizante que transforma todas as formas ou elementos da *práxis* social em produto.

Assim, defende Lefebvre que o capitalismo transforma a cidade (o espaço) em produto, que se contraporia à cidade enquanto obra (LEFEBVRE, 2008). Esta formulação do autor francês costuma ser ignorada no debate sobre direito à cidade, talvez, em virtude de suas obras subsequentes que exploraram com maior intensidade e densidade o fenômeno urbano em perspectiva econômica.

Entretanto, me parece fundamental recuperar a separação entre a cidade enquanto obra e a cidade enquanto produto formulada por Lefebvre, porque esta atravessa ou se situa ao centro da ideia lançada de direito à cidade que pretendo sustentar nesta dissertação – a distinção, inclusive, será melhor abordada no capítulo final.

A cidade enquanto produto é exatamente o que se propõe, ou seja, a cidade apropriada pela oportunidade capitalista de promover a (re)produção ampliada de capital por meio da exploração da vida urbana (LEFEBVRE, 2008). Em termos evidentes se traduz na mercantilização de produtos imobiliários como residências para habitação popular ou de luxo. Entretanto, a sofisticação da economia e das possibilidades sobre o solo urbano nos leva a problematização da condição da cidade como produto.

A questão a respeito da cidade enquanto produto se debruça sobre como o capitalismo produz valor de troca sobre o valor de uso produzido pela apropriação do exercício das subjetividades/coletividades sobre o espaço.

Talvez, o melhor exemplo para explicar este processo de apropriação do valor de uso e sua transformação em valor de troca, sejam os processos de gentrificação promovidos em diversas cidades do mundo após a preparação dos espaços para comunidades gentrificadas. O fenômeno, que as vezes é tratado como “meme de internet”, exemplifica precisamente o que Lefebvre (2008) queria dizer com o caráter totalizante do capitalismo e sua apropriação por meio da transformação em produto das subjetividades/coletividades pelo uso do espaço. Afinal, não é objetivo (imediato) de novos moradores gerarem valor de forma a encarecer o solo urbano, por exemplo, no Soho em Nova Iorque como ocorreu durante as décadas de 1980 e 1990. Entretanto, o mercado, por meio da dinâmica imobiliária, capturou o valor de uso conferido às áreas segregadas, porém recuperadas pelo uso deste segmento social (valor de uso) e os transformou em valor de troca ao perceber e realizar novos investimentos em produtos imobiliários possíveis apenas em decorrência da requalificação realizada por aquela coletividade.

Outro exemplo, seriam as novidades imobiliárias em, coincidentemente, Manhattan, em Nova Iorque. Os novos grandes empreendimentos imobiliários em Manhattan tem investido em áreas públicas dentro de suas áreas privadas. Ou seja, os empreendimentos imobiliários (residenciais ou comerciais) estão reservando áreas de seus lotes para áreas privadas, mas de uso e acesso público durante grande parte do dia. Em termos práticos seria como um grande novo prédio que costuma ter área de lazer, dispusesse de parte dela para qualquer pessoa. Aparentemente a ideia parece excelente, tendo em vista que amplia a oferta de áreas públicas de lazer sem onerar a administração pública, entretanto, revela-se o que Lefebvre (2008) atribuía à cidade enquanto produto, pois os sujeitos que utilizam estas áreas pelo uso que proporcionam, as tornam valiosas, valorizando-as – portanto, geram valor de troca. A perversidade, inclusive, se dá por quem se apropria do que seria comum; porque o valor gerado por aqueles usuários, enquanto eles supostamente estariam usufruindo do espaço em estado bruto sem qualquer função econômica, na verdade é apropriado por investidores/proprietários.

Entretanto, não é apenas a cidade enquanto produto que existe. Lefebvre a contrapõe com a cidade enquanto obra. A cidade como obra seria aquela que existe nas entrelinhas, resistindo à cidade como produto, por meio do uso imanente do espaço (LEFEBVRE, 2008). Chamo a atenção para esta elaboração de Lefebvre, pois a cidade enquanto produto seria essencialmente transcendente. O que a torna possível são, justamente, formas jurídico-políticas de sua promoção. Pois, a forma de apropriação do valor de uso promovido pelo uso comum, coletivo, se dá por formas jurídicas que permitem a tradução e conformação das mesmas para finalidades do mercado.

Assim, no intuito de romper com a cidade enquanto produto, Lefebvre reclama o direito à cidade, que seria sua recuperação à oportunidade de vive-la enquanto obra:

O direito à cidade se manifesta como forma superior de direitos: direito à liberdade, à individualização na socialização, ao habitat e ao habitar. O direito à obra (à atividade participante) e o direito à apropriação (bem distinto do direito à propriedade) estão implicados no direito à cidade (LEFEBVRE, 2008, p. 134)

O trecho me parece interessante porque inicialmente se assemelha ao que percebemos nas tentativas de institucionalização do direito à cidade no Brasil, entretanto, em decorrência da distinção que o Lefebvre faz sobre a cidade enquanto produto e a cidade enquanto obra, ela recebe maior amplitude facilmente vinculada a imanência das subjetividades/coletividades e não a transcendência estatal na promoção de políticas públicas.

Apesar do viés antiestatal, porque imanente, do direito à cidade elaborado por Lefebvre, FERNANDES (2014) na tentativa de reconhecimento normativo deste direito e em leitura notadamente mais abrangente do mesmo no contexto da obra lefebvriana, procura reconhecê-lo como uma normatividade a porvir baseado em modelos de planejamento urbano participativo.

Assim, o direito à cidade derivado do complexo dialético de diversos direitos associados à forma urbana, como apontados pelo próprio Lefebvre, seriam os pressupostos ou fundamentos para a afirmação de novas formas jurídicas estabelecidas em “novo contrato social” no qual o direito à cidade, como acepção política formulada como uma cidadania urbana a afirmaria:

A formulação e materialização de um novo contrato político de cidadania social que reconheça e legalize os direitos dos cidadãos a participar de forma completa e ativa na sociedade política e civil é a condição *sine qua non* para a expansão e aprofundamento da democracia. Uma ampliação das características dos direitos de cidadania é mais importante para promover a governabilidade democrática das cidades: as cidades e a cidadania são definitivamente a mesma questão (FERNANDES, 2014, p. 500)³⁰

Aliás, é apostando nesta formulação que FERNANDES conclui pela existência ou possibilidade de afirmação do direito à cidade no Brasil, pois as dimensões normativas do Estatuto da Cidade, se combinadas proporcionariam a existência do direito à cidade no Brasil, assim como as condições necessárias para o país executar o novo contrato social proposto por Lefebvre (FERNANDES, 2014, p. 509).

A percepção de FERNANDES (2014) é, em certa medida, validada por HARVEY (2014), tendo em vista que o autor inglês, mesmo reconhecendo a incoerência inerente entre o direito à cidade como forma jurídica e sua formulação política imanente, atribuiu ao mesmo a possibilidade de contaminação da estrutura institucional:

Reivindicar o direito à cidade no sentido que aqui proponho equivale a reivindicar algum tipo de poder configurador sobre os processos de urbanização, sobre o modo como nossas cidades são feitas e refeitas, e pressupõe fazê-lo de maneira radical e fundamental (HARVEY, 2014, p. 30)

³⁰ La formulación y materialización de un nuevo contrato político de ciudadanía social, que reconozca y legalice los derechos de los ciudadanos a participar en forma completa y activa en la sociedad política y civil es la condición *sine qua non* para la expansión y la profundización de la democracia. Una ampliación de esas características de los derechos de ciudadanía es aún más importante para promover la gobernabilidad democrática de las ciudades: las ciudades y la ciudadanía son en definitiva la misma cuestión (FERNANDES, 2014, p. 500)

Harvey sustenta seu direito à cidade a partir da luta social, na qual movimentos sociais organizados pelo caráter urbano que os definem pressionariam a institucionalidade vigente (HARVEY, 2014).

Entretanto, adiantando fundamentos das teses trabalhadas nesta dissertação, o Estado de Direito na forma como o conhecemos, solidifica o poder dentro de suas molduras juridicamente determinadas. Portanto, os atores capazes de definir ou alimentar a institucionalidade do poder determinada pelo e com o Estado de Direito já estariam determinados pela própria estrutura jurídica, conforme o processo de encriptação de poder revela³¹ (SANIN RESTREPO, 2015).

A direito como elemento político que orienta tecnicamente a linguagem como instrumento de poder, é a primeira leitura ou a proposta de compreensão teórica e prática para enfrentar o problema levantado nesta dissertação (amplamente reforçado nas teses que serão apresentadas ao fim deste texto).

Contudo, e por isso o direito à cidade em sua acepção política me interessa. Porque é sobre ela que o direito pode (inclusive termos técnicos) recuperar ou também se concretizar como instrumento capaz de revelar o povo oculto. Ou seja, o direito à cidade por seu caráter imanente, pode oferecer abertura à institucionalidade jurídica que encripta. Contudo, para tal, o direito à cidade precisará superar o viés institucional atual por meio da descriptação.

Descriptar o direito (à cidade) seria abrir os significados ou as possibilidades de significação do e no direito (institucional), pelo reconhecimento apriorístico da diversidade inerente ao tecido sobre o qual este direito como toda a Administração Pública age. Seria desvelar o povo oculto no processo de elaboração e resistências às políticas públicas que neutralizam conteúdos que favorecem à diversidade (excluída), privilegiando interesses privados que se fazem hegemônicos e realizam apenas um tipo de cidade, no caso a cidade produto (SANÍN-RESTREPO, 2016).

Ilustrativamente, como esforço teórico e prático essencial a este trabalho, descriptar o direito à cidade, seria considerar formas diversas de produção do espaço urbano que não passam pelas modelagens institucionais típicas de programas públicos (como o Minha Casa, Minha Vida, previsto na Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009). Mas perceber que políticas

³¹ Os movimentos sociais serão cooptados se condicionados pela tecnicidade do direito. Assim, eles se tornam simulacro de povo, porque em termos concretos a participação tem como razão exclusiva simular a participação popular, enquanto o poder de definir escolhas é reduzido apenas aos atores privilegiados. Contudo, os movimentos sociais podem fraturar a ordem, por meio da descriptação dos significados encriptados com a abertura a significados diversos, influenciando a própria Administração. Contudo, cabe destacar que o movimento institucional em si corre o risco permanente de ser cristalizado dentro da estrutura (jurídica) de poder.

habitacionais (ou urbano-territoriais em sentido amplo, se considerarmos a habitação integrada a todo um processo de ocupação planejada) podem ser realizadas tecnicamente (e politicamente) sem considerar os elementos tradicionais de técnicas edificantes, ou de propriedade privada, até mesmo, aspectos fundiários (SANTOS, 2016)³², conforme diversas vezes estes últimos principalmente, se mostram essenciais para a neutralização da aplicação de políticas públicas como a PEUC, por exemplo (BRASIL, 2015b).

Em síntese, portanto, retorno ainda termos introdutórios, a sustentação de duas teses desta dissertação que serão tratadas ao fim³³. A primeira corresponde ao direito à cidade encriptado pelo direito, que conforma a cidade produto na qual a Administração viabiliza apenas interesses econômicos e políticos relacionados ao mercado. Nesta tese, o direito à cidade, portanto é simulacro que fundamenta como cortina um interesse público que acabará por legitimar a apropriação privada do espaço urbano.

A segunda tese, por sua vez, seria o direito à cidade renovado pela leitura da encriptação de poder, portanto, atualizado ou incorporado à noção de descriptação, na qual se torna um elemento político para abrir a técnica jurídica na ressignificação da ação da Administração Pública sobre o espaço urbano. Neste sentido, a descriptação, para além da “interpretação”, seria a requalificação técnica na Administração Pública (a menciono pelo caráter técnico-jurídico essencial a este texto) da diversidade política nas significações que alimentam e subsidiam políticas públicas na seara urbanística. Não à toa, aponto que práticas que relacionem aberturas técnicas, possam contribuir para ampliar as possibilidades (de fato democráticas) da ação pública (e política) na cidade.

Assim, proponho neste trabalho, duplo tratamento ao direito à cidade. O primeiro em sua forma institucional, como percebido pelos textos legais e validados pelos autores supracitados – portanto como componente da transcendentalidade do Estado de Direito. O segundo corresponderá a recuperação de seu elemento constitutivo básico: a imanência artística revelada pela possibilidade da desalienação social, logo, como meio para catalisar o político (em oposição à política) e assim vaporizar o poder na busca pela radicalidade democrática – portanto, “no limite” o direito à cidade não seria a elaboração de um “novo contrato social”, mas sua ruptura pela desfazimento da ordem jurídica conformadora como é,

³² O grupo “Práxis” vinculado à Escola de Arquitetura da UFMG dispõe de diversas experiências que combinam pesquisa e extensão no sentido que aponto neste trabalho. Diversos trabalhos do “Práxis” abrem modelos técnicos de planejamento, projeto e/ou construção urbana, às realidades locais elaboradas por sujeitos que atuam paralelamente por força da sobrevivência às formas tradicionais praticadas no mercado e, exclusivamente, validadas pela Administração Pública. São experiências, obviamente, imediatamente opostas às políticas habitacionais que vem fracassando em seus objetivos – conforme apontado no item 2.3.

³³ As teses as quais me refiro serão amplamente trabalhadas no Capítulo 5, especificamente às citadas, itens 5.1 e 5.4.

logo, a fagulha ou oportunidade de elevar à superfície a cidade ocultada pela encriptação de poder promovido por sua forma institucional.

Desse modo, concluo neste momento, afirmando que reconheço o direito à cidade, do ponto de vista normativo, assim como a doutrina selecionada propõe. Ou seja, em termos institucionais o direito à cidade se relaciona às funções sociais da cidade previstas no art. 2º do Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001). Contudo, para que o seu viés democrático, portanto, sua efetividade seja possível, este direito à cidade deverá ser descriptado. Logo, em vez de se conformar com um simulacro que permite a encriptação de poder e, assim, neutralizando seus significados urbanísticos (e democráticos), por meio da descriptação, ele se torna parte na oportunidade de abrir os significados na seara jurídica produzidas no ambiente político³⁴.

³⁴ Durante a banca, por meio da profa. Vanêsa Buzelato Prestes, o autor foi questionado sobre sua compreensão acerca do reconhecimento institucional do direito à cidade. A partir da discussão desenvolvida na ocasião, acrescentei este último parágrafo.

3 TENDÊNCIAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO E A OUC

O direito administrativo tem características específicas que impactam todo o direito público. Neste capítulo procurarei identifica-las e analisa-las a partir dos principais elementos que conformam o direito administrativo que também se afirma como tendência, ou seja, inovações percebidas pelo e para o campo.

Observo que na referência do direito público, o direito administrativo sempre cumpriu um papel estabilizador das inovações legais motivadas por processos políticos. Constituições forjadas em diferentes momentos e em diferentes sociedades foram operacionalizadas e normalizadas pelo campo jurídico por meio da estabilidade do direito administrativo (CASSESE, 2012a).

O destaque a respeito desta característica do direito administrativo é pertinente em virtude da instrumentalização da linguagem como forma de exercício do poder por meio do direito, pois tendo em vista este caráter conformador da ordem jurídica pública, o direito administrativo recepciona inovações podendo, muitas vezes, neutralizá-las, dando origem, portanto, aos simulacros no e do direito – o que nos deveria levar ao questionamento sobre a eficiência de inovações normativas num contexto jurídico que as deslegitimam (SANÍN-RESTREPO, 2014).

Uma discussão pertinente que nos serve de ilustração a esta forma de atuação do direito administrativo, corresponde à noção de legislação simbólica (NEVES, 2007). As legislações simbólicas presentes no direito, basicamente, se constituem como formas normativas evidentemente motivadas para “inovarem sem inovar”, ou, a movimentar sem sair do movimento, condição que podemos identificar como “inércia em movimento”, na qual o reconhecimento institucional de determinado significado, como a dimensão urbanística das funções sociais da propriedade e da cidade, servem como parte de sua própria inefetividade, em virtude do simulacro de direito (ARAUJO, 2018).

Desse modo, as normas programáticas, a partir do princípio da reserva do possível – aplicado seletivamente pela técnica jurídica, pode ser compreendida como ferramenta técnica jurídica para permitir que o direito administrativo selecione e se realize conforme sua necessidade os significados presentes nos textos legais – o que conferiria ao poder constituído a capacidade de selecionar qual programa, a despeito da previsão normativa (constitucional) pode se realizar (SANÍN-RESTREPO, 2017). Retomando os exemplos do capítulo anterior, a legislação urbanística por meio da atuação administrativa, poderia neutralizar os significados

relacionados aos direitos sociais (como o faz, tendo em vista seus resultados), para viabilizar aqueles que favorecem à valorização imobiliária.

A condição conciliadora em movimentos políticos sobre a ordem jurídica e o direito administrativo, inclusive, também é percebida por outro elemento do direito administrativo que atravessa as tendências abordadas neste capítulo. Me refiro a estrita legalidade na qual o direito administrativo conduz, tradicionalmente, suas formas de atuação (CASSESE, 2012a). Esta estrita legalidade condiciona qualquer atuação da Administração Pública a modelos legais. Aparentemente, peça basilar do Estado de Direito, a excessiva legalidade na autorização e condução dos atos administrativos reduz o espaço da ação discricionária, a priori, considerada como elemento de capilaridade da institucionalidade política (BARCELOS, 2014).

Veja bem, alerta para a nuance da compreensão sobre discricionariedade, o que proponho ou percebo como aspecto do direito administrativo, corresponde a forma como o próprio direito autoriza a discricionariedade como elemento do exercício político sobre a atuação institucional da administração e, ao mesmo, tempo a dissimula reduzindo os espaços e oportunidades desta ação (MCCUBBINS, NOLL e WEINGAST, 1987), ao ponto de gerar um simulacro que, de fato paradoxal, permite a atuação ilimitada do poder constituído e dos atores que possuem o poder de determinar o conteúdo jurídico-político da discricionariedade.

Assim, em termos introdutórios, observo que o direito administrativo possui características específicas que o definem como campo dentro do direito com o “privilégio” de possuir aspectos essenciais para a encriptação de poder.

Partindo da compreensão da dimensão dominante do direito administrativo como “pacificador” da ordem política (e do político) sobre a institucionalidade jurídica (SUNDFELD, 2017), aponto os elementos fundamentais para esta dimensão – que se conformam como tendências, sejam estas em renovação diante das novas formas de organização do poder político no mundo globalizado, sejam estas motivadas pelas novas oportunidades de exercício deste poder – a saber: **(i)** procedimentalidade; **(ii)** formas empresarias; **(iii)** universalização pela globalização.

Cabe salientar, preliminarmente, que as tendências apontadas neste capítulo se correlacionam por um aspecto geral possível de perceber apenas se observadas conjuntamente: a aproximação simbiótica ao direito privado pela assimilação de elementos deste direito, sobretudo relacionados ao direito civil e empresarial.

Os fundamentos supracitados serão abordados neste capítulo nos três primeiros itens para, por fim, serem relacionados à OUC, no intuito de desvelar como influenciam e modelam

o instrumento de política urbana e como esta influência culmina na transformação da OUC em simulacro de direito, por meio da crítica sobre o vínculo entre estas características elementares do direito administrativo e o exercício de poder pelo direito.

3.1 Direito administrativo procedimentalizado

Inicialmente ao procurarmos em termos legais-normativos, verificaremos que existe uma aceção ou utilização da procedimentalidade no e pelo direito administrativo. A CF/88, por exemplo, utiliza o termo para designar diversos atos do Poder Público, desde princípios de processos penais até aspectos inerentes a atuação da Administração como a realização de processos licitatórios (inciso XXI do art. 37.) A recepção ou compreensão da importância da adoção de práticas procedimentalizadas ganhou novo impulso com a **Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**, regulamentou o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal. A referida lei, apesar de ser dirigida inicialmente à esfera federal, teve enorme impacto sobre toda a concepção de procedimento para os atos da Administração Pública, contaminando todos os demais entes federativos, sobretudo, porque permitiu a extensão ou junção das aceções entre processo e procedimento³⁵ a partir do reconhecimento da procedimentalização, como a adoção de atos ordenados para a obtenção de determinado fim, como elemento fundamental para a legitimidade de qualquer ato da Administração (NETTO, 2009).

Primeiramente, cabe sustentar que a perspectiva procedimental sobre o direito administrativo sempre esteve em evidência. Isto, em decorrência do direito administrativo agir como o fundamento técnico que baseia a relação política e administrativa do Poder Executivo e seus “administrados” (CASSESE, 2012a).

Tendo em vista a noção de Estado de Direito, o direito administrativo, no intuito de propor e estabelecer as regras para a atuação da Administração Pública se consolidou, supostamente, como elemento conformador e controlador do poder político constituído (SUNDFELD, 2017). Não à toa é comum o brocardo: “O indivíduo pode tudo que não é ilegal, o Estado pode apenas o que é legal, permitido”.

³⁵ É reconhecida, especialmente entre processualistas, a confusão entre os termos “procedimento” e “processo”. O processo seria, de fato, uma derivação ou espécie do procedimento (NETTO, 2009). Em termos técnicos o procedimento é uma sequência de atos organizados para alcançar determinada finalidade; o processo por sua vez seria um procedimento no qual insere-se o contraditório (LEAL, 2011). Ou seja, uma forma de resolução de conflito que pressupõe contraditório e ampla defesa. Neste trabalho processo e procedimento serão reconhecidos como sinônimo, não por ignoro suas diferenças, mas porque ao assumir o caráter negocial, a Administração contempla para a promoção de seus atos as duas perspectivas.

Para Faria, o ato administrativo apenas se legitima por meio da cadeia concatenada procedimentos, que se orientam pelas autorizações legais conferidas para a promoção deste ato pela Administração. Ou seja, a procedimentalidade, confere em primeira aproximação, sempre o caráter de controle de poder, porque são suas determinações, enquanto prescrições legais, que legitimam os atos desta Administração – aliás, porque em processo e definidos por diplomas legais, poderiam ser ocasionar ou definir o controle pelo Poder Judiciário (FARIA, 2008)

Aponto, que a procedimentalidade no direito administrativo é inicialmente relacionável (ou atribuída) à estrita legalidade, como a necessidade de se concretizar a partir dos mandamentos legais previstos e disponíveis na e pela legislação específica que determina o limite e confere forma à atuação da Administração Pública (FARIA, 2016).

A procedimentalidade revelada, assumida ou necessária consiste na redução do espaço de ação discricionária no que diz respeito aos aspectos políticos possíveis ou permitidos à Administração Pública (CASSESE, 2012a).

A procedimentalização da ação da Administração Pública teria como fundamento a radicalização da racionalidade na burocracia estatal. Ou seja, por meio da compreensão da elaboração de uma estrutura procedimentalizada, organizada em atos concatenados e derivados em uma teia legalmente imposta e prevista, a Administração Pública seria capaz de produzir atos legais racionais eficientes e inalcançáveis por quaisquer atores políticos dispostos contaminar a racionalidade de sua atuação (MCCUBBINS, NOLL e WEINGAST, 1987).

Para Sundfeld, inclusive, a noção de procedimentalidade baseada na processualidade, tendo em vista da necessidade de abertura negocial entre o setor público e privado (CASSESE, 2012a), é essencial para a superação de uma administração pública pouco eficiente, tendo em vista que a procedimentalidade conduziria ou criaria fontes para a atuação organizada e flexível da Administração (SUNDFELD, 2017).

Netto, procurando ampliar os processos de participação na procedimentalidade, considero o procedimento elemento constitutivo da racionalidade e técnica da Administração Pública, “sendo método para a formação de uma decisão administrativa através de uma sequência de atos teleologicamente” (NETTO, 2009, p. 53) orientados por três aspectos, (a) uma concepção formal, (b) modo de exercício da autoridade da Administração, e (c) a imparcialidade-objetividade, pela abertura da participação e colaboração dos interessados nos atos da Administração (NETTO, 2009).

Assim, tencionando a orientação procedimental, o que se espera com esta tendência é que a Administração Pública radicalize sua racionalidade removendo as incertezas sobre sua atuação. Portanto, a função administrativa seria “descontaminada” de programação política, ao se proteger – via procedimento – de qualquer programa que lhe fosse contraditório ou insatisfatório, sobretudo se garantisse a negociação (no sentido de consensualidade) entre os interessados, pois atos administrativos criados a partir do processo seriam legitimados pelo caráter técnico e objetivo e pelo envolvimento das partes (CASSESE, 2012a).

Assim, a procedimentalidade passa a ser considerada essencial para o desenvolvimento da burocracia estatal em termos weberianos (DIAS, 2003), porque seria o principal elemento capaz de reduzir os afetos típicos da política e delinear uma ação governamental técnica. A adoção ou incorporação da forma processual pela Administração Pública passa a ser considerada a orientação básica para a condução dos atos governamentais, justamente, porque confere legalidade e remove ou contorna obstáculos típicos relacionados ao governo como espaços subjetivos à influência política (BUCCI, 2013)

Indispensável destacar que esta perspectiva procedimentalizada revela despropositadamente a fundamentação do direito administrativo pela principal característica do direito: a transcendentalidade. Reforçarei este elo na síntese crítica deste capítulo, contudo adianto, recuperando o discutido no capítulo anterior, que o aspecto transcendental do Estado de Direito consiste essencialmente na possibilidade de controlar e determinar a institucionalidade política a despeito das decisões que os atores político tomam (SANÍN-RESTREPO, 2014).

A perspectiva de racionalidade derivada da intensiva procedimentalidade – conferindo a qualquer atuação da Administração Pública um lastro legal que não apenas autoriza sua atuação, mas a determina em termos de forma e conteúdo – colide “paradoxalmente” a outra característica fundamental à Administração Pública: a discricionariedade.

A discricionariedade que seria a oportunidade da Administração agir conforme sua conveniência para produzir seus atos, logo, promover sua função, inevitavelmente conectada a ideia de governar (BARCELOS, 2014); é diretamente atingida por esta noção de procedimentalização.

O paradoxo entre a racionalização da Administração Pública via procedimentalização e a discricionariedade parece ser o nó das democracias estabelecidas pelo Estado de Direito, afinal, como realizar-se democraticamente se todas as decisões condizentes à atuação do Estado já estão previamente definidas pela ordem normativa ou são resolvidas pela burocracia (técnica) (MCCUBBINS, NOLL e WEINGAST, 1987)?

Netto, por exemplo, para resolver esta questão procura aposta na legitimação democrática, por meio da participação processual dos cidadãos, na elaboração ou realização dos atos administrativos em procedimento (NETTO, 2009). Contudo, como garantir a qualidade de participação democrática, se seria possível que novos significados atribuídos pela tecnicidade jurídica permitidas a atores privilegiados, poderiam organizar ou controlar estes atos, mesmos que outorgados em processo participativo? Se considerarmos o caráter de neutralizador do direito sobre a pluralidade de significação, podemos compreender que o paradoxo entre procedimentalidade (ou processualidade) e a discricionariedade não se resolve, apenas se esconde através da conformação desta procedimentalidade enquanto simulacro (SANÍN-RESTREPO e MÉNDEZ-HINCAPIÉ, 2018).

Desse modo, sobre o paradoxo entre a racionalidade procedimental em tendência do direito administrativo e a discricionariedade, cabe recuperar a forma como o direito, ou o Estado de Direito, “solidifica” poder pela separação e definição de capacidades do poder constituído e poder constituinte (SANÍN-RESTREPO, 2016).

Emergindo do político (MOUFFE, 2015), o poder constituinte, conforme a perspectiva tradicional da legitimidade jurídica, estabelece a institucionalidade política em forma jurídica no Estado de Direito (SANÍN-RESTREPO, 2014). Nesta institucionalidade o Estado de Direito, o poder constituído recebe o poder oriundo do corpo político para exercer o poder. A questão fundamental de ser enfrentada na confirmação da institucionalidade política no modelo do Estado de Direito consiste justamente sobre a forma jurídica.

O Estado de Direito solidifica, aparentemente, o poder político por meio do controle da linguagem jurídica e, portanto, do acesso as oportunidades de atribuir significado nas disputas políticas no Estado e promovidas pelo Estado. A política (institucionalidade posta) passa a ser acessada apenas dentro da moldura determinada pela forma jurídica (MÉNDEZ-HINCAPIÉ, 2015).

Retornando ao paradoxo, o que pretendo sustentar sobre esta tendência cada vez mais hegemônica no direito administrativo, não é apenas a suposta despolitização dos atos governamentais, porque determinados por atos administrativos (MCCUBBINS, NOLL e WEINGAST, 1987), mas o simulacro que esta suposta despolitização sustenta, tendo em vista que o “trancamento” processual contribui para o aumento da liberalidade ou discricionariedade de quem controla a linguagem jurídica, de tal sorte ou azar na qual o que poderia ser considerado uma ação política legítima ou ilegítima se torna uma ação simplesmente técnica e, desta forma, impossível de ser discutida no campo político – cenário

possível apenas pela colonialidade³⁶ presente e arrimado por nosso sistema jurídico, conforme debateremos em próximos itens (SANÍN-RESTREPO, 2016).

Ora, a base da procedimentalização é, exatamente, seu caráter técnico, imparcial e objetivo, despolitizando o conflito por esta procedimentalidade; afinal, conforme apontado por Netto (2009) no processo a relação entre os interessados entre si ou contra a Administração Pública não se faz enquanto relação política, mas entre partes portadoras de interesses e determinadas conforme a elaboração processual. E enquanto elemento de controle político a procedimentalidade se afirma, conforme o discutido até o momento, em duas perspectivas: controle dos poderes políticos sobre a administração em virtude dos atos orientados ou controlados no campo técnico pela burocracia (MCCUBBINS, NOLL e WEINGAST, 1987); e sua despolitização, ao caracterizar os sujeitos atuantes sobre ela enquanto atores processuais, ou seja, partes que discutem processualmente e não politicamente – neste último caso, há o controle do poder político imanente, porque os sujeitos enquanto parte, apenas podem se pronunciar conforme as formas e significados determinados pelos diplomas legais orientados pelos “expertos” (SANÍN-RESTREPO, 2016).

No intuito de ilustrar meu argumento, tomemos como exemplo as inovações trazidas pelo Plano Diretor de São Paulo (Lei Municipal nº 16.050, de 31 de julho de 2014). Em seu artigo 116³⁷, o Plano Diretor estabelece que o direito de construir é “bem público dominical”. Ora, na lógica do Estatuto da Cidade, que teria criado a cisão entre direito de propriedade e direito de construir, sobretudo pela figura do solo criado, esta ação e interpretação seria possível. Entretanto, em âmbito jurisprudencial, já foi demonstrado que o Supremo Tribunal Federal – STF – reconheceu o solo criado, assim como o exercício do direito de construir, como uma espécie de relação condominial, afinal, nos votos que definiram o Acórdão do RE 226.942/SC e RE 387.047/SC, o solo criado baseado pelo direito de construir não se insere na lógica de planejamento urbano, como por exemplo, o controle de densidade de uma área da cidade; mas tal como uma cota condominial, se justifica por “onerar os serviços públicos”³⁸. A dimensão pública tentada pelo Plano Diretor sequer é reconhecida em âmbito

³⁶ Abordarei a noção de colonialidade a frente, porque inerentemente conectada à tendência da globalização. Contudo, apenas para fins explicativos, considero-a como instrumento de controle (bio)político para a captura de subjetividades (QUIJANO, 2005). Ou seja, elemento do campo da racionalidade que atravessa a cognição do sujeito por racionalidade previamente definida (CASTRO-GOMES, 2012)

³⁷ Art. 116. O potencial construtivo adicional é bem jurídico dominical, de titularidade da Prefeitura, com funções urbanísticas e socioambientais. (SÃO PAULO, 2014)

³⁸ Os casos em questão foram discutidos no capítulo anterior. Lembro, apenas, que na ocasião do julgamento do RE 387.047/SC, o voto do Ministro Eros Grau, foi o único que considerou o solo criado conforme legislação urbanística. Os demais Ministros que votaram pela constitucionalidade do solo criado, apenas seguiram o relator – que julgou pela constitucionalidade do solo criado a partir do direito de construir e sua concepção dentro do direito civil enquanto direito de vizinhança (ver item 2.1)

jurisprudencial, como, também percebemos no julgamento do RE nº 607.940/DF (BRASIL, 2016a).

O que pretendo destacar, com base na teoria da encriptação de poder, seria que não é capacidade de se pronunciar que determinaria o exercício de poder político³⁹, mas sim a capacidade de atribuir significado. Logo, se a Administração Pública for toda orientada por procedimentos juridicamente determinados, as possibilidades que se apresentam não é a de garantia à legalidade pela suposta racionalidade, mas o império do mundo dos “expertos”⁴⁰ que podem determinar quais serão os significados dispostos nos textos legais (SANÍN-RESTREPO, 2016).

Desse modo, o principal efeito colateral da procedimentalidade no direito administrativo, portanto, seria a redução da capacidade da disputa política-eleitoral em produzir efeito na atuação da Administração Pública (MCCUBBINS, NOLL e WEINGAST, 1987). Ou seja, o direito administrativo neutraliza a política, não porque define melhores escolhas em campo racional, mas porque sua instrumentalidade pode desconstituir o poder político oriundo da cidadania (poder constituído), ocultando-o da capacidade de produzir decisões políticas no sistema normativo, pois o transfere ao poder constituinte (MOUFFE, 2015).

Para Sanín-Restrepo, este processo de neutralização do poder político do povo o conformaria como povo oculto, sendo possível apenas pela encriptação de poder decorrente da determinação dos significados (em disputa) exclusivamente por aqueles que dominam a autoridade (no caso institucionalidade política) de pronunciar os significados (SANÍN-RESTREPO, 2014).

Alerto! A procedimentalidade verificada pela encriptação de poder se torna um elemento em potencial, não apenas para desmobilizar o povo (oculto), mas também a institucionalidade política que o representa, uma vez que as decisões no âmbito da administração se orientam ou vinculam a partir do que a burocracia estatal, por meio de seus quadros técnicos, produz; tornando processos eleitorais, por exemplo, inócuos ou materialmente vazios como alertam McCubbins, Noll e Wingast (1987).

Todavia, a burocracia que controla a Administração pela procedimentalidade administrativa apenas seria “despolitizada” pela presunção que os modelos técnico-racionais

³⁹ Ou como “direito de petição”.

⁴⁰ Sanín-Restrepo considera “expertos” os atores que detém o poder de atribuir significado, logo autoridades operadoras do direito (SANÍN-RESTREPO, 2016).

oriundos da modernidade/colonialidade⁴¹ sustentam, pois de fato, conforme exploramos no capítulo anterior e abordaremos em todo o texto, a encriptação decorre justamente do exercício de poder ocultado por formas jurídicas que não seriam possíveis de ser contestadas no campo político, porque não estariam nelas.

Portanto, a procedimentalidade contribuiria, porque ampliaria ainda mais a presença do direito na institucionalidade política (MASCARO, 2013), na transferência de poder político do povo ao poder constituído aumentando na essência do déficit democrático.

Cabe ponderar, porém, que não se trata de desqualificar *a priori* a procedimentalização, tendo em vista que a definição de procedimentos pode ser salutar ao desenvolvimento da Administração Pública. O que pretendo levantar seria que no modelo jurídico, baseado na racionalidade controlada pela colonialidade, o direito opera o trancamento da diversidade, tendo em vista que ela se realiza apenas enquanto simulacro. Aliás, como defenderei ao fim deste trabalho, a superação da encriptação não se dá pela abolição de formas, mas por uma ética, que se manifestaria também na Administração Pública, que abriria as possibilidades para a diversidade, logo o conflito político, como pressuposto a alteridade.

E, neste sentido, pouco interessa se as formas jurídicas procedimentais consideram a participação popular (NETTO, 2009), se estas forem condicionadas, exclusivamente, pelos significados consentidos ou disponíveis pela ordem jurídica e a tecnicidade do direito (MASCARO, 2013).

3.2 Direito administrativo e empresarial

O direito administrativo, conforme a Administração Pública, assiste desde a década de 1970, a aproximação entre os elementos considerados da seara pública e os elementos da seara privada. Nesta dissertação, a OUC é nitidamente tratada como um exemplo, da modulação ou apropriação de aspectos públicos para a realização exclusiva do direito administrativo na concretização de interesses privados. Assim, exploro neste item uma das principais tendências do direito (administrativo): a adoção material e formal de aspectos empresariais (CASSESE, 2012a).

⁴¹ Colonialidade neste trabalho, como será abordado de modo mais profundo, não corresponde (apenas) a uma forma de dominação de conotação geopolítica, mas uma forma de captura de subjetividade que reduz a capacidade dos sujeitos agirem de forma autônoma, tendo em vista que as decisões estão controladas pelo consentimento de autoridades de modo transversal. Assim, aproxima-se da ideia de biopoder (HARDT e NEGRI, 2001) ou de governamentalidade (LAVAL e DARDOT, 2016), tendo em vista o caráter de controle da cognição dos sujeitos por uma imposição da lente do outro.

Ao direito administrativo foram e são dirigidas diversas críticas enquanto sua falta de capacidade em solucionar problemas da Administração em tempo hábil ao fomento da atividade econômica. Para Sundfeld, por exemplo, a Administração se alimentaria ou se concretizaria a partir de dois tipos de direito administrativo, o (i) direito administrativo clip (DAC), que seria um estereótipo condensado das principais (e piores) características da burocracia, como sua lentidão, pouca abertura à negociação ou ausência de eficiência, o segundo modelo seria (ii) o direito administrativo negocial (DAN), o qual orientaria a Administração Pública com proposições e ferramentas técnicas abertas à negociação, adotando formas de gestão flexíveis e compatíveis com modelos empresariais, no intuito de aproximar setor público e privado para fomento de interesses que combinariam os interesses públicos e os interesses privados (SUNDFELD, 2014).

A renovação enquanto tendência do direito administrativo diante das novas condições ou necessidades sociais e econômicas para o “desenvolvimento” seria a incorporação de técnicas ou métodos empresariais à promoção da Administração Pública (CASSESE, 2012a), segunda tendência do direito administrativo.

Inicialmente, explica-se que a adoção de métodos empresariais e/ou aproximação do direito administrativo com o direito privado/empresarial decorreria da ideia de eficiência amplamente exposta e atribuída aos modelos de governança do setor privado (HARVEY, 2011).

Desse modo, apresentada como modernização da Administração Pública, a adoção de modelos empresariais de gestão resultaria em ações eficientes da mesma. Existem várias considerações a respeito do “empresariamento” do direito administrativo, contudo ressalto que as principais características pertinentes e destacadas para esta dissertação são: o caráter negocial (SUNDFELD, 2014) e a função fomentadora (JUSTEN FILHO e JORDÃO, 2011).

Em termos gerais, a promoção da tendência de empresariamento da Administração Pública justifica-se pelo reconhecimento da baixa eficiência desta em virtude de suas características relacionadas ao engessamento de suas ações pela baixa flexibilidade e as manifestações de autoritarismo refletidas pelo poder de carimbo da burocracia. Em síntese, as críticas que assumem a necessidade de repensar a Administração Pública pela ótica empresarial, constataam um quadro generalizado de uma burocracia enrijecida por elementos tradicionais do direito administrativo, como a “estrita legalidade” ou os espaços privilegiados de ação discricionária – que determinariam uma administração essencialmente autoritária e pouco eficiente, resumida pelo modelo de administração de clips proposto por (SUNDFELD, 2014)

Como resposta para superar a ausência de eficiência da Administração, considerando o novo dinamismo que a economia contemporânea exige, promove-se pelo direito administrativo os dois elementos que compõe esta tendência: **(i)** adoção de modelos negociais; e **(ii)** a ação fomentadora.

Antes de adentrar nelas, cabe apenas reconhecer, que ambas apenas se sustentam se reconhecido um dos pressupostos essenciais ao “Estado Democrático de Direito”: a horizontalidade oriunda da equiparação entre setor privado e setor público (HABERMAS, 1974). A presunção de horizontalidade se sustenta pela suposta necessidade de ampliação da relação complementar entre Estado e sociedade, sobretudo atores econômicos, construída entorno da ideia de que o Estado não consegue prover por si próprio as necessidades materiais para a realização ou concretização do desenvolvimento social – basicamente não conseguiria desenvolver autonomamente os serviços públicos; sendo estes vários motivos, destacados os principais: burocracia endurecida e ausência de capacidade financeira (HARVEY, 2011).

Os **(i)** modelos negociais consistem na alteração da Administração Pública na forma de se relacionar com os setores privados. Em vez de exercer suas prerrogativas de forma isolada, a Administração Pública, renovada por meios de transparência, controle e abertura de comunicação (fóruns participativos, por exemplo), procuraria os setores privados para, em parceria, encontrar soluções conjuntas às suas ações determinadas (CASSESE, 2012a).

Os modelos negociais decorrem das mais variadas alterações propostas por esta tendência do direito administrativo, sendo importante perceber que todas elas convergem para uma postura flexível da Administração com o setor privado, no intuito de promover políticas públicas que se realizam como atos administrativo e que proporcionem suposta efetividade (BUCCI, 2013).

Uma primeira figura jurídica que ilustra o empresariamento do direito administrativo, corresponde ao ato administrativo negocial, que decorreria de atos praticados pela Administração para realizar ou concretizar interesses privados e públicos concomitantemente (MEIRELLES, ALEIXO e BURLE FILHO, 2015).

Para Moreira, os atos administrativos negociais equivalem a negócios jurídicos, que demandam ato administrativo (em virtude da natureza ou do Interesse Público) para se concretizar, sendo, portanto, aqueles que dão origem a “relações jurídicas para cuja configuração concorrem as vontades da pessoa privada e da Administração competente, que se integram no ato administrativo, fazendo-o nascer e produzir efeito” (MOREIRA, 2017).

Atos administrativos negociais exprimem a primeira aproximação sobre a noção de direito administrativo que procuro apresentar, tendo em vista que se afirmam em tendência

cada vez maior na ordem normativa brasileira, como a Lei Federal nº 9.472/1997 (Lei Geral das Telecomunicações), a Lei Federal nº 12.529/2011 (Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência), a Lei Federal nº 12.815/2013 (Lei dos Portos) e a Lei Federal nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção – LAC). Em todos os diplomas legais mencionados, percebo a presença destes atos administrativos negociais, nos quais a Administração Pública comporta-se como parceiro do setor privado para proporcionar vantagens a este, enquanto aproveita do mesmo para a satisfação do Interesse Público, por fomento ou simples desenvolvimento de atividade demandada (MOREIRA, 2017).

Aos diplomas legais e ao instituto do ato administrativo negocial, ressalto nova característica do direito administrativo dentro desta tendência de empresariamento: a concepção de parceria, notadamente disposta enquanto modelo legal na modalidade de contratação pública do tipo de Parceria Público-Privada delineada pela Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que instituiu as Parcerias Público-Privadas (PPP).

Em termos gerais, a ideia de parceria está conectada às novas formas de relação entre o setor público e o setor privado, pelas quais se exprimem negócios jurídicos no intuito de realizar ou desempenhar atividades com retorno econômico; sendo importante considerar o aspecto da parceria em si, enquanto oportunidade de abertura da Administração Pública aos agentes privados, inclusive da sociedade civil organizada (DI PIETRO, 2017).

As parcerias público-privadas não são uma novidade brasileira. Surgem num contexto global do fim da década de 1970, no qual se reorganizava o papel do Estado na sociedade, se fundamentando sobre a perspectiva do fomento em decorrência da ausência da capacidade financeira e gerencial do Estado para prover suas atividades (HARVEY, 2005).

Para Gallo, inclusive, a reorganização do Estado no contexto pós-1970 seria marcada pela reestruturação do aspecto financeiro da Administração Pública, sobre a qual a noção de sustentabilidade marcada pelo equilíbrio econômico, orientaria novas bases para a relação entre arrecadação e gasto público. Assim a arrecadação para investimentos públicos e manutenção de serviços públicos, tradicionalmente realizadas pela tributação, em virtude do contexto de desregulamentação e redução das cargas tributárias, procuraria meios de arrecadação focalizados (GALLO, 2011).

Em termos financeiros, e em breve intromissão, a PPP reforça a privatização do Estado, em virtude da ampliação dos processos de desregulamentação – sobretudo na seara tributária – apenas investidores receberão os proveitos gerados pela ação estatal e financiados pela PPP, isto porque, a legislação brasileira, prevê formas de garantia ao parceiro privado

(art. 8º da Lei nº 11.079/2004), que permitem, vincularem recursos no orçamento para garantir os ganhos deste setor privado (FREITAS, 2006)

A importância da PPP consiste na sua capacidade de requalificar a forma de relação contratual entre a Administração e o setor (parceiro) privado. Precipuamente, apenas como elaboração provocativa, exponho que a ideia de parceria sustenta invariavelmente o sentido ou significado de sociedade ou sócio, considerando que a ideia de lucro, inclusive compõe a origem etimológica da palavra parceria (DI PIETRO, 2017).

Neste sentido desde o início da reforma administrativa do Estado brasileiro (DIAS, 2003), surgem novas formas de arranjos legais de caráter contratual (negócio jurídico) baseadas no caráter de parceria, como alguns exemplos sem esgotá-los, a saber: concessão e permissão de serviços públicos, previstas na Lei Federal nº 8.987/1995; ou a concessão para obras públicas previstas também na Lei Federal nº 8.987/1995 e as atuais principais modalidades de parceria público-privada, oriundas da Lei Federal nº 11.079/2004 (Lei da PPP), a concessão patrocinada (art. 2º, §1º Lei) e a concessão administrativa (art. 2º, §2º do referido diploma legal). Há ainda outras modalidades contratuais na perspectiva da parceria, como os termos de colaboração, os termos de fomento e os acordos de cooperação com as organizações da sociedade civil, disciplinados pela Lei nº 13.019/2014, com as alterações introduzidas pela Lei nº 13.204/2015; os convênios, consórcios de acordo com o art. 116 da Lei nº 8.666/1993, e, os contratos de concessão especiais sobre a exploração de bens públicos, como a atividade minerária, que neste caso regem-se por estatuto próprio.

Estes exemplos são notórios para a compreensão da ideia de parceria no campo negocial e empresarial. Todavia, cabe recuperar outros exemplos que aparentemente apenas transferem contratualmente a exploração de serviços públicos ao setor privado sem necessariamente se orientar por retornos econômicos, como a figura do contrato de gestão (Lei Federal nº 9.637/1998), que estabelece parceria do setor público com organizações sociais; o termo de parceria com as organizações sociais, conforme a Lei Federal nº 9.790/1999, ou demais alterações na Lei Federal nº 8.666/1993, como os contratos de empreitada (de obra e de serviços), disciplinados pela Lei nº 8.666/1993; os contratos de fornecimento de mão de obra que, embora sem fundamento legal, constituem uma realidade na Administração Pública dos três níveis de governo. Ao todo, como sugere Di Pietro (2017), são aproximadamente dez modalidades de contrato.

As parcerias celebradas entre setor público e setor privado são, de certa forma, desdobramentos mais complexos dos atos administrativos negociais, sobretudo porque costumam basear a relação de parceria para a exploração e viabilização de realização de

atividade de fundo econômico, como serviços públicos ou obras de grande complexidade acompanhadas da prestação de serviços (art. 2º da Lei Federal nº 11.079/2004), sobre os quais a Administração Pública, para que o parceiro privado sintasse atraído a participar, ofereça aspectos flexibilizados⁴².

Para Di Pietro (2017) a PPP é modalidade de contratação que tem como objetivo privatizar a atuação da Administração, sobretudo no que diz respeito aos serviços públicos (DI PIETRO, 2017). Grotti e Saadi, de mesma sorte, também reconhecem o caráter de privatização da Administração pela modalidade de PPP, destacando, especialmente a concessão administrativa – espécie de PPP (§2º do art. 2º) (GROTTI e SAADI, 2015).

A legislação brasileira conforma as parcerias entre o setor público e o setor privado de forma a privilegiar os parceiros privados, sendo estas evidências conferidas em diversos aspectos, que desvelamos pela leitura do texto legal. O primeiro deles, a partir da definição de concessão administrativa (§2º do art. 2º) que permite que a Administração Pública remunere diretamente o parceiro privada pela prestação do serviço público contratado. Ou seja, a despeito de retorno financeiro, o parceiro privado, mesmo que recaia sobre a previsão de compartilhamento de risco da PPP, pode passar ileso do ponto de vista financeiro, em razão deste primeiro aspecto.

Concomitantemente ao privilégio dos parceiros privados em perspectiva financeira, confirmo a ideia de securitização disposta acima, sobre a qual, conforme disposto no art. 8º do diploma legal, apresenta-se uma manifestação de simulacro a respeito da eficiência e legitimidade da PPP. Conforme apresentado e sustentado pelo modelo de PPP, este se justificaria pela capacidade de realizar serviços (ações) públicos com flexibilidade pela possibilidade de fuga ao regime de direito público em amplo sentido (DI PIETRO, 2017). Assim, com a flexibilização para a realização de tais serviços, o parceiro privado concorrentemente ao parceiro público assumiria os riscos do objeto de uma PPP, por exemplo. Contudo, não é o que permite o art. 8º do diploma legal da PPP, uma vez que além de exigir forma de garantir a PPP por meio de fundo próprio, ainda autoriza a vinculação da mesma ao Orçamento Público. Assim, em termos de simulacro, o que ocorre a partir do diploma legal é o esvaziamento da PPP enquanto instrumento para compartilhamento de riscos (ônus e bônus) de investimentos, para sua utilização enquanto elemento que transfere riqueza pública para o setor privado – por meio de transferência direta ou financiamento.

⁴² Desde o regime tributário, como os acordos tributários no Estado de Minas Gerais para simplificação do ICMS, até a flexibilização das normas de uso e ocupação do solo – se nos referirmos diretamente aos aspectos urbanísticos transacionados pela Operação Urbana Consorciada.

Por fim, elemento essencial à PPP e com grande repercussão do ponto de vista do paralelo teórico e, conseqüentemente prático, está no disposto do art. 9º da Lei da PPP, sobre o qual exige a forma empresarial para gestão do contrato de parceria determinando, ademais, que o controle da empresa pública que constituirá a PPP seja majoritariamente privado. Ou seja, a despeito de qualquer planejamento, a gestão do contrato será conduzida pelos sócios privados que se “aventuraram” na PPP.

O controle gerencial da PPP pelos sócios privados (ou externos à Administração Pública que criou o contrato de parceria – art. 9º da Lei Federal nº 11.079/2004) reflete de modo muito parecido a relação ocasionada na Operação Urbana Consorciada decorrente de seu modelo de financiamento. Conforme exposto anteriormente, sendo resgatado para fins ilustrativos, a OUC se financia pelo CEPAC, que é um título mobiliário – similar à uma ação de uma empresa S.A. de capital aberto (art. 34 do Estatuto da Cidade). Uma Operação Urbana Consorciada conseguirá ser sustentável do ponto de vista financeiro, se estes CEPACs que inicialmente tem o valor atribuído pelo Poder Público, forem negociados com valorizações acima de seus valores mínimos. A questão do controle se faz pertinente, porque se o retorno imediato e positivo advém de como o mercado compreende a viabilidade da OUC. Como esta operação poderá manter a valorização no mercado se executar quaisquer investimentos previstos inicialmente pela OUC que possam influenciar na desvalorização do potencial construtivo?

A aproximação entre PPP e OUC pode ser percebida justamente neste elemento de financiamento e controle gerencial – logo político – da forma de contratação ou instrumento de política urbana. Pois desde o início do processo – especialmente da OUC – seus fundamentos tais quais funções sociais da cidade e função social da propriedade, são orientados (em decorrência do poder de controle para atribuir significados) não para a finalidade conforme instrumento de política urbana disposto no Estatuto da Cidade, mas forma análoga de PPP na modalidade de concessão administrativa (SANÍN-RESTREPO, 2016).

Ao lado dos modelos negociais, está (ii) a função fomentadora, o segundo elemento da tendência de empresariamento. A função fomentadora corresponde a atuação do Estado como um ator que desempenha ações de estímulo sobre a sociedade. Conforme sustentam Justen Filho e Jordão (2011), a atividade de fomento por meio do Estado, constitui intervenção do Estado na economia, com a finalidade de explorar suas atividades com sucesso financeiro, ou, equilíbrio fiscal (JUSTEN FILHO e JORDÃO, 2011).

Praticar ações de fomento significaria induzir ações/comportamentos na sociedade para atingir resultados considerados desejáveis ou satisfatórios. Desse modo, o fomento altera a “proatividade” estatal, antes relacionada ao controle em termos legais da sociedade (por exemplo, em perspectiva mais liberal); ou associada a promoção direta da atividade econômica por meio de empresas públicas estatais ou autarquias específicas. Assim, o fomento, procura estimular que os atores sociais em atividade desejada na/sobre a sociedade alcancem seus melhores resultados, pela provisão por parte da Administração Pública, das melhores condições para sua realização (CASSESE, 2012a).

O fomento como elemento que pauta a atuação estatal confere centralidade à Administração Pública que se torna fiadora – pela promoção – das ações que pretende estimular (JUSTEN FILHO e JORDÃO, 2011). Partindo de uma nova forma de relacionamento entre Estado e setor privado, baseada na noção de igualdade e parceria, oriunda do reconhecimento da igualdade entre esfera pública e esfera privada (HABERMAS, 1974). Pois, supostamente, seria o autoritarismo imposto pelas formas fechadas da burocracia estatal – por isso, o caráter negocial emerge como segundo valor desta tendência – que contribuiria para os fracassos das atividades conduzidas pelo Estado ou reguladas por ele.

O fomento alteraria a relação entre burocracia e atores privados, deslocando a relação de perspectiva vertical, para horizontal (FARIA, 2008), na qual ocorreria o reconhecimento de igualdade entre ambos e conseqüentemente o ambiente de contribuição.

A relação baseada neste modelo horizontal ou “isonômica” seria a ponte para romper com os problemas que gera(ra)m a baixa eficiência dos modelos tradicionais de relação entre o setor público e o setor privado. Diversos são os exemplos da inovação no relacionamento pela perspectiva de fomento, logo, parceria. O principal deles, talvez, seja na estrutura da Administração, na qual as típicas autarquias ou órgãos da Administração Pública direta, são substituídas por Agências Reguladoras que, compostas gerencialmente por atores governamentais e do setor privado específico, definem diretrizes e orientam o ambiente de desenvolvimento das atividades econômicas pretendidas de serem estimuladas.

A crítica do elemento fomentador e negocial na tendência empresarial da Administração Pública se baseia na conclusão que a estrutura do direito administrativo orientado pela noção clássica de discricionariedade, típicas de um modelo de administração de “clips” que posiciona o Estado acima do setor privado, orientando decisões autoritárias e irracionais (SUNDFELD, 2014).

O anacronismo do direito administrativo corporativista seria superado por um direito administrativo negocial, pois este, moderno e dinâmico, gera(ria) decisões pela aplicação de

modelos racionais fundamentados em desempenho e eficiência de forma negociada ou concertada com os setores envolvidos (SUNDFELD, 2014). Reparo, novamente e conforme explicitado no item anterior, que a superação da irracionalidade da discricionariedade, logo abuso de poder típico da ação estatal que produz(iria) resultados ineficientes, estaria na racionalidade inequívoca da adoção de postura fomentadora possível (apenas) pela ação especialmente “procedimentalizada”.

Contudo, as ações baseadas no e pelo fomento tem exibido, em termos práticos, não apenas a suposta ineficácia dos resultados, como revelado a forma promíscua na qual as parcerias para as atividades fomentadas revelam, sendo estas, inclusive, idênticas àquelas que o fomento “co-participativo” pretendia evitar ou constranger.

Curioso notar que a solução estatal ou jurídica para resolver a falta de eficiência em gerar eficiência na e pela Administração Pública se traduziu ou se materializou mais uma vez sob o fetiche de normatização (MASCARO, 2013). Ou seja, procurou-se dentro do direito produzir, novamente, legislações que pudessem socorrer os supostos erros de percurso da incorporação da lógica fomentadora.

A partir da crítica que promoveu o fomento como elemento essencial e modernizante da Administração Pública, que relaciono sua existência enquanto simulacro operacionalizado pelo direito, pois o fomento à atividades, por meio de modelos negociais, para melhor eficiência de objetivos públicos, acabam por promover a apropriação do público pelo privado, enquanto os resultados parecem mais eficientes, contudo são idênticos ou piores aqueles alcançados pelos modelos tradicionais.

Por fim, os modelos negociais da ação de fomento revelam um aspecto ocultado: a assimilação de uma mentalidade empresarial. Esta mentalidade é fundamental para o desempenho desta Administração Pública “renovada”, pois assumiria pressupostos de flexibilização em sua atuação necessários à acomodação dos interesses escolhidos para serem fomentados (LAVAL; DARDOT, 2016).

A assimilação da mentalidade empresarial para e na Administração Pública pelo direito administrativo está diretamente relacionada aos efeitos da globalização sobre o direito administrativo.

3.3 Globalização!

A universalização enquanto homogeneização internacional das ordens jurídicas nacionais relacionada ao fenômeno da globalização é apontada como uma das principais

tendências (jurídicas) contemporâneas. Aliás, os impactos da globalização sobre sistemas normativos locais é facilmente disseminado ao ponto de sequer poder ser considerado uma novidade (CASSESE, 2012a).

Entretanto, os efeitos da globalização sobre os sistemas jurídicos costumam ser abordados a partir de perspectivas temáticas e exclusivas. Tradicionalmente, seus efeitos são traduzidos na retórica da modernização. Ou seja, os processos de “inovação ou renovação” normativas são compreendidas como parte da modernização de determinados sistemas jurídicos à racionalidade global.

Para ilustrar a modelação apresentada, basta recuperarmos quaisquer discussões acerca das legislações atuais de formas de contratação entre a Administração Pública, ou a Lei de Anticorrupção⁴³ (*compliance*). Nestes casos as inovações normativas eram, também, arrimadas como forma de modernizar a legislação brasileira, aproximando-a daquelas que eram utilizadas em países centrais e promovidas por organismos internacionais, tais como Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional – FMI –, Organização das Nações Unidas – ONU –, Organização de Cooperação para o Desenvolvimento Econômico – OCDE – entre outros. Inicialmente, afirmo que não pretendo imediatamente fazer um exame de mérito a respeito dos interesses ou ingerência internacional sobre a soberania local, mas apresentar criticamente os efeitos, impactos e transformações que estas constatações ocasionaram sobre o direito administrativo.

Assim, a globalização será analisada sobre as transformações que implicam ao direito – administrativo – e como estas alterações reorganizam o direito administrativo por meio de novas ferramentas e, concomitantemente, se estabelecem como formas sólidas que movimentam o sistema jurídico sem, necessariamente, alterar seus efeitos.

Precipuamente, destaco que um dos impactos da globalização sobre o direito (administrativo) vem da totalização da sociedade de mercado (VAROUFAKIS, 2016) reduzindo a capacidade das soberanias nacionais em resistirem ou, de fato, exercerem a seus poderes soberanos.

Refiro-me, especificamente, à ideia de soberania porosa e o processo de expansão do modelo econômico neoliberal-capitalista. Alerto, não se trata de uma crítica apaixonada contra a situação em si (poderia ser e talvez seja em outros espaços desta dissertação), mas a constatação evidente que o direito se concretiza e atua na (re)produção da sociedade de

⁴³ BRASIL. **Lei Anticorrupção (2013)**. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 2 de ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

mercado. Esta constatação apaixonada ou não, permite reconhecer repercussões práticas sobre o direito administrativo.

Uma sociedade de mercado e não uma sociedade com mercado (VAROUFAKIS, 2015), centraliza todas as dimensões da vida (social, política, cultural e econômica) sob a orientação do mercado – no caso, capitalista, no qual o valor de uso é imediatamente traduzido ou apenas possível na medida que se converte em valor de troca – melhor, explicando, não é o valor de uso que necessariamente conforma o valor, mas seu valor de troca confirmado pelo mercado. Brevemente, chamo a atenção para a relação imediata que a compreensão sobre a sociedade de mercado tem neste trabalho, sobretudo por seu vínculo direto com a formulação do direito à cidade enquanto possibilidade de superação da reprodução do espaço urbano na perspectiva de produto.

Retomando a consideração sobre a sociedade de mercado, aponto o primeiro impacto conformador das formas jurídicas: a soberania porosa (HARDT; NEGRI, 2001). Os tradicionais Estados Nacionais, campo de batalha tradicional das institucionalidades políticas concebida pelo Estado de Direito, se afirmaram sempre pelo poder soberano, sendo disponível pelo povo que o legitima enquanto poder constituinte ao mesmo tempo que o delega ao poder constituído, que o assume, por exemplo, por meio de atos da Administração Pública.

Neste sentido, retomo que no contexto de “era neoliberal” na qual o mercado se totaliza por todo o tecido social, o direito se torna, inevitavelmente, seu articulador. Nesta dissertação, lembro o item anterior, no qual o direito administrativo assume como tendência as práticas empresariais. A captura de mentalidade pelo ou para o mercado, faz com que a institucionalidade arrimada pelo Estado de Direito conduza todos os seus atos como extensão do mercado. Ora, se os significados são delimitados pelo mercado, apesar de disposições contrárias por qualquer campo político, a atuação do Estado estará conformada por este mercado – tendo em vista a operação encriptada pela qual a capacidade de atribuir significado que define a ação e, não necessariamente, os conteúdos presentes.

Desse modo, o que se percebe é a centralidade do direito em normalizar os movimentos bruscos necessários à expansão das geoinstitucionalidades elaboradas e necessárias ao desempenho da sociedade de mercado. E, tendo em vista que cabe ao direito administrativo articular o exercício do poder estatal sobre a sociedade, percebe-se nele efeitos do processo de globalização (BRENNER; PECK; THEODORE, 2010).

O primeiro efeito é a homogeneização das ordens normativas em todo o planeta. A capacidade de influenciar, para a livre circulação dos atores e seus interesses, os sistemas normativos, exige a uniformização destes sistemas.

A uniformização ou convergência dos estatutos legais de todas as ordens jurídicas nacionais é uma das principais tendências ou elementos transformadores do direito administrativo. A convergência atrelada aos modelos gerenciais/negociais flexíveis tem sido debatido e apresentado como essencial à modernização e, portanto, manutenção da capacidade de articular o poder (estatal) pelo e para o direito administrativo (CASSESE, 2012a).

A homogeneização dos textos normativos que compõem a ordem administrativista está diretamente relacionada à atuação de organismos internacionais que discutem e promovem inovações normativas que aproximem as ordens jurídicas nacionais, como se formasse uma planificação legal internacional. Neste sentido, assistimos diversos avanços destes organismos, como Banco Mundial, FMI ou a ONU, estimulando adoção de “políticas normativas” similares (LAVAL; DARDOT, 2016). Cabe destacar que esta conformação internacional no plano nacional, em termos de funcionalidade de mercado, é extremamente pertinente, pois reduz riscos a economia cada vez mais operada de forma descolada do espaço-tempo (SOJA, 1993), que demanda uniformidade para seu funcionamento interrupto.

Cabe destacar que esta uniformização em escala global vem do desdobramento prático da ideia de universalização presente no fundamento do direito, pois a globalização impõe ou determina a unidade jurídica em escala macro de forma similar à universalidade pressuposta ao direito, que baseando-se na isonomia, planifica todas as diferenças entre indivíduos para a sustentação de uma forma genérica – cópia icônica - (SANÍN-RESTREPO, 2016).

Neste momento se faz pertinente compreender um dos principais elementos configuradores do direito enquanto instrumento de poder: sua relação imediata com a ideia de colonialidade, enquanto instrumento cognitivo de controle das subjetividades por meio da hegemonia cultural e modelo de racionalidade (QUIJANO, 2005).

A colonialidade além do colonialismo, exprime a determinação das subjetividades por uma ordem transcendental. Ou seja, o controle biopolítico das subjetividades sem que estas consigam se imaginar fora do campo de significação (LAVAL; DARDOT, 2016). A relação entre direito e colonialidade me parece direta.

A transcendentalidade é característica primordial das ordens jurídicas, sendo basicamente uma forma de controle ao determinar pelo (binômio legal/ilegal) os contornos de ação possível das individualidades ou coletividades.

Amparado pelo pressuposto da universalidade – aliás, só por causa dele é possível o controle das subjetividades – o Estado de Direito emoldura todo o campo de ação política, primeiro por dispor as regras na forma de fontes de direito e em seguida por meio da operação da encriptação, ou seja, a manutenção do poder em determinar como estas fontes serão

interpretadas/aplicadas, pela criação de simulacros encriptados (SANÍN-RESTREPO; MÉNDEZ-HINCAPIÉ, 2018).

A partir das formas jurídicas, a colonialidade se torna autônoma, reproduzindo significados independentemente das características plurais presentes nas sociedades. Ideias centrais ao Estado de Direito se tornam absolutas (SANÍN-RESTREPO, 2014).

A colonialidade, como elemento da globalização, se revela em diversos simulacros presentes no e do Estado de Direito. Entre estes simulacros o principal é aquele que sustenta o empreendimento da “globalização neoliberal”, constituído pela ideia de “modernização institucional” umbilicalmente conectada a suposta superioridade de uma racionalidade eurocêntrica. Assim, a cópia icônica representada por modelos legais estrangeiros de países centrais é inserida sobre a institucionalidade dos vários países periféricos, sobre dupla conformação: **(i)** a suposta deficiência institucional – pela ausência de instrumentos normativos e capacidade técnica para promoção do “ambiente” adequado para o desenvolvimento; e a **(ii)** exclusividade de possibilidade para o desenvolvimento, ou seja, a universalidade das políticas considerando, que apenas estas seriam capazes de prover o ambiente necessário para o desenvolvimento – aliás, o desenvolvimento, por trazer a cópia icônica do que seria a imagem do “sucesso”, se estabelece, também, como elemento linguístico de poder e promoção da colonialidade sobre as subjetividades – periféricas (SANÍN-RESTREPO, 2014).

A **(i)** deficiência institucional é facilmente acompanhada ou comprovada ao atrelar os marcos normativos de países periféricos ou dissonantes dos países centrais ao atraso institucional e, portanto, responsável pelo déficit de desenvolvimento ou efetividade de políticas no âmbito da Administração Pública (SUNDFELD, 2014). Portanto, seria a ausência do modelo disposto pela cópia icônica, que explicaria inicialmente as dificuldades para a promoção de desenvolvimento urbano local.

É sobre a deficiência institucional pela suposta ausência de marcos normativos satisfatórios, que se assenta a disseminação de legislações urbanísticas no país. Durante as décadas de 1990 e 2000 passava a compreensão que em grande medida o principal problema para o desenvolvimento de uma agenda urbana, consistia na ausência de legislações específicas para seu tratamento. Foi durante esta época que ocorreram as “campanhas” de realização de Planos Diretores, que num primeiro momento, culminou na criação do Estatuto da Cidade, ou seja, lei federal e em seguida com a disseminação das legislações em âmbito municipal (SANTOS JÚNIOR; MONTANDON, 2011)

Contudo, conforme apresentado no primeiro capítulo, as tentativas se mostraram frustradas em termos de resultados. A eficiência dos textos normativos em provocar ou sustentar mudanças esperadas, confirmou, de fato, outros aspectos (ocultos) do direito em termos de poder: simulacros para a satisfação de interesses encriptados.

Rapidamente, recorde, que as inovações no campo urbanístico foram fortemente estimuladas por organismos internacionais, no intuito de prover a Administração Pública de oportunidades para alavancar investimentos privados para a alteração ou requalificação dos espaços urbanos brasileiros. Adianto que no capítulo a seguir analisarei criticamente como estas inovações são facilmente relacionadas às ideias de encriptação de poder, oportunamente apontando para o exemplo do Município de Belo Horizonte, no qual a noção de solo criado, fortemente defendida como um vetor de desenvolvimento, ainda se faz frustrada, enquanto operações urbanas simplificadas – uma derivação do modelo nacional de OUC, no qual empreendimentos pontuais são diretamente negociados com a Administração Pública – se tornaram os mais habituais.

A (ii) universalidade da institucionalidade jurídica “modernização” é o segundo aspecto essencial a compreensão da influência da globalização sobre o direito administrativo. A universalidade que me refiro é a tradicional e basilar ao direito, ou seja, aquela em que os modelos jurídicos são concebidos de forma ideal, modulados sobre a sociedade e se exercem sobre esta. Carregam a ideia de universal, porque se propõe ao tratamento isonômico e racional sobre tudo que abraça.

Assim, enquanto elemento e efeito da globalização, o direito é disposto como modelo civilizacional racional, no qual, apenas dentro dele é possível a conformação de conflitos democráticos; portanto, em termos práticos, o direito por seu suposto modelo racional, torna a democracia em tecnologia e os conflitos políticos são reduzidos à igualdade genérica dentro de seus modelos jurídicos. Simplificadamente, o direito transforma (em decorrência de sua institucionalidade política) o conflito e a diferença, inerente ao político (MOUFFE, 2015), em problema técnico e, por isso, de solução técnica (SANÍN-RESTREPO, 2016).

A partir desta noção, sustento que a universalidade do direito, como elemento da globalização (como influência ou como fundamento) faz com que no campo do direito administrativo, as perspectivas oriundas das cópias icônicas tornem-se as únicas possíveis. Ou seja, ou os modelos nacionais se adequam, ou são tratados como obsoletos (SANÍN-RESTREPO, 2014).

Assim, enquanto tendência do direito administrativo, a globalização se faz, porque modela este direito para a homogeneização como única alternativa possível, tendo em vista a

necessidade exclusiva de aprimorar e aproximar as ordens jurídicas em escala internacional, sendo, *a priori*, fundamental para o próprio exercício do direito administrativo, pois a sintonia pela homogeneização da hegemonia, criaria a Administração Pública moderna e necessária na contemporaneidade: flexível e dinâmica pela adoção de práticas empresariais, supostamente controladas por modelos procedimentais (CASSESE, 2012a).

3.4 Tendências em síntese crítica

As principais tendências do direito administrativo identificadas foram: procedimentalização, empresariamento e homogeneização. Todas elas se sustentam pela ideia de ampliar a eficiência da Administração Pública, por reduzir as incertezas produzidas pela discricionariedade disponível à burocracia.

A procedimentalização, em síntese, portanto, se alinha à racionalização da Administração Pública, no intuito de reduzir os espaços de decisão discricionária desta, ou de controlar esta discricionariedade dentro de certos aspectos. O aspecto, por sua vez, fundamental para conduzir a procedimentalidade racional da “nova” Administração seria a adoção de modelos empresariais, baseados na negociação com o setor privado e a incorporação da atividade de fomento por parte do Estado.

O empresariamento, por sua vez, faz parte, assim como a racionalização pela procedimentalização, da homogeneização do direito administrativo por meio do ambiente sinérgico entre os marcos normativos nacionais ao ambiente internacional ofertado pelo fenômeno da globalização.

As três tendências analisadas separadamente, se relacionadas nos permitem compreender a crítica que sustenta a proposta de análise desta dissertação: a utilização do direito como instrumento que encripta poder pela operacionalização da linguagem por meio de simulacros do/no direito.

A procedimentalidade permite o enquadramento da atuação estatal, sendo combinada aos modelos empresariais, esta processualidade orienta a ação discricionária apenas sob a perspectiva privada de grandes atores que podem influenciar sobre o conteúdo normativo (seja em produção ou significação). Desse modo, a procedimentalidade definida pelo empresariamento, privatiza ainda mais o Estado, porque cria o simulacro de abertura ou controle externo e social sobre a Administração Pública, primeiro por controlar suas ações via procedimento, segundo por limitar suas decisões à influência privilegiada da comunidade de “expertos”.

Ao analisar a procedimentalidade, alertei para o risco que esta tem sobre a capacidade do poder popular em exercício democrático conseguir influenciar a burocracia. Pois, por se a forma de decidir, assim como seu conteúdo, estão determinados previamente pelo direito administrativo, como seria possível que eleições – elemento fundamental de legitimidade do poder constituído (estatal) – influenciassem na Administração?

E é sobre a impossibilidade de a cidadania política influenciar a institucionalidade política que se apresenta o simulacro de democracia (ou democratização) pela participação eleitoral. Sendo preocupante concluirmos que o principal aspecto da segurança jurídica – a previsibilidade normativa – não se orienta pela participação ou construção democrática na resolução de conflitos, mas em sua negação, pois o significado de segurança jurídica se torna justamente a capacidade de isolar a influência das decisões democráticas sobre a Administração Pública. Não à toa, conclui Cassese (2012), que o direito administrativo dociliza o direito constitucional (que seria essencialmente ou diretamente a forma jurídica mais política). Basicamente, de forma desproposita, o autor italiano constatou que o direito administrativo, administra as Constituições, requalificando seus significados a despeito dos processos políticos que as geraram (CASSESE, 2012a).

Uma Constituição, em virtude das características controladoras do direito administrativo, é dissimulada como o primeiro simulacro de democracia, pois suas “decisões” que criam e legitimam a institucionalidade política (poder constituinte) são recepcionadas por um direito administrativo que – pelo controle da linguagem e também técnica – desmobilizam ou anulam o poder político (poder constituído), ao reduzir sua possibilidade de influenciar sobre a Administração Pública (SANÍN-RESTREPO, 2016).

Neste sentido, as tendências contemporâneas do direito administrativo revelam o aspecto transcendental do direito e seus movimentos de mudança que não alteram a eficiência dos dispositivos jurídicos, apenas impõe ou se manipulam como instrumento privilegiado do exercício de poder.

O direito, logo direito administrativo, se sustenta por dois elementos que se complementam: caráter imputativo e o caráter transcendental.

O caráter imputativo⁴⁴, reconhecido pelo princípio da imputação (KELSEN, 2009), corresponde à noção de que o direito se define pela noção de “dever-ser”, diferentemente das

⁴⁴ A banca apontou uma possível simplificação da teoria kelseniana pela sobrevalorização do caráter imputativo, uma vez que a proposta de Kelsen (2009) teria sofisticado maior as possibilidades de interpretação e operacionalização da técnica jurídica em sua concepção dinâmica. Apesar da validade das considerações, o ponto principal de abordagem do princípio imputativo se dá, justamente, pelo cotidiano “jurídico”, que se relaciona diretamente a não-responsabilização do direito em considerar os efeitos que (não) produz sobre o

ciências naturais que se pautam pela causalidade – ou seja, pelo “ser”. Portanto, o direito não se baseia no que é ou será, mas na prescrição do dever-ser. A abstração intelectual da proposta kelseniana, baseada no modelo ético kantiano, nos aponta a verificação que pelo direito, as normas não se confirmam (efetivam) pela eficiência, ou seja, pelo que produzem concretamente (que também pode ser a não produção de efeitos), ou o que ela é; mas as normas jurídicas se constituem pelo que pode ser em seu dever-ser, pois a norma “não descreve a realidade, não diz como ela é, apenas como deve ser” (SUNDFELD, 2017, p. 126).

Observo que desta característica imputativa que se extrai a primeira crítica para o descompromisso no direito à sua efetividade ou eficácia material. Pois, a ausência de eficácia material, permite a aposta contínua em sua normatividade, tendo em vista que o que a norma de fato produz não interessa. Ela poderá continuar produzindo os efeitos desconectados ou descompromissados aos seus significados materiais dispostos nos textos normativos, pois ao direito, sua legitimidade se constitui pela existência formal.

O princípio da imputação é fundamental à compreensão do simulacro, pois no campo do dever-ser, a ausência de eficiência normativa pode ser facilmente traduzida em sua suposta obsolescência e não sua condução pelos poderes encriptados.

Contudo, os simulacros no direito e suas apropriações pela encriptação de poder não seriam possíveis se não considerássemos o outro elemento essencial ao direito: a transcendentalidade. Esta característica se afirma pela condição do direito na institucionalidade política, haja visto que as formas jurídicas constituem, organizam e determinam as condições nas quais as subjetividades podem e devem se conduzir.

A transcendentalidade, tangencialmente abordada em itens anteriores, determina a amplitude de poder das subjetividades que inicialmente constituíram, enquanto poder constituinte, o poder constituído. Todavia, após o “contrato assinado” as formas jurídicas elaboradas, desmobilizam o poder, em termos institucionais, do povo que se torna oculto (SANÍN-RESTREPO, 2014).

Estes elementos se demonstram e se confirmam nas tendências do direito administrativo, pois conforme apresentado, procedimentalidade, empresariamento e colonialidade, estabelecem os simulacros que ocultam o povo, que retiram deles o poder, solidificando-o na institucionalidade política.

mundo ao afastar ou transferir a crítica sobre sua (in)efetividade para elementos externos ao direito (como a política). Ademais, cabe recuperar, que em toda luta contra o sincretismo jurídico, a proposta técnica da teoria kelseniana para a “moldura” interpretativa é inevitavelmente um dos componentes técnicos que alimentam a exclusividade na determinação de significados pela instrumentalização da linguagem como dominação política (SANÍN-RESTREPO, 2015).

Espantosamente, as tendências também apontam à autorreferencialidade do direito, que apostam em soluções que existem apenas dentro dele, o que novamente, aponta como o direito, uma vez cristalizado em sua forma institucional (jurídica), solidifica a concentração do poder sobre a institucionalidade – poder constituído – e a retira, pelo o ocultamento, do poder constituinte (povo) (SANÍN-RESTREPO, 2016).

Na Administração Pública, a procedimentalidade como suposição de racionalidade, por exemplo, impede a contaminação da mesma por subjetividades/coletividades que não se orientam pelo conteúdo mínimo instituído e, atualmente, diretamente vinculado as perspectivas empresariais. Por isso a colonialidade é basilar ao Estado de Direito e o atual direito administrativo (que é o de sempre), porque cristaliza as subjetividades controlando suas atuações e tentativas de participação apenas dentro de um modelo que – paradoxalmente – possuem pouca ou nenhuma capacidade de influenciar.

É na conjugação destes elementos que o direito encripta poder e qualifica o povo, poder constituinte, como oculto (SANÍN-RESTREPO, 2016). O principal simulacro presente e previsto pelo Estado de Direito é exatamente o da democracia⁴⁵, em virtude do enlace institucional que faz pela idealidade jurídica uma cópia icônica de povo, jamais representada ou associada à diversidade plural presente na sociedade e assim, tornando atos políticos sobre o Estado – únicos com validade, porque seria o único espaço para disputa política – em variações dos caminhos transcendentais disponíveis. No limite, o Estado de Direito conforma as subjetividades/coletivas por sua transcendentalidade e negando quaisquer oportunidades de imanência.

A ordem do Estado de Direito, baseada na sua juridicidade, a meu ver cria a cidade encriptada, sobre a qual a vida cotidiana se vê determinada por áreas urbanas controladas por políticas públicas construídas, elaboradas e aplicadas por esta transcendentalidade da cidade produto. A margem para imanência – que sempre existe – é reprimida pela cidade produto, estimulada pela apropriação da esfera pública aprisionada pelo direito e a institucionalidade estatal, ampliadas justamente pelas tendências aqui trabalhadas. Ou seja, as tendências do

⁴⁵ A afirmação em questão levou à verificação por questionamento na banca. O aparente extremo se confirma para o autor da dissertação. A democracia é simulacro no Estado de Direito que opere a partir da encriptação de poder. Ou seja, me refiro ao atual modelo de democracia que se sustenta pela institucionalidade jurídica do Estado de Direito que, como tal, diante de sua técnica própria (amplamente debatida neste texto) faz com que os valores democráticos ou instrumentos democráticos sejam conduzidos e/ou reduzidos a simulacros, com único objetivo de camuflarem o poder de atores privilegiados sobre outros. Nesta dissertação a metáfora sobre o direito como exercício de poder (antidemocrático) concentra-se nas políticas urbanas, especificamente, nas Operações Urbanas Consorciadas. Contudo, a democracia poderá ser recuperada ou alcançada, se o direito não produzir ou se reduzir a simulacros. Neste sentido, ele deve, conforme proposto ao fim deste trabalho, se desencriptar, abrindo-se às pluralidades possíveis de significados, em vez de operar, conforme demonstrado (no caso pela totalização dos significados de mercado) o fechamento ou exclusividade dos significados.

direito administrativo, no campo da Administração Pública sobre as áreas urbanas, não promovem o direito à cidade, pelo contrário, se valem dele em simulacro para fomentarem a cidade produto na qual as subjetividades são capturadas para produzirem valores de troca mediados por uma economia crescentemente virtual e financeira.

O efeito destas tendências como toda a operação encriptada pelo direito em termos genéricos e no direito urbanístico se fará mais acertada e consciente pela exploração da metáfora da Operação Urbana Consorciada. Brevemente, é deste enlace que tratarei no item a seguir.

3.5 OUC é tendência?

A dissertação apresentada trata como principal hipótese a Operação Urbana Consorciada como uma metáfora que ilustra o simulacro do direito diante da encriptação de poder instrumentalizada pela forma jurídica; sendo que esta instrumentalidade constrói um ambiente no qual quaisquer movimentos dentro dele são assimilados e emoldurados dissimuladamente e produzindo efeitos incoerentes do ponto de vista externo, mas efetivos em perspectiva encriptada ou oculta. Avançar na discussão deste argumento/conclusão, demanda contextualizar a OUC dentro do campo jurídico. No primeiro capítulo, passamos pelo contexto normativo, no qual a OUC foi apresentada a partir do direito (normativo) que o conduz. Neste segundo capítulo, procuro a partir do desvelamento das principais tendências, logo, inovações no ambiente jurídico, detectar como a OUC se enquadra nelas, enquanto as promove.

Portanto, neste momento, cabe aproximarmos a OUC nas perspectivas das tendências desveladas, pois as três (procedimentalização, empresariamento e globalização/colonialidade) podem ser identificadas na OUC. Aliás, ao separar as principais características da OUC, facilmente as identificamos ou as relacionamos com as tendências do direito administrativo.

A OUC é instrumento de política urbana com o objetivo de realizar investimentos para requalificação urbanística-ambiental nas áreas urbanas degradadas ou potenciais. Para tanto se sustenta em procedimento organizado e construído em parceria com os setores privados da sociedade (SUNDFELD, 2013).

A procedimentalização é amplamente disposta na previsão normativa da OUC (arts. 32, 33 e 34 do Estatuto da Cidade), definida a partir de lei específica que em seu conteúdo deve abordar todos os elementos que fundamentam a necessidade da Operação (interesse público, relacionado às funções sociais da cidade e função social da propriedade), assim como

os dispositivos legais (parâmetros) que poderão ser fruto de negociação por meio de Certificado de Potencial Adicional Construtivo – CEPAC.

A procedimentalidade da OUC traz consigo o elemento do empresariamento, no que diz respeito à flexibilização dos parâmetros urbanísticos e outras regras com o setor privado – investidores/empreendedores – por meio da adoção, a partir dos procedimentos dispostos em sua lei específica.

O caráter empresarial se realiza em diversas medidas. A primeira é a postura de fomento que a Administração Pública sustenta no procedimento da OUC – sendo a liderança do processo e por meio da constante negociação com os atores políticos e sociais presentes nas áreas urbanas afetadas pela Operação – a Administração procura estimular as qualidades urbanísticas pretendidas na área, a partir da relação horizontal com estes atores.

Não à toa, como ficará claro no capítulo a seguir, a OUC se modela conciliando interesses (supostamente) públicos e a capacidade do setor privado que promoverá os investimentos.

A assimilação empresarial está presente (também) na compreensão “pré-determinada” da capacidade do Estado em gerar políticas públicas efetivas, tanto do ponto de vista financeiro, quanto do ponto de vista concreto. Ou seja, a parceria com o setor privado se sustenta pelo suposto esvaziamento financeiro do Estado, quanto da sua suposta falta de capacidade institucional que em perspectiva técnica não possui burocracia eficiente (LEVIN, 2015).

A tendência empresarial, portanto, aponta duas consequências: **(i)** os efeitos das parcerias com o setor privado; e à **(ii)** tendência da globalização.

Os **(i)** efeitos das parcerias com o setor privado se confirma pela negociação permanente durante toda a elaboração e gestão da OUC, mediada por elementos procedimentais que controlam o campo discricionário da Administração e o modelam as necessidades empresariais; sendo que esta modulação ocorre pela disponibilidade de diálogo e modelo de financiamento da OUC – no caso via Certificado de Potencial Adicional Construtivo – CEPAC.

Conforme discutido no primeiro capítulo o CEPAC, em termos jurídicos, consiste na separação prática entre o direito de propriedade e o direito de construir, por meio do controle enquanto mercadoria do direito de construir na figura do “solo criado”. No capítulo a seguir esta transformação ficará mais clara, mas desde já pelo exposto é possível concluirmos preliminarmente que a OUC privatiza o interesse público ao transformar o potencial construtivo, principal elemento de controle sobre o processo de (re)produção do solo urbano

em mercadoria, pois transfere ao investidor que o adquire a capacidade de controlar, a despeito dos proprietários locais, o direito de construir das áreas urbanas – aumentando, de certa forma, a instabilidade sobre a efetividade da política pública.

O que se percebe por este empresariamento, é a privatização indireta da capacidade de gerir o solo urbano, por sua transferência, por meio de procedimento mediado, ao setor privado da Administração.

Contudo, deve ser lembrado a OUC incorpora o controle social pretendido pela tendência empresarial que se fundamenta na horizontalidade entre interesses privados e interesses públicos. Aparentemente razoável, em virtude de democratizar o controle social sobre a política pública, questiono a efetividade deste controle social, pois o mesmo – conforme ficará evidente no capítulo seguir – não consegue controlar as prioridades de investimento com os recursos levantados pelos CEPACs nas OUCs, em virtude da ampla vantagem⁴⁶ que o setor privado empresarial ocupa nos conselhos gestores que existem nas OUCs. Ou seja, em termos práticos, se constitui o simulacro de participação, tendo em vista que a horizontalidade entre interesses públicos e privados, em exercício, correspondem a prevalência dos interesses privados sobre os públicos.

A (ii) tendência da globalização, por sua vez, é compreendida na OUC como desdobramento prático das demais tendências ou, paradoxalmente, como elemento legitimador. Sobre a globalização, conforme elaborei, deve-se considerar duas perspectivas complementares: homogeneização normativa e colonialidade.

A homogeneização normativa, por sua vez, é percebida pela própria presença do instrumento, amplamente difundido em organismos internacionais como eficiente na promoção de espaços urbanos mais justos, em decorrência do seu potencial de recuperação de mais-valia urbana.

A colonialidade genericamente se faz presente justamente pela radicalidade das demais tendências. A política pública da OUC transforma o interesse público que a fundamenta, aspecto essencial de deliberação do “político” dentro da “política” (MOUFFE, 2015), como possível apenas no rol levado pela própria OUC. Portanto, questões adjacentes,

⁴⁶ A partir de questionamento da banca, esclareço a afirmação. Os conselhos, desde o Estatuto da Cidade, costumam ser paritários entre participação civil e estatal. Entretanto, a “ampla vantagem” se consolida ou se apresenta, em virtude de dois pontos: (i) a participação civil é fragmentada e além de movimentos sociais, incorpora representantes do setor empresarial (tradicionalmente pró-mercado); (ii) esta dissertação desenvolve como as tendências do direito administrativo capturam a racionalidade da Administração e promovem sobre e por ela interesses privados como se fossem os únicos possíveis; logo, a ampla vantagem, se confirma não apenas pela presença imediata dos conselheiros de setores empresariais, mas pelo acesso facilitado pela racionalidade imposta ou sobredeterminada à Administração conforme a proposta de encriptação de poder trabalhada nesta dissertação.

tangenciais ou essenciais às populações afetadas pela OUC precisam se adequar à sua forma jurídica no campo formal – procedimentalidade (meio como se insere na “discussão pública”) – e no campo material – matérias relacionadas à pertinência empresarial (temas/requisições possíveis de serem debatidas).

O simulacro discutido sobre a participação popular (controle social) nas OUCs, por exemplo, conforma a participação popular e a Administração – portanto, controla a subjetividade social e institucional – sob o crivo, aprovação ou controle, dos conteúdos e interesses privados encriptados pelos atores privilegiados na manipulação da instrumentalidade jurídica.

Nesse sentido, a transcendentalidade jurídica do Estado de Direito modela as capacidades de participação na OUC, por meio do controle de conteúdo e pela forma de sua operacionalidade pela e na Administração (SANÍN-RESTREPO, 2016).

4 OUC VIVE?

A Operação Urbana Consorciada é um instrumento de política urbana extremamente complexo. No âmbito da Administração Pública, sua realização depende de vários atos concatenados e tecnicamente sofisticados, que demandam grande capacidade técnica-institucional, não à toa exemplos de sua prática são poucos.

Este capítulo é dedicado a compreensão específica da OUC enquanto instrumento jurídico e político de promoção de políticas urbanas. Desta sorte procuro desenvolver o desenho idealizado em plano normativo à OUC, considerando, inclusive as expectativas imaginadas a partir do texto legal que a cria; para contrastar sua aplicação pela a Administração Pública e elaborar crítica sobre sua concretização a partir das questões levantadas nos capítulos anteriores.

Inicia-se, portanto, pela análise conforme o desenho normativo específico conferido pelo Estatuto da Cidade. Em seguida, por meio da seleção de casos emblemáticos, a apresentação crítica das realizações e inefetividades da OUC, considerando suas características. E por fim, o exame da OUC conforme a proposta metodológica e teórica deste trabalho, procurando expor os elementos que conferem dimensão simbólica e operam o simulacro da OUC na encriptação de poder possível pela presença das tendências do direito administrativo na concretização do instrumento de política urbana.

4.1 A OUC na sopa de letrinhas

A Operação Urbana Consorciada, enquanto instrumento de política urbana, se insere no contexto apresentado nos capítulos anteriores. No entanto, para que possamos avançar na análise, discutirei no plano normativo e ideal (texto legal), quais seriam as características da OUC, considerando o hiato entre seus objetivos-finalidades idealizados e sua prática.

A OUC é procedimento administrativo de política pública urbana concertada pela parceria entre setor privado e setor público (LEVIN, 2015), com a finalidade de fomentar a requalificação territorial (SUNDFELD, 2013). Sua origem é anterior ao Estatuto da Cidade, já sendo previstas formas análogas em legislações municipais, que posteriormente, com o advento da lei federal em questão, se adequaram ao formato normativo definida pelos arts. 32 a 34-A do Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001).

Brevemente passaremos pelas características desveladas da OUC em seu próprio desenho normativo (texto legal) para em seguida verificarmos sua aplicação (apropriação) como instrumento de política urbana.

As características da OUC relacionam aspectos formais e materiais, desse modo aponto como características a serem exploradas: **(i)** se estabelece como procedimento administrativo; **(ii)** privilegia caráter negocial entre setor privado e setor público para fomentar requalificação territorial; **(iii)** dispõe sobre a forma de financiamento do setor público, operacionalizando o solo criado em modelo financeirizado; **(iv)** amplia a concepção de áreas urbanas além de fronteiras municipais.

Enquanto **(i)** procedimento administrativo, o texto do Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001) traz uma série de requisitos formais e materiais para sua elaboração-aplicação. O primeiro deles é o vínculo entre a OUC e o Plano Diretor, disposto de dois modos: *(a)* como forma de intervenção do Estado na propriedade, a OUC precisa se justificar pela função social da propriedade (caput do art. 32); e *(b)* sua obrigatoriedade em qualquer Plano Diretor, tendo em vista que o Estatuto da Cidade definiu a OUC como no rol obrigatório de instrumentos que precisam ser regulamentados pelo Município em seu Plano Diretor (**art. 42 do Estatuto da Cidade**).

Procedimentalmente, o Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001) também define a forma normativa da OUC, que seria disposta em lei específica orientada pelo Plano Diretor (**caput do art. 32**). Sobre a autorização e requisitos formais, a legislação estabelece os aspectos básicos que poderiam ser negociados entre os setores privados e público (**§2º do art. 32**). Observo, contudo, pela leitura do texto, que não se trata de previsão “*numerus clausus*”, portanto, o instrumento parece permitir que quaisquer elementos da ordem urbanística municipal possam ser transacionados pelos atores em negociação.

Em termos procedimentais o **art. 33** do Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001) dispõe sobre o conteúdo e procedimentos acessórios à elaboração da OUC, tais como a delimitação da área afetada (**inciso I, art. 33**), a necessidade de elaboração de Estudo de Impacto de Vizinhança – EIV (**inciso V, art. 33**), ou o tipo de contrapartida a ser exigida dos investidores (**inciso VI, art. 33**) e a forma de controle político-democrático da condução da OUC (**inciso VII, art. 33**).

Sobre a forma de contrapartida prevista no **inciso VI do art. 33**, o Estatuto da Cidade aprofunda o procedimento criando forma diferenciada para financiamento da OUC, disposta no art. 34 que criou o Certificado de Potencial Adicional Construtivo – CEPAC, que consiste na possibilidade de comercializar o solo criado por meio do mercado financeiro (como é um

dos elementos diferenciadores da OUC, abordarei o CEPAC separadamente) (BRASIL, 2001).

Assim, espera-se que baseada na processualidade disposta no caput do art. 32 do Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001), a OUC permita a discussão pública, participativa, transparente sobre objetivos de requalificação e como estas áreas seriam renovadas para gerar “transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental”.

A (ii) segunda característica da OUC deriva-se ou encontra-se na assimilação da perspectiva empresarial pela Administração Pública ao se estabelecer como instrumento jurídico que permite ao setor privado negociar com o Poder Público projetos de requalificação territorial, desde que as negociações envolvam contrapartida financeira.

Na perspectiva procedimental, adiantei que a legislação já previa quais regras ou aspectos da ordem urbanística municipal poderiam ser transacionados (§2º do art. 32), retorno a elas apenas para expor pela repetição que os três incisos previstos no §2º do art. 32 do Estatuto da Cidade, além de não serem exclusivos, basicamente permitem a negociação sobre quaisquer aspectos urbanísticos pelo setor privado (BRASIL, 2001).

Outra questão que envolve o caráter negocial, apesar de fortemente concentrado sobre os investidores (por razões práticas evidentes, como se tornará obvio nos itens a seguir), é a forma de controle da OUC pela sociedade. Inserida no Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001), a OUC precisa de uma forma de controle público orientado por características democráticas. O inciso VII do art. 33 menciona a obrigatoriedade de representação da sociedade civil na forma de controle, contudo, diferentemente dos outros elementos, não restringe ou qualifica o bastante para determinar ou, mesmo que em simulacro, manter alguma garantia de equilíbrio democrático.

A (iii) OUC é uma espécie de forma de financiamento não tributária da Administração Pública para requalificação territorial (PRESTES, 2009). Interessante notar essa característica, porque uma das críticas em tese desta dissertação, consiste na OUC enquanto formas híbridas de financiamento da Administração Pública, que se derivam da privatização das políticas públicas, sendo no campo urbanístico, por exemplo, organizadas por Grande Projetos Urbanos – GPUs (FREITAS, 2017).

Enquanto forma de financiamento, a OUC inova em duas questões, a primeira é a previsão do solo criado, dissociando o direito de construir do direito de propriedade na perspectiva do gozo. Retorno neste ponto, tendo em vista que é sobre o direito de construir que o imóvel adquire valor de troca; ou seja, o gozo enquanto faculdade do direito de propriedade em áreas urbanas está diretamente relacionado às possibilidades de edificação.

Ao permitir que o Poder Público, por meio do solo criado, transacione o direito de construir além da área mínima do terreno, ele adquire o poder de mercantilizar o potencial de valor de troca da propriedade, portanto, alterando a relação no mercado da dinâmica imobiliária.

A dissociação apontada ocorre por meio de dois instrumentos do Estatuto da Cidade, a Outorga Onerosa do Direito de Construir e a Operação Urbana Consorciada. A diferença entre OODC e OUC reside justamente na oportunidade autorizada pela previsão legal do **art. 34 do Estatuto da Cidade** (BRASIL, 2001). O dispositivo referido cria a figura do CEPAC (Certificado de Potencial Adicional de Construção), que consiste em valor mobiliário financeiro.

Assim, espera-se que por meio dos CEPACs ou outra forma escolhida para financiamento, a OUC seja financeiramente sustentável ao levantar os recursos utilizados para sua viabilização. Aliás, esta forma de financiamento é comumente apontada como pertinente instrumento de “**captura de mais-valia urbana**” (SMOLKA, 2014); prevendo que os investimentos públicos geram valorização aos proprietários/investidores de forma privilegiada, os CEPACs ou a OODC oportunizariam a recuperação destes valores, pela forma de cobrança. No caso do CEPAC a oferta pública tentaria capturar os movimentos especulatórios do mercado pela valorização da possibilidade de edificação no solo em disputa.

Ademais, tendo em vista que o CEPAC é valor mobiliário transacionado no mercado financeiro, é regulamentado pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM, sendo pertinente apontar, até para questionar, a dificuldade que Municípios teriam para a viabilização deste instrumento devido sua complexidade, sendo que estes entraves se dariam tanto do ponto de vista da própria capacidade técnica dos Municípios, como da dinâmica imobiliária em si, que teria que possuir volume considerável para ensejar “disputa em leilão” para a compra destes certificados.

Por fim, em termos genéricos e normativos exclusivamente, há **(iv)** a expansão da OUC ao solo metropolitano, conforme prevê o art. 34-A. (BRASIL, 2001)

O dispositivo é interessante porque recai sobre um ponto de conflito habitual no direito brasileiro. As políticas urbanas, especialmente as competências municipais no que diz respeito a provisão de serviços públicos urbanos, está associada às áreas urbanas definidas no perímetro urbano. Aliás, há quem argumente que as políticas do Estatuto da Cidade, entre elas o Plano Diretor, só podem ser aplicadas nas áreas urbanas. *A priori*, não há nenhuma previsão legal federal ou estadual que defina o perímetro urbano como elemento que determina a área urbana do Município, entretanto, do ponto de vista prático, convencionou-se em virtude da longa experiência dos Municípios em definir o perímetro que estes delimitariam o limite de

atuação das administrações municipais. Ademais, recupero que a exploração da propriedade para fins (ou com fins) urbanos deve ser em áreas urbanas (que convencionalmente foram atribuídas dentro do perímetro urbano), conforme dispõe a **Lei nº 6.766, de 1979** (BRASIL, 1979). Tradicionalmente, e por isso o conflito, a dinâmica imobiliária urbana nos municípios brasileiros, sobretudo em áreas urbanas, é marcada pela irregularidade, logo expansão em assentamentos periféricos ao perímetro e por isso irregulares – não sendo possível, inclusive a previsão de serviços públicos (caso dos serviços de energia ou saneamento básico).

Pois bem, o dispositivo do art. 34-A (BRASIL, 2001) abriu margem para a discussão sobre a natureza jurídica do solo metropolitano. Tendo em vista que a possibilidade de uma OUC interfederativa abrangeria áreas municipais que talvez não estivessem dentro do perímetro urbano, portanto, o que pretendo brevemente (e divertidamente) abordar seria como o dispositivo de certa forma aponta ao anacronismo regulatório da ordem territorial brasileira (ao criar entraves e antinomias para a regulação e planejamento do solo, seja ele urbano ou rural) e como o solo metropolitano é essencialmente urbano. Esta breve observação tem o objetivo de, também, apontar como o direito propositalmente pode criar campos cegos ou de conflitos justamente para legitimar interesses – tese esta que será oportunamente discutida ao fim desta dissertação.

4.2 A OUC em prática: casos emblemáticos selecionados

Para avaliar a OUC em “movimento” foram selecionados casos emblemáticos que oferecessem adequada avaliação da aplicação do instrumento. Metodologicamente, a seleção considerou a dimensão das OUCs em termos de reestruturação territorial e levantamento de recursos financeiros, assim como a presença de questões interessantes e reveladoras sobre o instrumento.

Em termos práticos, verifiquei que a aplicação da OUC seria melhor compreendida se fosse analisada no contexto municipal como um todo. Ou seja, os Municípios que utilizam a OUC o fazem com considerável ou pertinente coerência. Assim, os casos emblemáticos acabam por se referirem às próprias Administrações Municipais.

Portanto, explico que os casos emblemáticos foram organizados e analisados por Município, sendo que em termos metodológicos, a pesquisa procurou por meio de imersão bibliográfica apurar a aplicação do instrumento. Quando necessário, sobretudo para informações específicas – como as legislações específicas exigidas como requisito formal para a OUC – realizei prospecção direta.

Os Municípios selecionados por suas particularidades, que obviamente se relacionam diretamente aos interesses teóricos desta dissertação, foram: São Paulo, Rio de Janeiro, Curitiba e Belo Horizonte. A princípio justifico que as escolhas de São Paulo e Rio de Janeiro se deram pela visibilidade e acúmulo de experiência. O Município de São Paulo é o maior “praticante” da OUC, portanto era preciso verificar a experiência paulistana. No caso do Município do Rio de Janeiro, cabe destacar, apesar de me debruçar apenas em um exemplo, que este se refere a maior OUC do país, que envolve não apenas vultuosos recursos, como complexos atos administrativos, especialmente pela conjugação de estratégias para a gestão financeira e urbanística. Curitiba, por sua vez, faz parte do Município com evidente relevância no campo urbanístico, sendo amplamente difundida como “modelo” de gestão e planejamento, portanto, sua escolha justifica-se pelo caráter simbólico. E por fim, Belo Horizonte, que chocantemente não realizou completamente nenhuma Operação Urbana Consorciada em específico, mas tem exemplo de tentativas de utilização do instrumento e, concomitantemente, criou e realiza correntemente forma análoga à OUC, disposta pela Operação Urbana Simplificada – que é especial para este trabalho.

4.2.1 São Paulo: pioneirismo bandeirante no estandarte do simulacro

São Paulo foi o primeiro Município brasileiro a utilizar o instrumento da operação urbana, contudo, conforme já alertado e de amplo conhecimento, o formato não era exatamente o da OUC nos termos do Estatuto da Cidade, tendo em vista que é aplicado desde o início da década de 1990. Todavia, apesar da “senioridade”, as operações urbanas foram adequadas às disposições da lei federal especificamente e em virtude das revisões prevista a cada dez anos do Plano Diretor (Estratégico).

Atualmente o Município conta com quatro operações urbanas, a saber: Centro, Faria Lima, Água Branca e Água Espreiada⁴⁷. Todas elas são anteriores ao Estatuto da Cidade, por isso passaram por revisões orientadas pelas próprias revisões do Plano Diretor. A única exceção é a Operação Urbana Centro, esta recebeu diretrizes renovadas, mas ainda não se adequou às formalidades do Estatuto da Cidade – como a previsão de programa de investimentos ou o Estudo de Impacto de Vizinhança.

⁴⁷ A OUC Vila Sônia não será abordada, em vista do seu caráter embrionário sobre qual estão sendo finalizados estudos, apesar de ações da Administração já terem se iniciado. Ademais, não há ainda a Lei Específica.

4.2.1.1 Operação Urbana Centro

A **Operação Urbana Centro** surgiu em 1991, sendo revista pela última vez em 1997, quando na revisão legal reuniu diversas pequenas operações previstas no centro de São Paulo. Ainda permanece a ela característica típica das operações urbanas paulistas: é essencialmente provocada pelo setor privado.

Seus objetivos (art. 2º da Lei Municipal nº 12.349/1997), basicamente, consistem no fomento a requalificação territorial do centro provendo de oportunidades de edificações de uso residencial, restrição a usos de grande impacto ambiental e projetos com potencial para melhorar espaços ou áreas públicas. Para estimular a melhoria ou adequação das edificações existente, a Operação Urbana Centro também prevê facilidades em termos de flexibilização de parâmetros ou regras urbanísticas para regularização urbanística das edificações (art. 3º da Lei Municipal nº 12.349/1997) – assim, percebe-se em síntese, que a Operação Urbana Centro, mesmo anterior ao Estatuto da Cidade, já recepcionava os principais atributos previstos na lei federal: objetivo de requalificação territorial, oportunizando regularização fundiária, para promover por meio de financiamento privado, obras necessárias à cidade (SÃO PAULO, 1997).

Em regra, conforme disposto na Lei Municipal nº 12.349/1997 (SÃO PAULO, 1997), os empreendedores apresentam projetos e adquirem o potencial adicional construtivo necessário ao empreendimento. Os empreendimentos podem aproveitar a flexibilização de diversas regras além, obviamente, do potencial construtivo adquirido onerosamente. As solicitações aprovadas geram o ônus pelo potencial adicional construtivo, que ao ser pago compõe fundo público específico e gerido por uma Comissão Executiva que determina em quais investimentos os recursos serão alocados.

Quadro 3 - Operação Urbana Centro em síntese

Área de Potencial Adicional Construtivo ofertada (estoque)	Não é definida. A Operação Urbana é concebida essencialmente como fomento, pelo qual para promover empreendimentos de interesse, podem incrementar o potencial construtivo por meio da TDC ou pela aquisição, por meio da OODC.	
Potencial Adicional Construtivo negociado (m²)	94.269,90 m²	
Área para regularização (m²)	50,82 m²	
Forma de Financiamento	OODC	
Valor arrecadado (financiamento privado)	OODC	R\$ 29.095.143,00
Valor investido previsto	R\$ 52.906.076,00	
Valor investido executado (até 30/09/2018)	R\$ 15.333.502,00	
Conselho Gestor: 14 membros. 5 do Poder Público (4 Executivo e 1 Legislativo)		

9 da sociedade civil: 1 Movimento Defesa São Paulo; 1 Associação Viva o Centro; 1 Associação Comercial de São Paulo; 1 FEBRABAN; 1 SECOVI; 1 Sindicato dos Empregados em estabelecimento bancários e financeiros de São Paulo, Osasco e região; 1 Instituto de Engenharia; 1 IAB; 1 Centro Gaspar Garcia de Direitos Humanos.

NÚCLEO JURÍDICO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, 2018

Desde 1991 a **Operação Urbana Centro** negociou com o setor privado 94.269,90 m², que geraram de receita aproximadamente 34 milhões de reais (Quadro 3), sendo complementados por receita municipal de mesma ordem. Os valores arrecadados no geral foram distribuídos, até o momento, em nove intervenções públicas (Quadro 4).

Quadro 4 - Operação Urbana Centro: Intervenções Públicas

Intervenção Pública	Valor (R\$)	Status
Vale do Anhangabaú	2.890.000,00	78% Concluído
Rua do Gasômetro	2.400.000,00	48% Concluído
Praça das Artes	18.392.181,00	1% Concluído
Reurbanização do Parque Dom Pedro	624.776,00	Concluído
HIS 7 de Abril	8.154.622,00	Não iniciado
Praça Roosevelt	1.4486.585,00	98% Concluído
Praça do Patriarca	1.816.391,00	Concluído
Corredor Cultural Xavier de Toledo	710.000,00	Concluído
Desapropriação Nova Luz	3.431.521,00	Concluído

NÚCLEO JURÍDICO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, 2018

Curioso notar, que todas as intervenções que envolveram investimentos em infraestrutura se concretizaram, inclusive aquelas que demandavam desapropriações. No entanto, o único investimento até o presente andamento da operação urbana, voltado para o segmento de Habitação de Interesse Social – HIS⁴⁸, não se concretizou, estando ainda apenas em discussões acerca de projeto (SPurbanismo, 2018a).

Outra observação pertinente refere-se a área levada à regularização urbanística do solo e das edificações, tendo em vista que uma das principais características e qualidades da Operação Urbana enquanto instrumento de política urbana é justamente prover ou fomentar oportunidade para movimentos de regularização. Comparada a área ofertada em potencial adicional construtivo, a área disposta para regularização é tão pequena que chega a inspirar dúvida quanto a sua mensuração (infelizmente não há dúvida).

⁴⁸ Foram considerados investimentos de caráter social, aqueles defendidos pelos representantes da sociedade civil que não relacionados aos representantes dos setores empresariais. Em termos gerais, todos os HIS foram defendidos pelos segmentos sociais não empresariais, especialmente aqueles relacionados à requalificação de imóveis abandonados (casos evidentes em SP na OUC Centro e OUC Faria Lima).

Ademais, é preciso apontar a natureza dos empreendimentos que aproveitaram as vantagens da Operação Urbana Centro, em grande medida todos relacionados ao mercado imobiliário residencial, entretanto não voltados para segmentos populares e sim correspondentes a movimentos típicos de gentrificação.

Outro aspecto interessante e necessário de ser observado, consiste na disparidade entre empreendimentos que aproveitaram a transferência de potencial construtivo em vez de adquirirem o potencial adicional. Ao todo, dos 61 empreendimentos que utilizaram os incentivos previstos à excepcionalidade da legislação urbanística, 37 gozaram da transferência em vez da aquisição. Este ponto é interessante porque revela a falta de capacidade do instrumento da operação urbana em fomentar as alterações urbanísticas pretendidas, sobretudo no próprio campo arrecadatário. Ademais, é gritante a diferença entre os valores levantados com a venda do potencial adicional construtivo e os benefícios colhidos pelos empreendimentos que acabaram por aproveitar vantagens dispostas na legislação para edificarem de forma menos onerosa em valioso solo urbano (MONTANDON, 2009).

4.2.1.2 Operação Urbana Consorciada Faria Lima

A segunda operação analisada consiste na **Operação Urbana Consorciada Faria Lima**. Iniciada na década de 1990, a Operação Urbana Consorciada Faria Lima foi adaptada às disposições do Estatuto da Cidade pela Lei Municipal nº 13.769, de 26 de janeiro de 2004 (SÃO PAULO, 2004).

Em área especialmente nobre da cidade de São Paulo na Avenida Faria Lima sobre bairros como Pinheiros, a OUC Faria Lima levantou recursos entre OODC e leilão de CEPAC da importância de aproximadamente 2,5 bilhões de reais, oriundos da negociação aproximada de 2 milhões de metros quadrados.

Era esperado o sucesso financeiro da OUC Faria Lima, tendo em vista sua localização privilegiada no Município de São Paulo. Entretanto, é preciso analisarmos alguns fatores acerca da eficiência da aplicação do instrumento.

No que diz respeito ao financiamento, precisamos considerar que as duas formas previstas decorrem da influência do Estatuto da Cidade sobre a legislação municipal. Explico. A partir da lei federal, as atualizações das operações urbanas em São Paulo passaram a privilegiar o leilão de CEPAC, pois anteriormente, preferiam as negociações privadas de potencial adicional de direito de construir por meio da outorga. Interessante notar, também, que em grande medida e se reflete em outras duas operações urbanas estudadas neste texto

(OUC Centro e OUC Água Branca), existiu parte considerável do estoque consumido por transferência do direito de construir. A transferência em questão, consiste no aproveitamento de potencial adicional gerado por benefícios conferidos a edificações que por alguma limitação administrativa tiveram seu potencial construtivo reduzido ou “congelado”⁴⁹. No caso da Operação Urbana Centro, grande parte do uso do estoque disponível tem sido aproveitado por meio do uso da transferência, por isso, inclusive, destaquei a crítica a respeito da eficiência urbanística desta operação urbana, a despeito de sua razoável saúde financeira.

Apesar do uso da TDC, é inegável que a OUC Faria Lima teve grande êxito na negociação de CEPAC ou OODC. Contudo, no início deste capítulo indiquei, como já sabido, que a OUC é um dos instrumentos de “recuperação de mais-valia” no solo urbano. Em tese e operacionalmente, isto significa que a OUC permite por meio da negociação do potencial construtivo adicional recuperar a suposta valorização gerada pelos investimentos públicos, seja em expectativa, seja no resultado.

Quadro 5 - Operação Urbana Consorciada Faria Lima em síntese

Área de Potencial Adicional Construtivo ofertada	2.250.000 m ² (Lei Municipal nº 11.732/95). Até 2004, foram negociados 940.000 m ² . Assim, os 1.310.000 remanescentes foram ofertados novamente em vista da revisão a partir do Estatuto da Cidade, pela Lei Municipal nº 13.769/2004.	
Forma de Financiamento	OODC – operado preferencialmente até 2004; CEPAC – preferencial a partir de 2004, sendo a forma exclusiva de negociação.	
Valor arrecadado (financiamento privado)	OODC	R\$ 465.321.920,86
	CEPAC	R\$ 1.313.100.125,23
	Total	R\$ 1.778.422.046,09
CEPAC Convertido (vinculado):	91,5%	
Valor máximo do m ² negociado:	Em 2016: R\$ 6.531,00	
Valor investido previsto	R\$ 1.893.479.064,61	
Valor investido executado (até 30/09/2018)		
Conselho Gestor	Paritário 18 Membros 9 do Poder Público 9 dos segmentos sociais	

NÚCLEO JURÍDICO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, 2018

⁴⁹ A Transferência do Direito de Construir (TDC) é instrumento de política urbana previsto no Estatuto da Cidade, art. 35, preferencialmente utilizado para o fomento ou incentivo à preservação de edificações com relevância histórica ou cultural. O potencial construtivo que o proprietário poderia aproveitar em seu imóvel, caso ele não fosse tombado, é disponibilizado a ele para ser aproveitado em outra área da cidade – sendo disponível a ele a negociação deste potencial “excedente” com terceiros. Por isso o uso do termo “transferência”. *A priori* o uso da TDC é problemático, porque faz com que o estoque de potencial adicional construtivo que seria negociado, seja utilizado sem benefícios financeiros ao Poder Público – o que de certa forma, é contraditório a finalidade precípua da OUC: levantar recursos para investimentos públicos por meio de financiamento privado.

Pois bem, conforme se percebe o metro quadrado mais caro negociado por CEPAC se deu em valores aproximados, no ano de 2016, em torno de R\$ 6.500,00. Contudo, apenas a título de comparação, conforme se confere por breves cotações do mercado imobiliário, o metro quadrado na mesma área em anos anteriores, como 2012, já era comercializado a valores aproximados de R\$ 8.286,00. Consideremos então a defasagem do tempo, e temos um exemplo evidente de falta de eficiência do instrumento, tendo em vista que para ser coerente e de fato capturar a mais-valia gerada pelos investimentos públicos, os valores de CEPAC deveriam se aproximar dos valores de mercado (Quadro 5). Entretanto, não é o que ocorre neste exemplo, tampouco em outras operações urbanas, especificamente outra em São Paulo (OUC Água Espraiada) e a OUC Porto Maravilha no Rio de Janeiro (SPURBANISMO, 2018b).

Esta defasagem na negociação do preço do CEPAC, aliás, faz parte de uma das teses que serão trabalhadas no próximo capítulo, que confirma em termos jurídicos que a OUC por meio do simulacro do direito à cidade – fundamento mítico do Estatuto da Cidade – opera a privatização dos poderes estatais para a viabilização de investimentos a favor de interesses privados, sendo que neste caso a apropriação da OUC revela outra confirmação de falta de eficiência: a recuperação dos investimentos gerados pelo Estado além de não serem recuperados pelo Poder Público, são transferido ao setor privado; afinal, qualquer valor excedente ou diferencial entre os valores apurados no CEPAC e aqueles negociados no mercado, se torna lucro dos investidores privados (**o CEPAC se torna forma de financiamento do próprio setor privado**).

Novamente, como se repete em todas as operações urbanas consorciadas, é visível o privilégio dos investimentos em infraestrutura urbana aproveitável para empreendimentos comerciais (no sentido de mercado – pois podem ser de usos mistos, residencial ou comercial) em detrimento de investimentos voltados para as populações em áreas de fragilidade que se situam dentro da OUC. Pesa sobre esta indicação, a constatação no que tange investimentos sociais, a preferência de direcioná-los às desapropriações (Quadro 6).

Quadro 6 - Operação Urbana Consorciada Faria Lima: Intervenções Públicas

Investimento	Valor	Status
Túnel Jornalista Fernando Vieira de Mello	Concluída	R\$ 213.313.412,84
Túnel Max Feffer	Concluída	R\$ 206.308.264,30
Ciclovía	Concluída	R\$ 33.927.126,00
Metrô Linha Amarela	Concluída	R\$ 200.000.000,00

Reconversão Urbana do Largo da Batata	Em andamento (Fase Final)	R\$ 441.120.282,00
Passarela e Ciclopasseira Bernardo Goldfarb	A licitar	R\$ 42.900.000,00
Coliseu (nº estimado 272 UH) - HIS	Em andamento (Projeto em revisão)	R\$ 44.000.000,00
Real Parque Construção 1246 UH (HIS)	Concluída	R\$ 219.355.398,00
Real Parque (Fase 2) - Reforma Conjunto PROVER	Em andamento (proposta)	R\$ 110.723.310,00
Panorama (600 UH) - HIS	Em andamento (proposta)	R\$ 129.800.000,00
Ciclopasseira HIS Panorama/Real Parque	Em andamento (proposta)	R\$ 44.000.000,00
Requalificação Av. Santo Amaro	Em andamento	R\$ 59.916.755,00
Total		R\$ 1.745.364.548,14
Desapropriação: Detalhamento		
Desapropriação (investimentos viários)		R\$ 265.305.348,00
Desapropriação (investimento HIS)		R\$ 18.392.135,00
Total		R\$ 283.697.483,00

NÚCLEO JURÍDICO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, 2018

4.2.1.3 Operação Urbana Consorciada Água Branca

A **Operação Urbana Consorciada Água Branca** teve seu início na década de 1990 (Lei Municipal nº 11.774/1995), contudo diferente da Operação Urbana Centro foi adaptada às previsões do Estatuto da Cidade, pela Lei Municipal nº 15.893, de 7 de dezembro de 2013 (SÃO PAULO, 2013).

Os objetivos gerais da OUC Água Branca reúnem interesses de requalificar e regularizar a área da OUC (art. 6º da Lei Municipal nº 15.893/2013), por meio da flexibilização de parâmetros urbanísticos (art. 7º da Lei Municipal nº 15.893/2013), transacionados diretamente pela OODC ou pela aplicação (vinculação) dos CEPACs em lotes dentro da área da OUC em análise (SÃO PAULO, 2013).

Tendo em vista a revisão legal, a forma de financiamento se dá por dois modelos: (a) a outorga onerosa do direito de construir (OODC) – tal qual era a Operação Urbana Centro, a primeira versão da OUC Água Branca era apenas por adesão por negociação direta do empreendedor – e (b) a partir de leilões de Certificados de Potencial Adicional Construtivo (CEPACs).

A OUC Água Branca em termos de recursos disponíveis (arrecadados ou transferidos) tem aproximadamente 905 milhões de reais, sendo que arrecadou entre OODC e leilões de CEPAC, aproximadamente 553 milhões de reais, sendo complementada por receita do tesouro municipal em aproximadamente 351 milhões de reais. Do volume arrecadado e disponível, aproximadamente, 300 milhões já foram gastos em investimentos previstos para a área da operação urbana (Quadro 7).

Quadro 7 - Operação Urbana Consorciada Água Branca em síntese

Área de Potencial Adicional Construtivo ofertada	Residencial - R (m²)	1.350.000
	Não Residencial - nR (m²)	500.000
	Total (m²)	1.850.000
Forma de Financiamento	OODC - adesão privada, similar à OU Centro até a Lei nº 15.893/13	
	CEPAC - preferencial após a revisão em 2013	
CEPAC destinado para área de potencial adicional ofertada (títulos) - art. 39, Lei nº 15.893/13	CEPAC R	1.605.000
	CEPAC nR	585.000
	Total	2.190.000
Valor mínimo CEPAC (R\$) art. 39, Lei nº 15.893/13	CEPAC R	R\$ 1.400,00
	CEPAC nR	R\$ 1.600,00
CEPAC (desde 2013 foi realizado apenas 1 leilão)	CEPAC (R e nR) ofertados	58.000 títulos
	CEPAC (R e nR) adquiridos	6.000 títulos
	Valor mínimo do CEPAC	R\$ 1.548,00
Valor arrecadado em termos gerais desde 1995 - OODC e CEPAC em R\$	OODC	R\$ 544.904.426,83
	CEPAC (R e nR)	R\$ 9.288.000,00
	Total	R\$ 554.192.426,83
Valor investido (executado) - até 30/09/2018		R\$ 248.611.676,00
Investimento previsto (total)		R\$ 666.578.195,00
Conselho: 18 membros (paritário) 9 integrantes do setor público; 9 integrantes da sociedade civil (1 ONG local; 1 entidades acadêmicas e/ou profissionais; 1 setor empresarial; 1 movimentos de moradia; 3 moradores/trabalhadores dentro da área da OUC; 2 moradores/trabalhadores da área de entorno)		

NÚCLEO JURÍDICO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, 2018

Os investimentos concretizados sugerem o privilégio conferido às obras de infraestruturas favoráveis aos investimentos privados. Os investimentos sociais previstos foram pouco concretizados, sendo que em grande medida os gastos da OUC priorizaram às desapropriações de populações residentes em áreas de fragilidade social, mas necessárias para obras viárias dentro do perímetro da OUC Água Branca.

Outra manifestação prática da OUC Água Branca refere-se ao seu conselho gestor, organizado de forma paritária, e que tem sustentado decisões para destinação dos recursos majoritariamente às obras viárias. O único projeto de HIS previsto, apesar de ter destinado a ordem de 170 milhões de reais, permanece avançando vagarosamente, enquanto as demais obras, se concretizaram com maior desenvoltura e facilidade (Quadro 8).

É necessário observar, entretanto, que do ponto de vista financeiro, mesmo com receitas oriundas do Município, a operação urbana permanece financeiramente sustentável. Contudo, vale observar que a captura de mais-valia urbana não parece coerente, tendo em

vista que o valor de metro quadrado negociado em CEPAC ou OODC é inferior aquele gerado no e pelo mercado imobiliário, conforme se percebeu na Operação Urbana Faria Lima.

Quadro 8 - Operação Urbana Consorciada Água Branca: Intervenções Públicas

Investimento	Status	Valor
HIS (desapropriação, produção de 630 uh e gerenciamento social)	Em andamento (apenas gerenciamento social)	R\$ 170.611.865,00
Obras de drenagem Córregos Água Preta e Sumaré	Em andamento	R\$ 228.593.477,00
Prolongamento da Av. Auro Soares de Moura Andrade	Não iniciada	R\$ 160.000.000,00
Conexões Av. Francisco Matarazzo e Rua Tagipuru	Em andamento (investigação ambiental)	R\$ 10.086.592,00
Outras obras executadas	Concluídas	R\$ 26.310.926,00
Desapropriações	Em andamento	R\$ 70.975.335,00
Total		R\$ 666.578.195,00

NÚCLEO JURÍDICO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, 2018

4.2.1.4 Operação Urbana Consorciada Água Espraiada

A Operação Urbana Consorciada Água Espraiada é o maior e mais controverso exemplo de aplicação do instrumento da operação urbana no município paulistano. Diferente dos exemplos anteriores, a OUC Água Espraiada surgiu na “Era do Estatuto da Cidade”, desse modo tem como fonte exclusiva de financiamento pela parceria privada, os leilões de CEPAC.

Inicialmente criada pela Lei Municipal nº 13.260/2001, teve seu plano de investimentos, diretrizes e organização alteradas ao longo de sua vigência, sendo hoje regulamentada principalmente por três textos legais: a Lei Municipal nº 15.519/2011 – que alterou/atualizou seu programa de investimentos –; a Lei Municipal nº 15.893/2013 – que conferiu novas diretrizes à OUC Água Espraiada –; e a Lei Municipal nº 16.975/2018 – dentre outras alterações, vinculou a destinação para investimento em habitação de interesse social a 30% do valor arrecadado em CEPAC (SÃO PAULO, 2018d).

A OUC Água Espraiada prevê a negociação de 3.750.000 CEPACs para o consumo de 3.250.000 m² em potencial adicional construtivo (SPURBANISMO, 2018d).

Cabe destacar, primeiro, o possível sucesso da negociação dos CEPACs, tendo em vista que o Município já negociou aproximadamente quase a totalidade de potencial adicional construtivo disponibilizado. Segundo, também é preciso considerar razoável sucesso no que diz respeito ao consumo do CEPAC por meio de sua vinculação. O CEPAC vinculado é aquele que o empreendedor (proprietário do CEPAC) destinou a algum empreendimento. Não

é, apesar da maior probabilidade de concretização do empreendimento, garantia de realização ou uso de fato do CEPAC – isto, porque, especialmente na OUC Água Espraiada é permitido ao empreendedor desvincular o CEPAC vinculado, desde que pague uma compensação da ordem de 10% do valor atualizado do título conforme o art. 4º da Lei Municipal nº 15.519, de 29 de dezembro de 2011 (SÃO PAULO, 2011). Me refiro a possível sucesso, porque em consideração as demais operações urbanas realizadas em São Paulo, Água Espraiada é a que detém (ou ostenta) melhor aproveitamento entre os CEPACs comercializados e aqueles consumidos (SMOLKA, 2014).

Contudo, apesar do sucesso apresentado, em termos de concretização da venda do potencial adicional construtivo, cabe salientar os dados apresentados por Orair (2016), que revelam que o CEPAC ofereceu ao mercado solo enquanto metro quadrado médio em valor cinco vezes ao que era praticado no mercado. Ou seja, a oferta como foi realizada, mesmo que caracterizada numa perspectiva acionária como “diluição de ações”, não justifica a diferença de valor, configurando um dos pontos críticos deste trabalho: a aplicação da OUC privatizou e transferiu solo e valor, através de sua forma financeira (SANTORO; UNGARETTI; MENDONÇA, 2018).

Os valores levantados em CEPAC, a despeito de sua efetividade ou eficiência, foram utilizados para diversos investimentos em infraestrutura. Antes de explorá-los em termos gerais, é importante considerar que dentro da área da OUC Água Espraiada existia aproximadamente 60 assentamentos subnormais (MONTANDON, 2009), sendo que para todos há a previsão de regularização e/ou desapropriação. Vinculada ao reconhecimento de necessidade de investimentos nas áreas com fragilidade social, encontra-se a previsão sobre a prioridade de investimentos orientado pelo Grupo Gestor (controle social) decorrente do programa de obras da OUC Água Espraiada que definia como aplicações (destinações) dos recursos recebidos em CEPAC para (FIX, 2009): complexo de obras para o Real Parque; habitações de interesse social (HIS); ampliação de áreas verdes e projetos para melhor adequar os investimentos pretendidos conforme os objetivos e diretrizes da OUC previstos no art. 4º, 5º e 6º da Lei Municipal nº 13.260/2001 (SÃO PAULO, 2011).

Entretanto, aponto que apesar da previsão de diversos tipos de intervenções públicas ou investimentos na área da OUC Água Espraiada (SÃO PAULO, 2018d), os recursos levantados foram direcionados para o financiamento das obras de infraestrutura, que, obviamente, valorizam a propriedade imobiliária, sendo acompanhadas das desapropriações das populações em áreas de fragilidade socioambiental (SANTORO, UNGARETTI e MENDONÇA, 2018). O detalhe (perverso) vem da ausência de concretização dos

investimentos destinados à recolocação da população removida pelos processos de desapropriação, como também revela Fix (2009) ao abordar a origem da Operação Urbana Consorciada Água Espraiada.

Aliás, a forma como os investimentos foram redirecionados conforme os interesses nitidamente influenciado pelos setores do mercado imobiliário, demonstra a fragilidade e o simulacro do Conselho Gestor, que no caso, inicialmente viu suas decisões não vincularem a atuação da Administração Pública e, em seguida, a Administração atuando no próprio Conselho Gestor para legitimar as solicitações dos segmentos empresariais, por meio do alinhamento anterior as reuniões (FIX, 2009).

Por fim, do ponto de vista urbanístico e demográfico, percebe-se nitidamente o quadro de gentrificação, pela substituição da população pelo binômio combinado: desapropriações-empresendimentos criados, apontado por FIX (2009). O crescimento dos empreendimentos imobiliários destinados à classe média alta na região, acompanhado da desapropriação dos segmentos populares que ocupavam a região (mesmo que em irregularidade – mesmo porque a regularização faz parte dos objetivos da OUC, assim como uma oportunidade em flexibilização para a mesma), tem resultado na diminuição da concentração populacional dos bairros da OUC com acréscimo de renda per capita, enquanto as áreas marginais sofrem como o acréscimo de população e diminuição da renda per capita.

O ponto crítico que se faz é, também e exatamente, sobre a gentrificação descrita e sua articulação com a tese central desta dissertação; pois é o simulacro do direito à cidade (enquanto significação fundamentadora de todo o Estatuto da Cidade) operacionalizado ou emulado pelas funções sociais da cidade e a função social da propriedade (fundamento jurídico para promoção da OUC) que permite a continuidade da cidade encriptada, na qual o elemento que deveria contribuir para a Administração Pública gerar espaços urbanos pautados pela igualdade territorial, contribui acentuadamente para o efeito reverso, fazendo com que a legislação urbanística seja um simulacro com força simbólica.

4.2.2 Rio de Janeiro: PPP para OUC e vice-versa

O Município do Rio de Janeiro para promover os investimentos em infraestrutura necessários para a realização de eventos internacionais na cidade (Copa do Mundo FIFA 2014 e Olimpíadas 2016), elaborou a maior operação urbana consorciada do país até o presente momento: a Operação Urbana Consorciada da região do Porto do Rio de Janeiro ou OUC do Porto Maravilha.

A Operação Urbana Consorciada da região do Porto do Rio de Janeiro situada (obviamente) na zona portuária, foi criada para requalificar urbanisticamente área degradada por meio de diversos investimentos em infraestrutura urbana e equipamentos destinados ao lazer, turismo e cultura conforme dispõe o art. 2º da Lei Complementar Municipal nº 101, de 23 de novembro de 2009 (RIO DE JANEIRO, 2009).

O enlace jurídico-institucional que criou a OUC do Porto Maravilha combinou diversos marcos legais que reorganizaram a ordem urbanística da cidade carioca, conforme demonstra o Quadro 9.

Quadro 9 - Operação Urbana Porto Maravilha: legislação e enlace institucional

Nº	Evento	Texto Legal
1	Alteração no Plano Diretor criou Área Especial de Interesse Urbanístico da Região Porto do Rio - AEIU Porto do Rio - e a Operação Urbana Consorciada Porto do Rio. A lei estabeleceu todas as diretrizes e regras de uso e ocupação do solo para a área. Dentre elas, destaca-se a regulamentação urbanística da utilização do CEPAC, ou seja, a definição dos estoques por área da operação urbana e a forma de conversão destes em potencial adicional construtivo.	Lei Complementar nº 101, 23 de novembro de 2009
2	Criação da CDURP (Companhia de Desenvolvimento Urbano da Região do Porto do Rio de Janeiro). A CDURP foi constituída como sociedade por ações na modalidade de economia mista, controlada pelo Município do Rio de Janeiro, com a finalidade de gerir todos os aspectos pertinentes ao desenvolvimento e promoção da OUC Porto do Rio.	Lei Complementar nº 102, 23 de novembro de 2009
3	Regulamentação das parcerias público-privadas no âmbito municipal, sendo fundamental para o desenvolvimento dos investimentos previstos na OUC Porto do Rio	Lei Complementar nº 105, de 22 de dezembro de 2009
4	Estabelecimento dos benefícios fiscais aos investidores que realizarem novas empreendimentos na área da OUC do Porto. Entre eles a isenção do IPTU e ITBI pelo prazo de 10 anos.	Lei Ordinária nº 5.128, de 16 de dezembro de 2009
5	Integralização do capital social da CDURP por meio da emissão de 6.436.722 CEPACs ao valor unitário de R\$ 400,00; determinando, inicialmente, o capital social da empresa na ordem aproximada de 2,5 bilhões de reais	Decreto nº 32.666, de 11 de agosto de 2010
6	Regulamentação da utilização de CEPACs para a compensação de créditos tributários, destinando os valores auferidos em compensação para o Plano de Habitação de Interesse Social do Porto Maravilha	Decreto nº 42.078, de 8 de agosto de 2016

NÚCLEO JURÍDICO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, 2018

Em termos financeiros e urbanísticos não é possível avaliar determinantemente a OUC do Porto Maravilha, tendo em vista que ela foi programada para se realizar em quinze anos;

entretanto, é possível pelos resultados já concretizados tecer observações pertinentes (e preocupantes) sobre o desempenho da operação urbana.

A primeira observação corresponde ao enlace institucional, pois a OUC diferentemente dos modelos adotados em São Paulo ou Belo Horizonte, foi concebida imediatamente como forma de parceria público-privada. Isso se deve pela criação de uma empresa de economia mista e de capital aberto para gerenciar, inclusive regulamentar urbanisticamente, a concretização da operação urbana em questão. A CDURP simboliza a associação evidente entre OUC, enquanto instrumento de política urbana, e a PPP enquanto forma de contratação entre o Estado e o setor privado, afinal, o capital social da empresa foi, conforme o Decreto Municipal nº 32.666/2010 (RIO DE JANEIRO, 2010), constituído por CEPAC, sendo, concomitantemente desde a criação, a atribuição da empresa desempenhar as ações tradicionalmente vinculadas ao Poder Público.

A segunda observação pertinente corresponde à eficiência em termos urbanísticos e financeiros, considerando o programa de investimentos, valores arrecadados-consumidos e as inovações de fato presumidas. Não é, *a priori*, objetivo deste trabalho verificar a qualidade urbanística das intervenções; mas sim, contrastá-las no campo da efetividade, logo no programa meio-fim da norma.

Neste sentido, aponto que inicialmente a OUC Porto Maravilha previa investimentos da ordem de aproximadamente 7 bilhões de reais. Estes recursos seriam levantados pela negociação dos CEPACs que integralizaram a CDURP. A operação financeira pode ser resumida da seguinte forma, a CDURP possui os CEPACs para negociar e levantar os recursos necessários; conforme ela negocia os CEPACs e os realiza em investimento, sua atuação na perspectiva de intervenção e execução das obras diminui, enquanto passaria a desempenhar – dentro do prazo de quinze anos (renováveis por mais quinze) – ações apenas regulatórias (por exemplo a conversão de CEPAC em potencial adicional construtivo).

Observo, que inicialmente o capital social em CEPAC que seria a oportunidade de viabilizar financeiramente a OUC do Porto Maravilha, totalizava em sua criação aproximadamente 2,5 bilhões de reais (foram emitidos 6.436.722 CEPACs ao valor unitário e mínimo de R\$ 400,00). A conta, em tese, fecharia, porque ao decorrer dos investimentos a CDURP poderia negociar os certificados recuperando as valorizações geradas pelos investimentos – afinal, lembro que os CEPACs são títulos mobiliários operados no mercado de valores (CDURP, 2018).

Cabe observar que além da flexibilização de parâmetros urbanísticos, especialmente aqueles relacionados ao potencial construtivo, a OUC do Porto Maravilha para fomentar a

ocupação e destinação da área para novos investimentos e, logo, tornar mais atraente a aquisição de CEPACs, conferiu isenção aos novos empreendimentos na área da operação urbana dos tributos municipais (IPTU e ITBI) no prazo de 10 (dez) anos, conforme determinaram os art. 6º e 7º da Lei Municipal nº 5.128, de 16 de dezembro de 2009 (RIO DE JANEIRO, 2009).

A partir deste plano ideal, a CDURP, antes de fazer a primeira oferta pública de CEPACs, acabou por negociá-los, integralmente com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS – mantido pelo banco público da União, Caixa Econômica Federal. Na transação com a CDURP, o FGTS adquiriu como investimento os CEPACs, contudo, por ter arrematado todos os valores, assumiu a obrigação de manter o financiamento da OUC do Porto Maravilha. A negociação com o FGTS considerou o CEPAC à R\$ 545,00 totalizando em valores monetários a importância de R\$ 3.500.000.000,00. Novamente, os valores não seriam o bastante para cobrir os investimentos necessários a operação urbana, mas a lógica de investimento e gestão seria a mesma que a própria CDURP desempenharia.

Seguindo as transações iniciais, destaco que os valores para os investimentos foram atualizados para a ordem de 10 bilhões de reais (CDURP, 2018), sendo já consumidos aproximadamente em torno de 5 bilhões de reais. Ou seja, não há garantia no momento para que os investimentos sejam cumpridos pelo FGTS/Caixa.

A expectativa da CDURP e FGTS/Caixa era que os leilões de CEPAC bastariam para financiar a OUC do Porto Maravilha, entretanto ela foi imediatamente frustrada. Em 2012, na tentativa de recuperar ou auferir recursos capturando a valorização imobiliária, o FGTS/Caixa ofertou em leilão secundário e público 100.000 certificados sobre o valor de R\$ 1.125,00. Porém, da oferta realizada, apenas 26% foi vendido, sendo auferido o valor de R\$ 29.250.000,00. Valores importantes obviamente, porque qualquer entrada é positiva; entretanto pouco significativos se considerarmos o déficit imediato da OUC do Porto Maravilha.

Diante do cenário de “falência” aparente da PPP administrada pela CDURP que desenvolve a OUC do Porto Maravilha, o Município para promover a aquisição de CEPACs emitiu o Decreto nº 42.078, de 8 de agosto de 2016; que permite a utilização de CEPACs para a compensação dos créditos tributários. Interessante notar que os valores auferidos por estas compensações seriam destinadas, conforme estabeleceu seu art. 4º, à execução do Plano de Habitação de Interesse Social do Porto Maravilha (RIO DE JANEIRO, 2016).

O quadro urbanístico, no que diz respeito as ações que a OUC do Porto Maravilha, desejava fomentar, não é muito diferente do quadro financeiro acima apresentado.

Para a viabilização da requalificação territorial desejada, uma operação urbana aposta nas intervenções públicas que fomentariam ou atrairiam os investimentos privados. Em termos práticos, uma OUC pode ser avaliada – do ponto simplesmente formal no campo urbanístico – pela conversão dos títulos de CEPAC em potencial construtivo adicional vinculado a empreendimento (Quadro 10).

Quadro 10 - Evolução dos Certificados de Potencial Adicional de Construção (Cepac)

Estoque Total	Consumo total (até junho/18)	Estoque disponível
6.436.722	574.889	5.861.833
100%	8,93%	91,07

NÚCLEO JURÍDICO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, 2018

A vinculação, portanto, consumo dos potenciais construtivos adicionais adquiridos demonstram, também, a falta de eficiência no campo urbanístico. Afinal, as operações celebradas e negociadas nas transações mobiliárias no mercado de valores, não gerou a concretização de novas edificações. Ou seja, os CEPACs adquiridos os são com finalidades especulativas.

Por fim, o terceiro campo pertinente, se deve a condução da OUC enquanto política urbana, considerando os investimentos sociais previstos na operação urbana e, conseqüentemente, a relação entre requalificação territorial pretendida pelos investimentos e a violência inerente pela ação estatal em processos de desapropriação às populações que ocupavam a área do Porto Maravilha.

Durante a construção das principais obras associadas a Copa do Mundo FIFA 2014 e as Olimpíadas 2016, ocorreram no Rio de Janeiro diversas remoções/desapropriações que não apenas desvelaram um quadro imediato de “fomento” à gentrificação, como à violência institucionalizada direcionada a segmentos sociais que não gozam de “privilégios jurídicos”.

No campo da concretização dos investimentos sociais, cabe apontar que das 48 edificações licenciadas para habitação de interesse social, em nenhuma delas ocorreu a reforma ou obra para viabilização (WERNECK, NOVAES e SANTOS JUNIOR, 2017). Ou seja, os investimentos foram todos direcionados aos grandes equipamentos que geram a valorização imobiliária.

4.2.3 Curitiba: linha verde?

O Município de Curitiba é comumente reconhecido como exemplo de cidade “planejada”. A alcunha que acompanha Curitiba é quase uma construção mitológica em torno da figura de Jaime Lerner, arquiteto-urbanista que foi prefeito da cidade e governador do Estado do Paraná. Quando prefeito, Lerner foi o responsável pela implantação de equipamentos de infraestrutura e serviços urbanos de intenso valor simbólico no Brasil – por exemplo, a primeira variação do modelo de corredores viários e exclusivos para a circulação de transportes públicos (o valor é simbólico, porque historicamente o Brasil tem péssimos exemplos de políticas de mobilidade urbana).

Considerada moderna no que diz respeito à aplicação de instrumentos de políticas urbanas por meio do controle da densidade no território – como a utilização da OODC e TDC para a preservação de áreas verdes (GAIO, 2015) – o Município não explora intensamente o instrumento da Operação Urbana Consorciada, como São Paulo, Rio de Janeiro ou Belo Horizonte (mesmo que este utilize variações da mesma). Contudo, a partir do Estatuto da Cidade e no intuito de viabilizar a requalificação territorial do entorno da BR-116, considerando o eixo de desenvolvimento em perspectiva metropolitana, Curitiba lançou a Operação Urbana Consorciada Linha Verde, que teve origem a partir do Plano Diretor e do texto normativo específico, a Lei Municipal nº 13.909, de 19 de dezembro de 2011, sendo institucionalmente articulada ou organizada a partir desta lei e seus respectivos decretos regulamentadores (CURITIBA, 2011)

A OUC Linha Verde foi criada para alavancar investimentos para a reestruturação do corredor viário da BR-116 dispostos no art. 3º da Lei Municipal nº 13.909/2011 (CURITIBA, 2011), no prazo de 30 anos. Sendo que o Programam de Investimentos disposto no marco legal totalizava valores à época de aproximadamente 1,2 bilhão de reais, atualmente atualizados em 1,6 bilhão de reais (CURITIBA, 2017).

Para prover recursos para os investimentos previstos na realização da OUC Linha Verde, o Município emitiu 4.830.000 Certificados de Potencial Adicional Construtivo, referentes a estoque disponível de aproximadamente 4,5 milhões de metros quadrados (GAVRILOFF e BONADIO, 2017). Considerado o valor mínimo de R\$ 200,00 dos CEPACs, conforme definiu o art. 2º do Decreto Municipal nº 134, de 31 de janeiro de 2012, o potencial a ser arrecadado pelo Poder Público seria de R\$ 966.000.000,00. Próximo a 1 bilhão, ainda assim não cobriria os gastos previstos com a operação urbana.

Em termos financeiros, Curitiba está realizando os leilões de CEPAC aos poucos, contudo, não é possível reconhecer que tenha obtido o sucesso esperado. Em 2012, no primeiro leilão, foram ofertados 141.588 títulos, referente – pelo valor mínimo previsto no

Decreto Municipal nº 134/2012 – a arrecadação de aproximadamente 30 milhões de reais. Entretanto, entre os dezoito licitantes, apenas três adquiriram os CEPACs – aproximadamente 70% do disponibilizado, o que em termos de retorno significou a arrecadação do valor aproximado de 20 milhões de reais.

Sobre o potencial adicional construtivo, cabe recuperar que o Município dispôs apenas de 2% do universo geral pelos CEPACs emitidos, considerando, que a OUC Linha Verde já realizou três leilões nos últimos seis anos.

4.2.4 Belo Horizonte: para que consorciar se pode simplificar?

O Município de Belo Horizonte faz um uso pouco habitual ou não tradicional do instrumento da Operação Urbana Consorciada. Em Belo Horizonte o tal instrumento de operação urbana é previsto desde a Lei nº 7.165, de 27 de agosto de 1996 – Plano Diretor (BELO HORIZONTE, 1996).

A primeira aparição do instrumento no ambiente normativo de Belo Horizonte se deu pelo Plano Diretor pós-CF/88, na ocasião, entretanto, existia apenas a Operação Urbana enquanto gênero, em que era possível a flexibilização de parâmetros urbanísticos por meio de negociação entre setor privado e setor público (é a ideia da redação original do art. 65 do Plano Diretor de Belo Horizonte). No âmbito da negociação, o Poder Público poderia transacionar, para as vantagens oportunizadas, valores sobre o potencial construtivo para financiar eventuais obras de infraestrutura para melhor a área impactada do empreendimento ou, simplesmente, considerada como prioritária pelo Município. Cabe apresentar que em sua primeira forma, a operação urbana “belorizontina” poderia ser proposta pelo Poder Público ou pelo setor privado (empreendedor ou empreendedores em consórcio).

Com advento do Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001), o instrumento municipal passou por remodelação, ocorrida por meio da revisão do Plano Diretor, materializada pela Lei Municipal nº 9.959/2010 (BELO HORIZONTE, 2010). Na ocasião a Operação Urbana se adequou ao Estatuto da Cidade, ao prever a modalidade de Operação Urbana Consorciada nos termos exatos do Estatuto. Entretanto, se sustentando na prerrogativa de legislar pelo interesse local (art. 23 da CF/88)⁵⁰, desdobrou a Operação Urbana em duas modalidades: (i) consorciada, prevista no Estatuto da Cidade; e (ii) simplificada.

⁵⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais... Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

Precipuamente, recupero que apesar da ausência da utilização da Operação Urbana Consorciada, afinal, não prevista na ordem urbanística, Belo Horizonte utilizou o instrumento por doze vezes (Quadro 11)

Quadro 11 - Operações Urbanas em BH entre 1996-2018

Lei Municipal	Descrição/Ementa	Status
Lei nº 11.074/2017	Institui a Operação Urbana Simplificada do Plano de Inclusão Produtiva de Camelôs do Hipercentro e dá outras providências.	Em andamento
Lei nº 11.005/2016	Institui a Operação Urbana Simplificada do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.	Em andamento
Lei nº 10.954/2016	Institui a Operação Urbana Simplificada da Rua Francisco Deslandes e Adjacências e dá outras providências.	Em andamento
Lei nº 10.731/2014	Institui a Operação Urbana Simplificada do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais.	Em andamento
Lei nº 10.703/2014	Institui a Operação Urbana Simplificada do Parque de Exposições da Gameleira e do Centro de Convenções do Estado de Minas Gerais e dá outras providências.	Em andamento
Lei nº 10.521/2012	Institui a Operação Urbana Simplificada do Centro de Convenções do Município de Belo Horizonte.	Realizada
Lei nº 9.959/2010	Altera o Plano Diretor e institui 13 Operação Urbanas Consorciadas	Previstas
Lei nº 9.952/2010	Institui a Operação Urbana de Estímulo ao Desenvolvimento da Infraestrutura de Saúde, de Turismo Cultural e de Negócios, visando atender às demandas da Copa do Mundo FIFA Brasil 2014 no Município.	Realizada
Lei nº 9.679/2008	Dispõe sobre a Operação Urbana da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais.	Realizada
Lei nº 9.568/2008	Dispõe sobre a Operação Urbana do Parque Linear Bulevar Andradas.	Realizada
Lei nº 9.366/2007	Dispõe sobre a Operação Urbana do Edifício-Sede do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.	Não realizada
Lei nº 9.065/2005	Institui a Operação Urbana na área denominada Gleba I da antiga Fazenda Capitão Eduardo.	Substituída por modalidade de OUC
Lei nº 8.728/2003	Institui a Operação Urbana do conjunto arquitetônico da Avenida Oiapoque.	Realizada
Lei nº 8.431/2002	Institui a Operação Urbana Fundação Furtado de Menezes/Barreiro, no Bairro Bonsucesso.	Realizada
Lei nº 8.299/2001	Institui a Operação Urbana Vila Silveira e dá outras providências.	Realizada
Lei nº 8.240/2001	Institui operação urbana na área ocupada pela Casa do Conde de Santa Marinha e adjacências.	Realizada
Lei nº 8.174/2001	Dispõe sobre a criação de centro comercial em vias públicas da região da Savassi (Operação Urbana do Pátio Savassi).	Realizada

Lei nº 8.137/2000	Dispõe sobre a Operação Urbana do Isidoro (como capítulo desta lei)	Não realizada
Lei nº 7.928/1999	Dispõe sobre operações urbanas para implementação de estações de integração de ônibus do BHBUS.	Realizada
Lei nº 7.280/1997	Desafetação de trecho de via pública por Operação Urbana	Realizada

NÚCLEO JURÍDICO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, 2018

Em termos críticos e operacionais, destaco que as operações urbanas praticadas durante o período 1996-2010 se assemelham muito às Operações Urbanas Simplificadas, porque partem de demandas específicas para empreendimentos no Município e seus modelos de negociação, tanto no campo dos parâmetros negociados, quanto das contrapartidas, foram transacionadas consensualmente em esfera procedimental entre setor privado e setor público. Aliás, enquanto instrumento de financiamento para “mais-valia”, a modalidade se mostra pouco eficiente considerando que grande parte das operações urbanas do período supramencionado se deram pela utilização de transferência do direito de construir (COTA, 2010).

A Operação Urbana Simplificada – OUS – prevista nos arts. 66 e 67 (art. 67 da Lei Municipal nº 7.165/1996 – Plano Diretor de Belo Horizonte), tem como objetivo fomentar, pela flexibilização de parâmetros urbanísticos transacionados livremente entre o setor público e o setor privado (art. 67 da Lei Municipal nº 7.165/1996 – Plano Diretor de Belo Horizonte), empreendimentos de menor abrangência, propostos pelos empreendedores (BELO HORIZONTE, 1996).

Em termos procedimentais, saliento que a OUS é negociada diretamente pelos empreendedores/investidores com a Administração Pública municipal. Entretanto, após consolidada (ou seja, definidos os termos negociados a serem flexibilizados e as contrapartidas exigidas) é discutido com o suposto controle popular por meio do Conselho Municipal de Política Urbana (COMPUR). Entretanto, sobretudo após a implementação do Estudo de Impacto de Vizinhança, as discussões tendem a se concentrar no licenciamento dos empreendimentos e não em suas concepções. Aliás, cabe ressaltar que mesmo sendo discutidas em concepção no COMPUR – situação habitual até a adequação da versão municipal do instrumento ao previsto pelo Estatuto da Cidade – as sugestões técnicas e populares costumavam ser suprimidas ou pouco consideradas no plano final da operação urbana.

Reflito, brevemente neste momento, que basicamente o que o instrumento sugere é a atuação paralela entre setor público e setor privado, a despeito da própria ordem democrática

participativa supostamente determinada pelo Estatuto da Cidade. Em termos jurídicos, pelo crivo do direito administrativo, o que garante tanto a manifestação da abertura democrática à Administração pelo instrumento, quanto seu viés público, é o procedimento negocial, supostamente inserido em razão dialógica – lembro da atuação das tendências do direito administrativo na legitimação da atuação política do Estado em prol dos segmentos privados que operam no e pelo mercado.

Retomando a apresentação e abordagem da aplicação da Operação Urbana no Município de Belo Horizonte, alerta sobre a condução de ambos os instrumentos. A Operação Urbana Consorciada tornada real conforme sua modalidade amplamente utilizada em São Paulo e no caso do Porto Maravilha no Rio de Janeiro, foi amplamente normatizada em Belo Horizonte. Desde 2010, com a alteração do Plano Diretor pela lei de sua revisão (Lei Municipal nº 9.959/2010⁵¹), Belo Horizonte instituiu legalmente treze operações urbanas consorciadas (BELO HORIZONTE, 1996).

Surpreendentemente desde 2010, apenas uma destas operações urbanas se concretizou. Duas delas apenas foram licenciadas, sendo que apenas a Operação Urbana Consorciada do Barreiro foi transformada em Projeto de Lei e levada à Câmara Municipal de Vereadores. A Operação Urbana Consorciada Nova BH, por sua vez, apenas passou por um conturbado processo de licenciamento, que mesmo recebendo a licença (EIV) pelo COMPUR, não avançou à Câmara Municipal. Logo, do ponto de vista prático, não há como avaliar a aplicação do instrumento enquanto sua utilização pela Administração.

Todavia, a não concretização ou conclusão da utilização da modalidade “Consorticiada” de Operação Urbana, revela a capacidade de concretização dos instrumentos de política urbana anabolizados pelas tendências do direito administrativo. Faço referência à modalidade “Simplificada” criada pela lei belorizontina, pois se a OUC em Belo Horizonte tem dificuldade de se concretizar, a OUS é utilizada de forma recorrente e permite a viabilização de grandes projetos urbanos – inclusive na escala dos Grandes Projetos Urbanos (FREITAS, 2017), pois estes no Município tem ocorrido pela utilização da Parceria Público-Privada tendo em vista sua concertação em parceria também para o provimento de serviços. Se nenhuma Operação Urbana Consorciada conseguiu se tornar lei e ter início à sua implementação desde 2010, sete Operações Urbanas Simplificadas, por outro lado, já foram aprovadas e sancionadas. Sendo necessário considerar que outras doze ainda estão em avaliação pelo setor técnico da Prefeitura de Belo Horizonte.

⁵¹ BELO HORIZONTE. Lei nº 9.959 (2010). Lei nº 9.959, de 15 de outubro de 2010. Dispõe sobre alterações no Plano Diretor e Lei de Parcelamento, Ocupação e Uso do Município de Belo Horizonte.

Devidamente procedimentalizada, primeiro por sua previsão legal, em seguida pela própria interpretação e aplicação da legislação urbanística de Belo Horizonte disposta pelo complexo normativo resumido em quatro legislações (Plano Diretor, Lei de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo, Código de Obras e Código de Posturas), a Operação Urbana Simplificada pode ser proposta diretamente pelos empreendedores, tornando sua concretização muito mais dinâmica que os processos de Operação Urbana Consorciada, que demandam procedimentos de participação popular mais demorados ou onerosos.

Quadro 12 - Operações Urbanas Simplificadas criadas em lei desde 2010

OUS	Lei Municipal	Contrapartida
OUS Plano de Inclusão Produtiva de Camelôs do Hipercentro	Lei nº 11.074/2017	Geração de potencial adicional construtivo na proporção 1,92m² para cada 1,0m² construído em box pelo empreendedor (art. 14)
OUS TCE-MG	Lei nº 11.005/2016	Não definida - desobrigado em virtude de finalidade pública da edificação, sob a justificativa de não onerar obra pública
OUS Rua Francisco Deslandes e Adjacências	Lei nº 10.954/2016	Qualificação da unidade de vizinhança e centralidade conformada pela Av. Francisco Deslandes contemplando: implantação de ciclovia; implantação de abrigos especiais nos pontos de embarque e desembarque de transporte coletivo; implantação de iluminação direcionada para pedestres; e qualificação da praça de acesso ao Parque Julien Rien. (art. 2º)
OUS TRT-MG	Lei nº 10.731/2014	Não definida - desobrigado em virtude de finalidade pública da edificação, sob a justificativa de não onerar obra pública
OUS BH Morar (Capitão Eduardo)	Lei nº 10.705/2014	Outorga Onerosa do Direito de Construir - para HIS (art. 9º)
OUS Parque de Exposições da Gameleira e do Centro de Convenções do Estado de Minas Gerais	Lei nº 10.703/2014	Implantação de um Centro de Convenções, de acordo com projeto elaborado ou aprovado pelo Estado de Minas Gerais; Requalificação e modernização do Parque de Exposições da Gameleira, de acordo com projeto elaborado ou aprovado pelo Estado de Minas Gerais; e Implantação de empreendimentos privados destinados a atividades hoteleiras, empresariais, comerciais e de serviços, bem como suas atividades auxiliares, visando aprimorar a dinâmica e conferir viabilidade à disponibilização dos equipamentos estimulados (art. 2º)
OUS Centro de Convenções do Município de Belo Horizonte.	Lei nº 10.521/2012	Implantação do Centro de Convenções e viabilização para a construção de um complexo de empreendimentos destinados a atividades comerciais, empresariais, de serviços e de convenções, com possível associação ao uso residencial.

NÚCLEO JURÍDICO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, 2018

As Operações Urbanas Simplificadas se tornaram um instrumento para além da flexibilização de parâmetros urbanísticos. As contrapartidas financeiras exigidas pelo art. 66 do Plano Diretor de Belo Horizonte (BELO HORIZONTE, 1996) e o Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001) indicam que a OUS se tornou uma forma de flexibilizar o próprio licenciamento urbanístico. Dentre as Operações Urbanas Simplificadas concretizadas em textos legais, logo disponíveis de implementação, todas negociaram as contrapartidas à flexibilização urbanística, por meio de compensações. O que chega a ser curioso, porque o

Plano Diretor faz questão de considerar ou exigir a necessidade tratamento diferente ou em separado entre as contrapartidas das operações e as condicionantes exigidas em face do processo de licenciamento (Estudo de Impacto de Vizinhança).

Quadro 13 - Operações Urbanas Simplificadas em trâmite

Nome	Processo	Descrição	Ano	Resp. Legal/ Interessado	Contrapartida	Situação
OUS Luxemburgo	01-115.458/14-83	Empreendimento imobiliário residencial multifamiliar vertical	2009	Patrimar Engenharia Ltda	Qualificação da um. de vizinhança: incorporação e preservação de área do terreno particular ao P. Tom Jobim e implantação de melhorias no Parque; implantação de “ponto do Viurbs 101” – ligação entre os bairros São Bento e Luxemburgo; melhoria de desenho urbano com vistas à qualificação dos espaços de circulação de pedestres e implantação de praça/mirante; ações de recuperação e preservação do patrimônio cultural, com restauração da antiga Casa de Fazenda localizada no aglomerado Santa Lúcia	Em avaliação (EIV e audiências)
OUS Mercado Central	01-106.448/15-10	Ampliação do Mercado Central	2014	Mercado Central	Requalificação e manutenção da Rua dos Goitacazes, de forma a convertê-la em espaço público de convivência e lazer e implantação de melhorias na integração da circulação de pedestres nas vias do entorno com o Corredor MOVE Centro da Av. Paraná.	Em avaliação (Diretrizes)
OUS Arena Multiuso	01-000.283/15-94	Estádio de futebol e museu do Clube Atlético Mineiros	2015	Hudson Gonçalves Andrade	Intervenções /melhorias conforme Plano Urbanístico da OUC-ACLO (a ser definida).	Em avaliação (EIV e audiências)
OUS Sede do IPLEMG	01-049.587/15-13	Edifício Sede do Instituto de Previdência do Legislativo de Minas Gerais (IPLEMG)	2015	IPLEMG	A ser definida	Em avaliação (Diretrizes)
OUS ALMG	01-049.365/15-91	Edifício anexo da ALMG	2015	ALMG	Desobrigado: empreendimento público, não será cobrada para não onerar obra pública (Parecer Técnico SMAPU nº 04/2016)	Em avaliação (Parecer Técnico - 2ª Etapa)
OUS Obra Inacabada - Av. Prof. Werneck	01-071.361/15-26	Edificação de uso misto	2015	Sérgio Borges Martins	Qualificação dos espaços destinados aos pedestres e usuários do transporte coletivo ao longo da Av. Prof. Mário Werneck, no entorno do Parque Municipal Aggeo Pio Sobrinho.	Em avaliação (Diretrizes e EIV)
OUS Obra Inacabada - Rua Rio Grande do Sul, 780, Barro Preto	01-071.335/15-16	Edificação de uso misto	2015	Construtora Santa Marta Ltda – José Antônio Pereira Bitarães	Transferência ao município de 10 unidades habitacionais para aluguel social na região central ou pericentral do município	Em avaliação (Conclusão: Projeto de Lei elaborado e Termo de Conduta)
OUS Obra Inacabada - Rua Itapeçerica, 469, Lagoinha	01-098.710/15-84	Edificação não residencial – ensino superior. Sede da FACISA BH.	2015	Antônio Baião de Amorim	A ser definida	Em avaliação (Diretrizes)
OUS Pça Afonso Arinos e Adjacências	01-141.350/15-45	Sede da Associação Médica de Minas Gerais - AMMG	2015	Associação Médica de Minas Gerais	Qualificação da unidade de vizinhança - Praça Afonso Arinos e quarteirão fechado da Av. Álvares Cabral	Em avaliação (EIV e audiências)

OUS Vila Monte São José	01-144.338/15-56	Edifício Jardim - Empreendimento imobiliário residencial	2015	Gilmar Dias dos Santos	Plano Urbanístico da Vila Monte São José com execução de intervenções.	Em avaliação (Termo de Conduta Urbanística)
OUS Ed. Palais Royal - Santa Inês	01-157.459/15-03	Empreendimento imobiliário residencial multifamiliar vertical	2015	Reinaldo César Lopes da Costa	Qualificação do Parque linear José Cândido da Silveira com implantação de sanitários públicos e Instalação de Mobiliários Urbanos em espaços públicos com locais e projetos a serem definidos por modalidade de licitação por concurso público.	Em avaliação (Conclusão: Projeto de Lei elaborado)
OUS Acaba Mundo	01-080.572/15-22	Não informado	2015	Patrimar Engenharia S.A. e Construtora Caparaó S.A.	A ser definida	Em avaliação
OUS Pça da Saudade e Adjacências	01-160.445/15-77	Sede do Bioclin - Quibasa Química Básica LTDA	2015	Quibasa Química Básica LTDA	Qualificação da Praça da Saudade e entorno e intervenções de qualificação dos logradouros de entorno; manutenção das intervenções por prazo determinado	Em avaliação (EIV e audiências)
OUS Prado Shopping	01-161.063/15-06	Centro Comercial - Aroeira Empreendimentos e Participações Ltda	2015	Bruno Luciano Henriques	Qualificação da unidade de vizinhança e incremento à centralidade intermediária conformada no entorno.	Em avaliação (Diretrizes)
OUS Obra Inacabada - Rua Rio Grande do Sul, 435, Centro	01-006.059/16-14	Edifício Monte Carlo - edificação de uso misto.	2016	Rogério Ferreira Malta	A ser definida	Em avaliação (Diretrizes)
OUS Ed. Living World Place	01-143.102/16-65	Empreendimento imobiliário não residencial (edifício comercial)	2016	Wille Muriel Cardoso	A ser definida	Em avaliação (Diretrizes)

NÚCLEO JURÍDICO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, 2018

A leitura conjunta dos Quadros 12 e 13 nos indica que a OUS é preferencialmente utilizada como uma complementação ao processo de licenciamento que permite a flexibilização dos empreendimentos para facilitar a aprovação dos mesmos. Em que se pese a possível hipérbole, não me parece estranho apontar a concretização de um caso de “corrupção urbanística” (PRESTES, 2018) dissimulada pelo controle procedimental que permite ou potencializa a utilização da legislação urbanística para a viabilização facilitada de empreendimentos.

Comparativamente ao modelo de operação urbana realizada por São Paulo, sobretudo os modelos priorizados pelo Município paulistano antes do Estatuto da Cidade, cabe apontar diferenças significativas. A primeira delas corresponde à procedimentalidade e controle por meio da Administração Pública da destinação das contrapartidas, porque em Belo Horizonte estas contrapartidas, assim como as possíveis destinações, são atribuídas pelo Poder Público no âmbito do licenciamento, cumprindo como legitimidade democrática a discussão no Conselho específico (COMPUR). Em São Paulo, as contrapartidas são geradas pela OODC, o que obriga o Poder Público a criar e debater um Conselho Gestor para discutir em quais

investimentos os recursos gerados serão destinados. *A priori*, em termos práticos, ambos modelos fracassam, pois para todos é flagrante que existe um descompasso de eficiência entre os interesses públicos pretendidos e os benefícios efetivamente gerados – nos levando a primeira aproximação no simulacro da participação popular.

A segunda diferença em comparação, corresponde à própria forma de geração de contrapartida. Enquanto São Paulo prioriza a exploração do potencial adicional construtivo negociado, o Município de Belo Horizonte potencializa os investimentos privados por meio das contrapartidas determinadas (logo, em que o empreendedor realizará sua contrapartida, sem passar pela burocracia estatal). Interessante do modelo belorizontino é a facilidade conferida ao empreendedor, pois como podemos conferir tanto nos processos já concluídos e tornados em lei, como aqueles em avaliação que já definiram suas contrapartidas, é que a Administração Pública estabelece exigências que convergem com interesses para o próprio empreendimento (contrapartida). Assim, o Poder Público parece ampliar e legitimar o retorno ao próprio empreendimento (Quadros 12 e 13). Ou seja, em nada difere das Operações Urbanas Consorciadas paulistanas que ignoram os investimentos sociais e priorizam obras viárias que contribuem apenas para a valorização imobiliária de interesse aos investidores.

4.3 A OUC na lupa

Após a apresentação do desenho idealizado e os casos pelos quais se concretizou, pretendo recuperar em síntese crítica os elementos levantados nos capítulos anteriores para expor as principais características (in)efetivas da OUC, a fim de sustentar a tese central desta dissertação acerca da contribuição ou articulação da legislação urbanística, simbolizada pela OUC, para a solidificação de uma cidade encriptada.

As principais características da OUC remetem imediatamente às tendências do direito administrativo, por isso para a análise entre o ideal normativo e sua concretização em simulacro/força simbólica se organiza a partir das tendências dispostas nesta dissertação.

4.3.1 Processualidade ou Procedimentalidade

As operações urbanas consorciadas se constituem evidentemente como instrumento de política urbana essencialmente processual (BUCCI, 2013). Conforme verificado, o Estatuto da Cidade estabelece uma série de regras e exigências para a elaboração de uma operação urbana consorciada, tornando o instrumento extremamente complexo – especialmente, porque

combinado com a figura do solo criado e sua forma, se optada, de financiamento por meio de CEPAC.

Para McCubbins, Noll e Weingast (1987), a expansão das formas de procedimentalização por meio de modelos jurídicos determinavam na capacidade dos poderes políticos (democráticos, logo populares) em influenciar na atuação da Administração Pública, pois as regras procedimentalmente dispostas seriam aplicadas conforme a técnica produzida pela burocracia; sugerindo, portanto que diante da processualidade, a burocracia se tornaria em mecanismo automático de tomadas de decisões administrativas além do escopo técnico, engolindo o campo político.

A procedimentalização, apesar do efeito apontado, tem importante fundamento para o suposto funcionamento democrático, tendo em vista que sua aplicação reduziria a atuação discricionária da Administração Pública. Este “preço a pagar”, contudo revela o paradoxo apontado no início desta dissertação: o fechamento procedimental em movimento ou aplicação acaba por ampliar a oportunidade de exercício extravagante da discricionariedade, pois concentra nos atores privilegiados da burocracia que atribuem significado às disposições procedimentais. Este paradoxo, inclusive, revelaria o quadro sistêmico de encriptação de poder; sobre o qual a técnica amparada na transparência ou controle da discricionariedade, funcionaria como o simulacro que permite, de fato, a atuação deliberada e sem controle sobre os atos administrativos (SANÍN-RESTREPO, 2016).

É a partir da conclusão oferecida que é possível considerar o primeiro aspecto de simulacro sobre a OUC. A processualidade do instrumento, conforme demonstrado no caso de Belo Horizonte, permite que a Administração influencie ou atue apenas por si mesmo na atribuição dos significados sobre o que seria “condicionante” ou contrapartida do parceiro, sendo que as contrapartidas, conforme indicado, vinculam-se diretamente a investimentos que seriam aproveitados pelos parceiros – resultado, aliás, do acesso exclusivo ou privilegiado que os empreendedores no âmbito do procedimento criam com a Administração.

Continuando sobre Belo Horizonte, a etapa inicial, sobre a qual a Administração atua com o poder de definir significado livremente, ocorre a validação pelo simulacro de participação popular ou controle social realizado pelo Conselho Municipal de Política Urbana – COMPUR; afinal sendo composto por ao menos metade da Administração, as decisões já chegam previamente acertadas – pela própria lógica funcional e corporativa desta Administração. Não à toa os processos levados ao COMPUR não recebem objeções ou

conformações estruturais pela maioria dos conselheiros⁵², considerando tanto os casos anteriores de operações urbanas, conforme explicitado por Cota (2010), quanto os atuais casos de Operações Urbanas Simplificadas – OUS. E é sobre este raciocínio que parece necessário ou urgente, perceber as razões de fracasso ou pouco empenho pelo Poder Público municipal belorizontino em viabilizar as Operações Urbanas Consorciadas presentes no Plano Diretor: as OUS são muito mais simples e eficientes no cumprimento de sua finalidade: aprovação de empreendimentos, por meio da flexibilização da legislação urbanística.

Se considerarmos o caso paulistano ou carioca poderemos chegar as mesmas conclusões, afinal na cidade de São Paulo, conforme indicado, os valores levantados em CEPAC constituem-se como fonte primordial para a concretização de investimentos de interesse dos parceiros-investidores, sendo desconsiderado as decisões de conselhos gestores que definiam o direcionamento de recursos para investimentos sociais (FIX, 2009).

Desse modo, a processualidade não apenas é evidente, quanto necessária à operação urbana, causando como consequência o simulacro do caráter democrático das funções sociais da cidade e da função social da propriedade.

4.3.2 Empresariamento e fórmula da PPP

Para Cassese (2012a) a aproximação do direito administrativo a aspectos do direito empresarial ou de práticas empresariais é um dos principais vetores de modernização da Administração; propondo que esta aproximação se daria por modelos negociais, pelos quais de forma flexível, o setor público estabelece relação horizontal ou isonômica com o setor privado.

Orientação similar é dada por Sundfeld, que sugere a modernização da Administração Pública, justamente pela alteração da dinâmica na relação entre setor público e setor privado, considerando que entre estes setores, na institucionalidade do Estado Democrático de Direito que pressupõe modelo dialógico, deveria se promover a parceria sustentada pela forma negocial (SUNDFELD, 2014).

Partindo da síntese destas elaborações é razoável considerar a OUC como expressão evidente da reclamada modernização do direito administrativo por meio da adoção de práticas

⁵² Esclareço, a partir de questionamento proferido pela profa. Denise Morado Nascimento durante a banca, que a afirmação em questão corresponde à eficiência das objeções oferecidas pelos conselheiros, especialmente aqueles associados aos movimentos populares. Há objeção de conselheiros no COMPUR – como em todos os conselhos municipais de políticas públicas ou gestores de Operações Urbanas. O ponto a ser enfrentado é a eficiência ou efetividade destas objeções, uma vez que elas costumam ser apenas citadas em ata, sem vincular de fato os empreendimentos às críticas sustentadas e elaboradas pelos conselheiros com viés crítico.

empresariais. Afinal, notadamente elaborada pela parceria entre Poder Público e investidores, a OUC adota desde o início linguagem empresarial, como modelo de negócios, programa de investimentos ou até mesmo seu modelo de financiamento, atrelado em captação ofertada em mercado de valores.

Todavia, se faz essencial questionar quais seriam as consequências da aproximação desta relação. Sustento que a aproximação entre direito administrativo e modelos gerenciais, promove a captura da mentalidade da Administração pelas perspectivas dos atores privilegiados do setor privado.

Do ponto de vista prático, esta captura faz com que a burocracia no seu exercício procedimental (MCCUBBINS, NOLL e WEINGAST, 1987) passe a determinar os significados dos conteúdos jurídicos presentes nos textos normativos que a procedimentaliza a partir da lógica exclusiva dos parceiros empresariais – ou seja, mesmo que exista uma abertura a “escutar” setores sociais que não empresariais, a Administração Pública apenas “compreende” as demandas empresariais (HARVEY, 2005).

Os exemplos de aplicação da operação urbana trazidos nesta dissertação parecem evidenciar a conclusão supramencionada. A OUC do Porto Maravilha, por exemplo, incorporou os elementos da parceria público-privada, claramente um modelo de relação entre setor público e setor privado, pelo qual os investimentos levantados satisfazem os setores privados, sendo os benefícios apurados pelo setor público, aqueles que se relacionam às necessidades dos setores privados. Não à toa, a política urbana no caso carioca foi literalmente transferida para uma empresa de capital aberto, que opera pela sensibilidade do mercado, uma vez que seu capital social (CEPAC) é um ativo mobiliário financeiro.

A concretização dos investimentos previstos nas Operações Urbanas Consorciadas de São Paulo, também revelam o caráter privilegiado e exclusivo que os setores privados empresariais receberam. Enquanto os investimentos sociais aguardam entraves burocráticos ou a disponibilização de recursos, a dinâmica para os investimentos ligados aos interesses empresariais são acelerados permitindo sua concretização a despeito das urgências sociais, por exemplo, das populações em situações de fragilidade social (FIX, 2009).

Aliás, na prática os investimentos ligados às OUCs paulistanas apontaram o efeito reverso daquele pretendido pelos interesses públicos que as fundamentaram ou os pressupostos que as permitem agir como exceção à ordem urbanística. Montandon demonstra como até 2009, a OUC Água Espraiada, havia gerado o efeito contraditório de concentrar renda na área da operação urbana, enquanto as áreas periféricas empobreceram (MONTANDON, 2009).

A aproximação à fórmula de PPP, que permite ao parceiro público assumir o risco, em prol da manutenção do lucro do parceiro privado, é evidente na OUC, para tal verifiquemos um dos principais elementos da operação urbana: a recuperação de mais-valia.

Em São Paulo os CEPACs negociados o foram em média com valores quatro vezes menores aqueles negociados diretamente pelo/no mercado imobiliário (ORAIR, 2016). Na prática, a despeito do “sucesso de vendas” no volume total de potencial adicional construtivo, o que ocorre, de fato, é que por meio destes CEPACs com valores inferiores ao operado no mercado, os investidores privados podem adquirir potencial construtivo mais barato e comercializá-lo no próprio valor de mercado – ou seja, ao fim, a mais valia-urbana oriunda dos investimentos possíveis pela OUC não são, como supostamente foi concebido pelo Estatuto da Cidade, recuperados pelo Poder Público, mas oferecidos e convertidos ao setor privado.

Assim, o quadro que se percebe é, novamente, de simulacro da legislação urbanística, neste caso sobre a ideia, oriunda das funções sociais da cidade e promovida pelo direito à cidade de justa distribuição dos ônus e bônus da urbanização, assim como da justiça territorial; pois baseada na ideia de justa distribuição prevista no art. 2º do Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001), a prática regular do instrumento da operação urbana, gera como resultado seu oposto – concentrando os espaços com melhores e maiores investimentos a segmentos privilegiados da sociedade, enquanto os segmentos fragilizados são ocultados (SANÍN-RESTREPO, 2016), ou manuseados, como a legitimação da transferência de bônus urbano ao setor privado e de ônus ao setor público e aos segmentos ocultos.

4.3.3 Financeirização e internacionalização: solo criado e flutuante

No início deste capítulo, na breve caracterização normativa da Operação Urbana Consorciada, relatei alguns dos principais elementos deste instrumento de política urbana. Dois já foram abordados e se mostraram intimamente relacionados às tendências do direito administrativo (procedimentalidade e empresariamento). Seguindo a própria lógica do texto, recupero a terceira tendência do direito administrativo abordada: a globalização.

No contexto inicialmente apresentado, a globalização foi analisada a partir da homogeneização dos textos e instrumentos normativos no intuito de estabelecer uma espécie de institucionalidade normativa administrativa global-internacional (CASSESE, 2012b)

Para Cassese (2012b) como efeito da globalização, o direito administrativo precisa, para produzir efeitos satisfatórios, aproximar as institucionalidades dos Estados Nacionais,

sobretudo no que diz respeito a democratização das burocracias estatais. A aproximação, resultante de certa homogeneização, facilitaria a difusão pela oportunidade de relação entre diversos atores econômicos, que em vez de serem obstaculizados pelas estruturas estatais, seriam celebrados, pois estas estruturas manteriam um ambiente burocrático e institucional favorável (CASSESE, 2012a).

A constatação de Cassese (2012a), pode e deve ser contextualizada ao ambiente neoliberal que vivemos. A globalização do ou no direito administrativo está diretamente relacionada à porosidade dos poderes soberanos, que diante do poder político e jurídico de atores globais se dobram conforme a conveniência destes como se formassem geoinstitucionalidades difusas disponíveis a serem acionadas de acordo com os interesses privilegiados e encriptados (BRENNER, PECK e THEODORE, 2010).

Neste sentido, cabe retomar um ponto fundamental da OUC: a operacionalização do solo criado como ativo mobiliário financeiro. A comercialização do solo criado revela a expansão de uma tendência geral da economia liberal que vem sendo assumida ou catalisada pelo direito administrativo: a financeirização das políticas públicas e urbanas.

Rolnik (2015) destaca a modificação da atuação estatal por meio da financeirização das políticas urbanas; especialmente, a autora se concentra nas políticas habitacionais, demonstrando que as políticas de fomento estatal se relacionam ou se projetam imediatamente pelo meio financeiro (ROLNIK, 2015). No caso das políticas habitacionais existem diversas modalidades, desde as PPPs promovidas pelas Operações Urbanas, caso da OUC Porto Maravilha, até a própria plataforma de financiamento, como é o caso do Programa Minha Casa Minha Vida, que relaciona a fruição ao direito à moradia, à aquisição financiada da habitação.

No campo das políticas urbanas territoriais de requalificação baseadas em Grandes Projetos Urbanos (GPUs), a tendência se envereda pela financeirização, conforme é possível observar, sobretudo no caso paulistano e carioca. Por óbvio, a própria dinâmica imobiliária e a inserção global contribuem para a atenção e disponibilidade dos atores de mercado atuarem para exigir a realização destas OUCs.

Enfim, a relação que pretendo estabelecer, consiste na totalização do caráter financeirizado, que teria conexões imediatas com as formas jurídicas. Ao negociar e operar o solo criado no âmbito do mercado financeiro, o Poder Público favorece a flexibilização (aqui no sentido do dinamismo da atividade econômica), uma vez que a negociação destes títulos mobiliários não seguem as burocracias tradicionais, por exemplo, das transações imobiliárias (PINTO, 2014). E podem ser operados em escala global, oferecendo a oportunidade para

atores presentes em todo o planeta manusearem e, de certa forma, controlarem o desenvolvimento territorial do Município (VAROUFAKIS, 2016). Concomitantemente, o controle do mercado pelo direcionamento da OUC é ampliado. Ora, conforme verificamos, tanto em São Paulo, quanto no Rio de Janeiro, que utilizaram a forma financeira de financiamento, os atores privados passaram a controlar o desenvolvimento da operação urbana. Além de influenciar sobre o processo decisório, o que se tem é a capacidade de controlar o território, pela disponibilidade e controle do solo que os atores privados que adquirem em massa os CEPACs passam a ter.

Ou seja, em termos institucionais, a financeirização se relaciona à globalização, porque facilita o controle do solo por atores em quaisquer locais do globo. Em Nova Iorque, por exemplo, os maiores proprietários de grandes investimentos imobiliários não são cidadãos estadunidenses, mas estrangeiros.

Outro ponto pertinente, derivado da globalização e conectado à financeirização pelo solo criado, é a posição de dependência que o Poder Público passa a ter com os atores privados que adquirem os títulos. O caso da OUC Porto Maravilha traduz perfeitamente esta situação. Apesar da grande oferta de CEPACs, sequer 10% deles se concretizaram em edificações ou empreendimentos associados à requalificação territorial. Ora, é nova forma de promover vazios urbanos com finalidade especulativa, podendo ocorrer, em virtude da modalidade financeira em todo o planeta (SANTORO, UNGARETTI e MENDONÇA, 2018).

Ao direito administrativo a ideia de financeirização seguida ou conectada pela perspectiva é essencial. Pois, enquanto tendência, o direito promove institucionalidade que se desterritorializa, uma vez que ela em termos de exercer poder e controle, perde a capacidade de realizar suas atribuições, enquanto, ao mesmo tempo, é capturada para exercer poderes necessários a manutenção de ativos mobiliários do setor privado.

No capítulo a seguir estas relações serão ainda mais exploradas, tendo em vista que sustentam ou amarram as teses defendidas.

5 A CIDADE ENCRYPTADA: TESES SOBRE A OUC E O DIREITO À CIDADE

A partir das ideias levantadas e discutidas nos capítulos anteriores, proponho algumas teses sobre o tema tratado nesta dissertação. Destaco que são conclusões a respeito da pesquisa realizada durante a elaboração deste texto, apresentando-as em duas escalas: (i) transversal; (ii) específica.

A primeira escala (i) refere-se às conclusões diretamente conectadas aos pressupostos teóricos utilizados na pesquisa. Derivam, portanto, das percepções que relacionam a teoria da encriptação de poder com a ausência de eficiência da Operação Urbana Consorciada e, conseqüentemente, do próprio direito (urbanístico) – por isso, são transversais: atravessam e relacionam todo o trabalho, seja sobre as bases analíticas, seja sobre as conclusões aqui elaboradas.

A segunda escala consiste (ii) em conclusões específicas, sendo essas oriundas das conclusões transversais percebidas na aplicação imediata da Operação Urbana Consorciada e seus impactos sobre a ordem jurídica. Portanto, são teses imediatas sobre a implicação da encriptação de poder na realização ou concretização de políticas públicas oriundas das legislações que as promovem.

Resumidamente, neste conclusivo capítulo, trataremos de ideias sobre ideias, que subsidiarão as “teses sobre o direito à cidade e a operação urbana consorciada”.

5.1 Tese 1: A cidade encriptada pelo simulacro do direito à cidade

Ao elaborar a formação da cidade latino-americana, Ángel Rama (2015) expôs como nossas áreas urbanas foram concebidas como elementos simbólicos de dominação e controle. A essa urbanidade controladora, deu o nome de “cidade das letras” (RAMA, 2015).

A cidade das letras organiza-se em três momentos que se constituem como características fundamentais da cidade, a saber: (i) ordenada; (ii) letrada; e (iii) escrituária. A (i) cidade ordenada, primeiro momento da cidade latino-americana, teria como forma-objeto o estabelecimento de uma ordem simbólica sobre o espaço no qual a Metrôpole europeia se ampliava; cidade que se ordenava pela sobreposição da linguagem metropolitana sobre a linguagem falada no continente. Assim, a ordem no sentido empregado por Rama (2015) aplica-se diretamente sobre a validação de significados, sendo aceitos ou validados pelo poder apenas aqueles concebidos sobre os signos (escrita) determinada pela Metrôpole (RAMA, 2015).

O segundo momento é caracterizado pela demarcação objetiva da linguagem sobre o continente através da determinação de um estrato social que acessasse e traduzisse à realidade local os signos metropolitanos⁵³. A cidade (ii) “letrada” conjuga a ordem – no sentido de sobreposição e subordinação – ao definir centralidades de poder definidas pelo acesso de um estrato social sobre a linguagem da Metrópole. Cabendo à liderança desse estrato a tarefa de “enquadrar” os saberes locais (falados) aos signos escritos – tanto em forma quanto em conteúdo (assimilação dos costumes ocidentais) – assim como traduziria à Metrópole, que se apropriaria da cultura local, reconvertendo-a a partir de sua própria linguagem dominante. O controle da linguagem nas cidades coloniais, obviamente, era entregue às elites oligárquicas, estabelecendo elo indissociável entre essas elites e a burocracia estatal (RAMA, 2015).

O terceiro momento, por sua vez, consistiria na (iii) cidade escriturária, sobre a qual a Metrópole (re)criaria institucionalidades de dominação – como o direito – sobre as cidades coloniais. Nesse momento, a cidade escriturária condiciona a possibilidade de conhecimento e acesso ao poder pela relação e capacidade de reconhecer os significados oriundos dos regulamentos jurídicos. Ou seja, estabeleceu-se a ligação definitiva entre o direito e o poder, tendo em vista que o poder na institucionalidade apenas seria possível por meio do conhecimento da linguagem jurídica e, conseqüentemente, sua capacidade de manipulá-la apreendendo e dispondo sobre os seus significados (RAMA, 2015).

O quadro ou cenário apresentado neste trabalho constitui a origem da cidade encriptada, que operacionaliza e mantém uma ordem política (de dominação) sólida, sustentada por seus simulacros oriundos do dever-ser jurídico.

O direito à cidade se tornou nos últimos anos referência habitual enquanto orientação ao direito urbanístico. Desde a sua concepção filosófica oriunda do trabalho quinquagenário do francês, Henri Lefebvre, o direito à cidade passou por diversas elaborações e expectativas. No campo jurídico, a proposta ou ideia de direito à cidade, passa pela tentativa de sua institucionalização (CITIES ALLIANCE, 2017).

Conforme apontado no início deste trabalho, desde o fim da década de 1980, urbanistas brasileiros procuram aproximar ou “juridificar”, por meio do reconhecimento institucional, a existência ou presença de um direito à cidade.

A presença institucional desse direito à cidade, como é comum ao direito, pareceria elementar para que se tornasse passível de concretização, portanto, elemento a se concretizar,

⁵³ Castro-Gómez (2005) também descreve processo similar, ao elaborar como no âmbito do colonialismo se deram os primeiros elementos da colonialidade (enquanto captura de subjetividade por meio da hegemonização cultural), entre eles, justamente, a ordem territorial simbólica, inspirada na promoção da exclusividade do saber metropolitano na institucionalidade política (CASTRO-GÓMEZ, 2005)

ao passo que também seria o elemento essencial para impulsionar políticas urbanas que gerassem resultados diferentes daquelas oriundas do Estatuto da Cidade e concretizadas de modo segmentado pela Administração Pública.

Desse modo, o direito à cidade, enquanto princípio, seria um elemento técnico para potencializar os marcos normativos urbanísticos e permitir que as políticas tradicionais fossem requalificadas por ele. Inicialmente, a ampla institucionalização do direito à cidade contou, conforme já assinalado, como momentos ou reconhecimentos marcantes. Entre eles, destaca-se a difusão em plano internacional por meio da “Declaração de Quito” da centralidade do direito à cidade.

Por isso, no capítulo inicial deste trabalho, procurei apontar a expectativa sobre a qual os trabalhos técnicos urbanísticos (jurídico ou de outras áreas) conferiam ao direito à cidade. Afinal, conforme aponta publicação recente da Cities Alliance, ele passou a ser elemento básico e essencial para as cidades resilientes, diretamente relacionadas ao previsto no art. 2º do Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001), se constituírem (MONTANDON e ROSSBACH, 2017).

Todavia, apesar de compreender a ansiedade que o “descobrimento” de novo artefato pode gerar para solucionar entraves político-jurídicos, foi importante pontuar que a forma como a expectativa sobre o direito à cidade se realiza é idêntica a movimentos anteriores associados ao Movimento Nacional pela Reforma Urbana. Recupero, brevemente, para fins ilustrativos, os seguintes momentos sobre os quais a inovação normativa pela produção de novas legislações parecia ser elemento fundamental para a concretização de políticas para melhores áreas urbanas: **(i)** durante as décadas de 1970 e 1980, a expectativa era sobre a disponibilidade de instrumentos jurídicos para regularização fundiária – apesar da presença deles, problemas como déficit habitacional ou proliferação de assentamentos subnormais permanecem; **(ii)** durante a década de 1990 e 2000, as expectativas centravam-se na promoção dos planos diretores como instrumentos de planejamento urbano-territorial, culminando em campanha nacional patrocinada pelo Ministério das Cidades para sua ampla difusão; e, por fim, este **(iii)** momento que vivemos, em que, tal qual os dois anteriores, deposita-se expectativa sobre alguma nova forma ou elemento normativo, no caso o direito à cidade.

Contudo, foi e é esforço deste trabalho apontar que as inovações, seguidas de suas aplicações, foram inefetivas. As principais demandas foram enfrentadas juridicamente e, também, por meio da ação do Poder Público. Tomemos como exemplo as políticas habitacionais e de mobilidade. Durante os últimos vinte anos, normativamente foram qualificadas e, diferentemente de outras áreas da Administração Pública, não faltaram

recursos financeiros e ações, especialmente se considerarmos que, nesse período, o Brasil passou por duas etapas de investimentos em infraestrutura a partir de políticas como “Programa Minha Casa Minha Vida” e “Programa de Aceleração do Crescimento”.

No campo da habitação, conforme demonstrado, o déficit oscilou muito pouco, sendo ainda mais pertinente reconhecer que diminuiu com algum impacto sobre as áreas rurais (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2015).

As políticas de mobilidade apresentaram resultados semelhantes em termos de inefetividade. Apesar da ampliação dos marcos jurídicos a respeito de políticas de mobilidade, especialmente se considerarmos novas legislações em âmbito federal, como a Política Nacional de Mobilidade Urbana ou a Política Nacional de Acessibilidade, os resultados são contraditórios aos objetivos, gerando gastos exorbitantes e custos de transportes mais elevados, que consequentemente deram origem a tarifas mais caras e tempos de deslocamento maiores, sobretudo para as populações que vivem em áreas distantes dos centros urbanos (SCRUGGS, 2018).

Cabe recordar, oportunamente, que foi no período de melhor desempenho econômico do Brasil, no qual a qualidade de vida dos brasileiros aumentou significativamente, que as áreas urbanas brasileiras também assistiram o avanço constrangedor de seu tecido urbano irregular e/ou ilegal (ONU-HABITAT, 2012).

Aparentemente, o distanciamento entre a eficácia e efetividade é concebido como um problema (ou “falha do sistema”) se relacionado ao direito. Isto porque, conforme discutido difusamente em outras partes deste texto, o direito se constitui pelo princípio imputativo descrito pela proposição do “dever-ser” (SANÍN-RESTREPO, 2014).

Portanto, em termos jurídicos, a idealidade normativa não é afastada enquanto elemento problemático no/do direito. A forma do dever-ser permite ao direito dissociar-se do vínculo tradicional entre causa-efeito. Neste estudo, a conclusão disposta permite confirmar que a não concretização do direito à cidade, mesmo que esse direito envolto da utilização de normas jurídicas, não implica em um problema jurídico, mas político, desconsiderando que seria a tecnicidade jurídica em sua promoção que ocasiona sua não materialização.

Assim, o direito à cidade, fundamento para uma cidade baseada na diversidade e na potencialidade política – como supostamente definido em termos filosóficos ou jurídicos – se torna o fundamento para a promoção de políticas que produzem o efeito contrário, ou seja, que potencializam a cidade produto (LEFEBVRE, 2008).

A promoção da cidade produto, entretanto, não é um percalço sobre o qual a ordem jurídica é construída, pelo contrário, o que proponho seria que a totalização da cidade produto (transcendentalmente) apenas é possível porque assim o direito a elabora, permite e reproduz.

O simulacro consiste na representação falseada da cópia icônica idealizada (SANÍN-RESTREPO, 2014). Assim, o direito à cidade é simulacro, porque se reproduz dissimuladamente a partir do poder encriptado que o desconstitui da capacidade de contaminar as decisões políticas geradas pela institucionalidade jurídico-política do Estado de Direito e praticada pela Administração Pública.

Para Sanín-Restrepo (2018), poder – enquanto dominação, logo praticado pela institucionalidade política – é encriptado “quando política e democracia são separados entre si, e a democracia é simulada através da construção de falsas totalidades, especificamente, no significado de povo⁵⁴” (SANÍN-RESTREPO, 2018, ebook)

Propõe, Sanín-Restrepo, que a encriptação de poder ocorre pela captura totalizante da linguagem, dominando-a de tal forma que produz significações que seriam impostas como verdades absolutas. Ele se refere, portanto, ao caráter transcendental do direito, que bloqueia qualquer oportunidade de contaminação criativa que não seja (re)configurada pela própria ordem jurídica. Em síntese, a encriptação de poder deriva da conformação de qualquer diferença ao modelo universalizado (SANÍN-RESTREPO, 2016).

Cabe recuperar a ideia de força simbólica recondicionada durante o percurso deste trabalho, pois a ela se complementa a ideia de simulacro no jogo de encriptação de poder (ARAUJO, 2018). O direito à cidade, sendo simulacro, revela-se como força simbólica, porque tem sua efetividade reduzida ao mero fundamento de ação da Administração Pública na produção das políticas públicas. A utilização do direito à cidade como elemento de mudança, considerando a falta de possibilidade de proporcionar tal mudança, faz com que adquira força simbólica e se reproduza como simulacro – ocultando a encriptação de poder.

Assim, a reprodução dissimulada do direito à cidade enquanto fundamento das políticas públicas urbanas, como as Operações Urbanas Consorciadas, alimentam um quadro de permanente simulacro, sobre o qual se encriptam as verdadeiras potencialidades dessas políticas: (re)produção de interesses econômicos dos sujeitos de direito originalmente concebidos e universalizados – proprietários. No caso das operações urbanas, os proprietários se referem aos adquirentes do potencial adicional construtivo. Logo, o significado urbanístico,

⁵⁴ “Power is encrypted when politics and democracy are detached from each other and democracy is simulated through the construction of false totalities, specifically, in the meaning of “the people” (Sanín-Restrepo, 2018, ebook)

enquanto instrumento de política urbana da Operação Urbana Consorciada presente pela conjugação do art. 182 da CF/88 (BRASIL, 1988) e os arts. 2º e 32, do Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001), são ocultados e neutralizados (ARAUJO, 2018).

É fundamental, aliás, elaborar que a encriptação atua além da própria cognição dos atores no campo jurídico. Ou seja, ela é eficiente, porque as verdades solidificadas por sua forma se reproduzem além da capacidade de questionamento imediato. O que pretendo elaborar é a percepção de que sobre o modelo da encriptação, a atuação ligada aos pressupostos de dever-ser do direito transcendental da Administração gerará sempre resultados satisfatórios a interesses escondidos.

A análise das operações urbanas pode nos ajudar a compreender a proposta desta ideia-tese. O controle sobre o mercado, conforme demonstrado, se dá de forma sobreposta e onipresente à aplicação do instrumento. Não é, necessariamente, a atuação da Administração Pública por meio de sua burocracia, mas uma sobredeterminação criada por todo o complexo-jurídico que a anima. Foram levantadas algumas relações sobre esse complexo jurídico de define e estrangula, *a priori*, a possibilidade de concretização da OUC além do que ela cria. Por exemplo, a captura da racionalidade administrativa por meio da instrumentalidade do direito administrativo a partir das tendências de procedimentalização e negociação controladas, por sua vez, pelas orientações impostas pelo mercado, diante da financeirização do solo criado – ativo que financia toda a política pública da OUC.

A cidade encriptada, portanto, surge desse complexo poder encriptado que estimula simulacros como oportunidades de concretização do direito à cidade, mas que de fato proporcionam a concretização de interesses econômicos. Não porque o direito foi manipulado para tanto, mas porque esses interesses são, na verdade, aqueles presentes e empoderados pela possibilidade de ressignificarem os conteúdos durante a aplicação das políticas públicas.

Desse modo, a cidade encriptada, como forma exposta da cidade das letras, simula funções sociais da cidade ou a própria participação popular como controle da Operação Urbana Consorciada, para funcionalizar sem quaisquer percalços a cópia icônica da cidade produto.

Vejam bem, me refiro a cidade produto como cópia icônica, porque sobre ela não há simulacro, ela se (re)produz em escala global perfeita ou adequadamente como representação da hegemonização e homogeneidade das geoinstitucionalidades. Ou seja, a cidade produto enquanto projeto e realidade não é dissimulada, falseada. Sua “outra metade”, a cidade enquanto arte – na acepção de espaço da imanência, da manifestação do político, ou do conteúdo aparente do direito à cidade – essa, sim, é falseada de sua idealização, desconectada

de sua oportunidade de realização para servir de fundamento à totalização exclusiva da cidade produto.

5.2 Tese 2: OUC como PPP para a privatização do planejamento urbano

Como tese específica, derivada da primeira tese transversal, proponho que a Operação Urbana Consorciada se manifesta exclusivamente diante do arranjo atual do direito (urbanístico-administrativista), como forma de parceria público-privada, privatizando as políticas urbanas e o planejamento urbano aos setores privados.

A parceria público-privada, para Di Pietro (2017), é manifestação do “Estado Subsidiário”, no qual por meio de sua função fomentadora – porque, em vez de provedor, o Estado se torna o facilitador ou estimulador de ambiente que permite a criatividade dos atores sociais – estabelece com parceiros privados contratos para a realização de investimentos ou serviços os quais o Estado não detém condições materiais (econômicas e institucionais) para desempenhar.

Assim, diante da noção de fomento (elemento de tendência do direito administrativo), uma PPP se justificaria em virtude de levantar recursos privados para investimentos ou prestação de interesse público e a flexibilização das formas de exercício dos contratos, uma vez que, mesmo dentro da seara pública, as parcerias permitiriam maior flexibilidade para a realização de diversas ações, como a contratação em regime privado pelas leis trabalhistas de mão de obra (DI PIETRO, 2017).

A flexibilidade dos contratos supramencionada revela a possibilidade de “privatização” do setor público, que se torna ainda mais evidente se acompanharmos ou vincularmos às tendências do direito administrativo.

Refiro, especialmente, à tendência de empresariamento. A PPP é prova ou movimento incontestável da verificação dessa tendência, pois assume como pressuposto – que justifica sua existência – a necessidade de adoção de práticas empresariais, típicas de mercado, para o desempenho de atividades de interesse público, como a prestação de serviços educacionais ou de saúde.

A partir da comparação entre PPP e OUC (Quadro 14), podemos perceber marcante similaridade. Contudo, cabe salientar que, diferentemente da PPP, que surgiu como um instrumento do Estado para fomentar atividade econômica em parceria com os setores privados (DI PIETRO, 2017), a OUC surgiu como instrumento para a realização das funções

sociais da cidade, ou seja, além de objetivos econômicos, é essencialmente vinculada a interesses urbanísticos relacionados ao direito à cidade (art. 2º do Estatuto da Cidade⁵⁵).

Quadro 14 - Comparação entre PPP e OUC

Parceria Público-Privada - PPP Lei Federal nº 11.079/2004	Operação Urbana Consorciada - OUC Lei Federal nº 10.257/2001 - Estatuto da Cidade
Justificativa:	Justificativa:
Falta de disponibilidade de recursos financeiros	Falta de disponibilidade de recursos financeiros
Eficiência da gestão do setor privado	Concertação entre o setor público e o setor privado tendo em vista a complexidade da reorganização territorial dos espaços urbanos
Aspectos gerais:	Aspectos gerais:
Financiamento pelo setor privado (atividade ou investimento);	Financiamento por contrapartida definida na lei específica. O Estatuto da Cidade sugere a utilização de CEPAC
Compartilhamento de riscos;	Compartilhamento de riscos, mas no caso da ausência de viabilidade financeira a Administração Pública suporta o ônus da OUC
Pluralidade compensatória: a remuneração pode ser realizada por meio de ordem bancária, cessão de créditos não tributários, outorga dos direitos em face da Adm. Pública, outorga de direitos sobre bens públicos entre outros meios admitidos em lei	Valorização do CEPAC e flexibilização dos demais parâmetros urbanísticos.
Garantias: cláusula especial - apesar do compartilhamento de riscos, a PPP pode envolver garantia (muitas vezes por seguro específico) da Administração Pública em favor do parceiro privado. Dentre outras formas podem ser garantias: vinculação de receitas; seguro-garantia; garantia prestada por organismos internacionais; criação ou utilização de fundos especiais; fundo garantidor ou empresa estatal	Não é exigido, mas pode ser previsto. Contudo, é habitual a garantia se dar pelo CEPAC.
Restrições:	Restrições:
Não pode ser utilizada para contratos abaixo de 10 milhões de reais (recentemente alterado)	Não há restrição quanto ao valor, o que a torna uma oportunidade para flexibilização dos contratos com a Administração (pela utilização de direito privado, em vez de público) e a flexibilização dos parâmetros urbanísticos
Tempo: entre 5 a 35 anos - prorrogações apenas se for para atingir o limite de 35 anos.	É definida na lei específica, mas não há restrição no Estatuto da Cidade
Objeto complexo: não pode ser único, caso o contrário submete-se ao regime convencional de licitação pela Lei nº 8.666/93	Objeto complexo: conjuga uma diversidade de fatores sobre a organização territorial.

NÚCLEO JURÍDICO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, 2017

⁵⁵BRASIL. **Estatuto da Cidade (2001)**: Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jul. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

A ideia-tese da OUC como forma de PPP se sustenta em três fundamentos: **(i)** as tendências do direito administrativo; **(ii)** a financeirização das políticas urbanas; e **(iii)** os simulacros de direito pela encriptação.

As relações com **(i)** as tendências do direito administrativo já foram amplamente exploradas, nesse momento, contudo, é preciso recuperá-las para destacar como elas permitem a aproximação dos dois modelos de concertação/contratação entre o setor público e o setor privado.

São três as tendências destacadas neste trabalho: processualidade, empresariamento e globalização. No campo da processualidade, destaco as oportunidades que essa tendência oferece aos parceiros privados de acessarem e controlarem as ações da Administração Pública.

A processualidade determina as regras imediatas que pautam a Administração Pública, contudo esta, conforme já exposto, permite que a ação discricionária do Estado seja controlada pela burocracia, que passa a tomar decisões desde que fundamentadas tecnicamente e a despeito dos aspectos gerais.

Assim, a processualidade garante à burocracia o controle para determinar os significados sobre as regras dispostas. Nesse quesito, é fundamental considerar o acesso dos setores privados aos campos de determinação de significados, sobretudo, se combinarmos essa processualidade com a tendência de empresariamento.

No campo do empresariamento, a partir de seus desdobramentos do exercício da função de fomento (Estado como um investidor, porque estimulador de ambiente favorável aos interesses públicos) e das técnicas empresariais como o ambiente negociador.

Ao assumir a função de fomento, o Estado assimila sua posição como agente de mercado, uma vez que, do ponto de vista prático, ele passa a atuar como fiador de negócios por sua ação. A forma jurídica da OUC, tal qual a da PPP, faz com que a Administração formalmente incorpore a racionalidade de mercado, uma vez que tal instrumento se fundamenta no equilíbrio financeiro para o investidor (Estado e parceiros privados) assim como seu retorno em forma de lucro.

Desse modo, os riscos contidos em investimentos na Operação Urbana Consorciada, em vez de serem contabilizados a partir da eficiência de seus resultados enquanto política pública – verificação de seus resultados diante do que fundamenta sua existência, o art. 2º do Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001), por exemplo – passam a ser concebidos, inicialmente, pela perspectiva única da balança financeira, especialmente no que diz respeito à repartição (ou garantia) dos lucros e investimentos dos parceiros privados.

Ora, é o que se percebe nos casos paulistanos ou no caso carioca. As operações urbanas em São Paulo investem conforme os retornos financeiros aos investidores privados e não necessariamente conforme ao programa de investimentos que fundamentaram a OUC (FIX, 2009).

No Município do Rio de Janeiro, os retornos financeiros estão diretamente relacionados à própria falência da Operação Urbana Consorciada do Porto Maravilha. Primeiramente, cabe lembrar que a OUC do Porto Maravilha é gerida por uma Parceria Público-Privada. Em seguida, destacamos que a ausência de retorno conferido ao investidor (FGTS/Caixa) tem obrigado à Administração a assumir os custos dos investimentos e de provisão dos serviços públicos na área da operação (CDURP, 2018).

A captura pela forma da racionalidade empresarial sobre a Administração, por sua vez, está diretamente relacionada com a tendência da globalização – que, de acordo com o trabalho nesta dissertação, se desenvolve especialmente no campo da colonialidade. Logo, no controle por meio da universalização – portanto, planificação – das subjetividades.

No campo do direito administrativo, a colonialidade conduz à “racionalidade” da burocracia para atuação em concordância aos modelos empresariais. A abertura procedimental e a perspectiva negocial tornaram a Administração acessível aos setores privados privilegiados que controlam ou influenciam a formação dos significados dos conteúdos jurídicos, determinando, portanto, a própria ação (in)consciente dessa Administração Pública (SANÍN-RESTREPO, 2016).

A referida captura é, também, influenciada pela tendência colateral da Administração Pública e da economia global: **(ii)** a financeirização pelo/para o mercado (VAROUFAKIS, 2016).

A OUC tem como principal forma de financiamento a comercialização do Certificado de Potencial Adicional de Construção – CEPAC, que basicamente consiste em título mobiliário regulado pela Comissão de Valores Mobiliários. Ao optar por negociar o potencial adicional construtivo por meio de CEPAC, a Administração, basicamente, coloca toda a viabilidade da OUC sob controle dos movimentos de mercado. Afinal, se os títulos são negociados livremente no mercado, uma vez que decisões desfavoráveis ao mercado forem tomadas (em termos de retorno imediato de lucro pela dinâmica imobiliária), como gastos em Habitação de Interesse Social (HIS), esses títulos podem ser desvalorizados.

O controle da OUC por meio do mercado, portanto, se sobrepõe a qualquer controle social, uma vez que a sua própria forma de financiamento se submete aos movimentos dos atores privados no mercado, incorporando sua racionalidade (HARVEY, 2005). O que nos

leva à consequência imediata dessa relação: a privatização do planejamento urbano, compreendida a partir da encriptação de poder (SANTORO, UNGARETTI e MENDONÇA, 2018).

Precipuamente, cabe uma ponderação inicial sobre o efeito do CEPAC ao poder da Administração Pública no planejamento territorial. O CEPAC negociado como ativo financeiro tem dupla repercussão. A primeira já foi explorada e consiste na transferência do controle sobre os valores econômicos do solo urbano que controlam a capacidade da OUC se financiar – uma vez que é a capacidade de negociá-los por preços mais altos que permitirá a recuperação de mais-valia e a viabilidade financeira da operação.

A segunda é sobre o próprio controle territorial. A OUC não é apenas uma forma de financiar investimentos, mas uma política urbana sobre o solo urbano, que se insere dentro de um instrumento de planejamento, no caso um Plano Diretor (BRASIL, 1988). Uma Operação Urbana Consorciada é concebida considerando interesses de densidade urbana, assim como estímulo ou determinação de elementos territoriais, como proteção ambiental ou oferta de equipamentos públicos e infraestrutura para o desenvolvimento de atividades culturais e/ou econômicas. Resumidamente, trata-se de um instrumento de política urbana, logo, territorial sofisticado, que pretende estimular alterações territoriais previamente concebidas por elementos de planejamento urbano.

A oferta de solo urbano por meio do CEPAC esvazia a capacidade de controle da Administração Pública sobre o solo urbano. Desse modo, como concretizar as disposições previamente planejadas, se estas só se realizarão se os parceiros privados se movimentarem?

Os casos “emblemáticos” de operações urbanas trazidos neste texto nos dá uma percepção sobre esse quadro de perda ou de transferência do controle territorial estatal para os atores privados: a privatização do controle territorial.

No Município do Rio de Janeiro, os atores privados simplesmente não exerceram os compromissos assumidos com a negociação dos CEPACs, afinal cerca de aproximadamente 10% dos CEPACs foram consumidos ou vinculados aos empreendimentos desenvolvidos (Quadro 12).

A Operação Urbana Consorciada de Água Branca, no Município de São Paulo, apresentou resultado ou fenômeno similar. Na primeira oferta de potencial adicional construtivo, dos títulos disponibilizados, aproximadamente 10% apenas foram adquiridos no leilão – tampouco ainda foram vinculados/convertidos – demonstrando a falta de eficiência da OUC como instrumento de captação de investimento, assim como a perda de controle da Administração Pública sobre o solo urbano, pois a viabilidade do projeto de requalificação

urbana fica à disposição do parceiro privado e, desse modo, se torna a forma da Administração financiar o setor privado, pois este apenas se movimentará se o Poder Público agir conforme os seus interesses.

Ilustrativamente, a perda de controle pelo Poder Público também pode ser verificada sobre as Operações Urbanas Consorciadas consideradas bem-sucedidas, como a OUC Faria Lima, no Município de São Paulo. Na ocasião, a OUC conseguiu aproveitamento ou retorno em conversão de CEPACs de aproximadamente 91,5% (Quadro 5).

Notem que a perda do controle pela Administração Pública se refere a dois elementos práticos importantes da OUC. A primeira é a capacidade de dirigir ou agir no campo da política pública sobre o solo, uma vez que a OUC permite a requalificação territorial sobre ação planejada pelo Poder Público e conjugada com o setor privado. O que aponto porque percebo, da própria aplicação do instrumento, é que essa capacidade de agir sobre o território proporcionada pela aplicação da OUC não se concretiza para o Interesse Público, mas para a viabilização de interesses privados. Não à toa, são os investimentos que promovem valorização imobiliária que se realizam.

O segundo elemento prático seria a recuperação de mais-valia urbana. Esse ponto é, talvez, o principal fundamento da OUC: a capacidade de se financiar recuperando a valorização promovida pela própria ação estatal. No caso, essa recuperação se daria pelo uso do CEPAC, que como ativo mobiliário permitiria na sua forma financeira, portanto, dinâmica, como propõe PINTO (2014), a percepção no ato de seus leilões dos movimentos de valorização imobiliária promovidas ou possíveis pela atuação da Administração. Basicamente, o CEPAC (em termos ideais) permitiria que a Administração fosse “remunerada” pela gestão planejada da OUC.

Todavia, conforme demonstrado na análise dos leilões de CEPAC⁵⁶, os valores negociados não foram pareados com os valores praticados pelo mercado em negociações privadas sobre o solo urbano dentro da OUC. Aliás, os leilões que têm valores iniciais inferiores para permitir os movimentos de valorização na disputa por sua aquisição, se mostraram frustrados ou frustrantes, uma vez que, em grande maioria dos certames, os CEPACs transacionados o foram próximos aos valores mínimos, quando não os mesmos.

A OUC, sendo convertida (ou compreendida) em PPP, **inviabiliza sua aplicação como instrumento de recuperação da mais-valia urbana**, porque enquanto tal só é possível se o planejamento e execução sobre sua aplicação forem baseados nos significados de direito

⁵⁶ Ver itens 4.2.1 e 4.2.2, referentes às análises das OUCs dos Municípios de São Paulo e Rio de Janeiro.

urbanístico oriundos das funções sociais da cidade, citadas recorrentemente neste trabalho. Entretanto, essas funções sociais da cidade, especificamente sobre a justiça territorial na distribuição de riquezas e valorizações (assim como os ônus correspondentes aos impactos da urbanização), são neutralizadas na realização instrumento, pois preteridas sob a fórmula da encriptação poder, uma vez que a ação da Administração corresponde aos interesses relacionados ao mercado.

Portanto, a OUC apenas será instrumento de política urbana se os conteúdos norteadores à sua aplicação forem relacionados ao direito urbanístico, contidos nos marcos normativos correntemente citados (especialmente o Estatuto da Cidade). Todavia, a possibilidade de realização da OUC como instrumento de política urbana pressupõe a descriptação do direito, conforme defendo neste trabalho⁵⁷.

Desse modo, a valorização imobiliária é ofertada como CEPAC em certame financeiro, de forma que estimule ou favoreça os interesses dos proprietários ou investidores, sem quaisquer correspondências ao equilíbrio econômico-financeiro no que se refere ao “parceiro público”. Portanto, Administração Pública encriptada na concretização da OUC dissimula o equilíbrio econômico-financeiro da relação de parceria, ao desvalorizar o solo derivado da capacidade do direito de construir (logo, público) para o parceiro privado (investidores/proprietários).

Assim, esta tese procura explorar, derivada da ideia de “cidade encriptada”, que a OUC contribui para o (iii) simulacro do planejamento urbano, uma vez que os planos existem, assim como os interesses públicos que os fundamentam; entretanto, a operacionalização da técnica jurídica faz com que as disposições urbanísticas presentes e estruturantes da OUC sejam concebidas apenas como elemento legitimador (ou legalizador) da operação encriptada, sobre a qual a Administração Pública atuará politicamente para favorecer atores privados e privilegiados no âmbito da significação jurídica⁵⁸.

5.3 Tese 3: O direito de construir como nova manifestação do direito de propriedade em sua forma mercadoria

⁵⁷ Ver item 5.4.

⁵⁸ No intuito de oferecer esclarecimento à questão colocada na banca sobre a viabilidade da OUC enquanto instrumento de recuperação de mais-valia urbana, recupero grande parte da discussão realizada nesta dissertação a partir da teoria da encriptação. Sendo equiparada a PPP, conforme a captura do direito administrativo pelos modelos empresariais, o que se verifica é a inviabilidade do instrumento – por sua forma jurídica associada à técnica jurídica – como meio de recuperação de mais-valia, uma vez que, conforme demonstrado no item 4.3, a OUC privatiza o lucro da terra pelos investimentos públicos realizados ao oferece-los abaixo dos valores de mercado nos leilões de CEPAC.

O Estatuto da Cidade teria criado, normativamente, a possibilidade de cisão entre o direito de propriedade e o direito de construir a partir da aplicação dos instrumentos de política urbana, especialmente da Outorga Onerosa do Direito de Construir (OODC) e a Operação Urbana Consorciada (OUC). Tal separação era considerada fundamental para ampliar as possibilidades de se planejar adequadamente e eficientemente o solo urbano (FERNANDES, 2006).

Para Victor Carvalho Pinto (2014), o direito de construir materializa ônus assumido pelo proprietário devendo, inclusive, ser patrimonializado enquanto elemento dessa mesma propriedade. Contudo, apesar da necessidade ou possibilidade de ser patrimonializado, o autor reconhece a natureza pública do direito de construir, pois o mesmo teria como elemento de fruição o espaço urbano – enquanto forma específica do meio ambiente – e, por isso, sua titularidade original seria da coletividade como “bem de uso comum” (PINTO, 2014, p. 261).

Sua aparente qualificação como bem de uso comum advém da forma como se operacionaliza. O direito de construir, sobretudo nas áreas urbanas, é imediatamente determinado pela legislação urbanística por meio do potencial adicional construtivo. Inicialmente, o potencial construtivo – orientado pelo Coeficiente de Aproveitamento – se constitui como limitação administrativa típica (PINTO, 2014), entretanto, ao dispor do potencial adicional, sua natureza se sobrepõe ao poder de polícia e se reconfigura sobre a perspectiva de fomento. Assim, o potencial construtivo como controle do direito de construir se torna, em vez de controle de densidade, também e preferencialmente – porque áreas de OUC permitem a flexibilização de parâmetros urbanísticos – em elementos de estímulo à ocupação (desenvolvimento de atividades econômicas urbanas).

Aliás, a natureza pública do potencial adicional de construção é ilustrada pelo Plano Diretor do Município de São Paulo, nos seguintes termos: "Art. 116. O *potencial construtivo adicional é bem jurídico dominical, de titularidade da Prefeitura, com funções urbanísticas e socioambientais*" (SÃO PAULO, 2014).

Apesar das expectativas paulistanas, a tendência, em termos gerais, tem sido considerar a dimensão pública do potencial adicional construtivo, ao passo que o direito de construir passaria a ser compreendido sobre perspectiva privada. Mesmo conhecido como ônus ao proprietário, este seria determinado como um desdobramento do exercício do direito de propriedade.

A primeira evidência para essa constatação pode ser percebida pelo tratamento que o STF conferiu ao solo criado nos casos trazidos neste trabalho. Na ocasião dos julgamentos do RE nº 226.942/SC e RE nº 387.047/SC, o direito de construir cobrado pelo potencial

construtivo adicional do solo criado foi compreendido como uma espécie de contrapartida exigida pelo Poder Público em virtude do impacto de seu exercício sobre serviços públicos. Ou seja, apesar de afastar a natureza tributária do solo criado, o STF o (re)conheceu como uma espécie de cobrança em termos “condominiais” – sem quaisquer relações com a ordem urbanística – sendo a ligação, apenas no campo do “ônus” ao exercício de um dos direitos conexos ao direito de propriedade, no caso, obviamente o direito de construir⁵⁹.

Se o STF compreendeu o direito de construir como elemento conexo ao direito de propriedade, Pinto (2014) sugere, apesar de tratamento privado, o contrário. Para o autor, apesar da dimensão pública, o direito de construir seria direito autônomo ao direito de propriedade passível de patrimonialização – portanto, adquirido o potencial construtivo, sua conversão (ou vinculação) integralizaria a propriedade imobiliária. Do ponto de vista prático, por exemplo, sugere que, diante de qualquer alteração na legislação urbanística que reduzisse a fruição do potencial adquirido, a Administração Pública precisaria **indenizar o proprietário** (PINTO, 2014).

A abordagem de Pinto (2014) é interessante e curiosa, devendo reconhecer o exercício cuidadoso em delimitar precisamente a separação entre a dimensão pública do “potencial adicional construtivo” e a dimensão privada do direito de construir. Conclui, inclusive, que tendo em vista o caráter público do potencial adicional construtivo, “o coeficiente de aproveitamento básico não deverá ser jamais ampliado sem contrapartida do beneficiário, sob pena de ocorrer uma apropriação privada do direito de construir adicional que é um bem público” (PINTO, 2014, p. 261-262)

No entanto, os casos apresentados neste texto demonstram exatamente a apropriação privada do direito de construir adicional. Vejam bem, do ponto de vista formal, seguindo a orientação de Pinto (2014), os casos estudados estão legalmente corretos – pois, em todas operações urbanas analisadas, ocorreram a transação do potencial adicional, seja pela OODC, seja pelo CEPAC. Porém, os resultados financeiros das transações demonstram que as transações não foram eficientes.

Pelo contrário! Os casos paulistanos, por exemplo, revelam defasagem enorme entre os valores negociados nos leilões de CEPAC e o preço destes em metro quadrado no mercado imobiliário (ORAIR, 2016). Em termos práticos, isto significa que o Poder Público negociou bem público (potencial adicional) abaixo de valores aceitáveis, porque não praticados no mercado, ofertando vantagem aos atores privados que operam no mercado financeiro para

⁵⁹ Ver Item 2.3.

adquirir esses bens públicos de forma privilegiada. Ou seja, na prática, a despeito da legalidade permitida, as operações urbanas financiadas, por meio de CEPACs no Município de São Paulo, não foram: (i) eficientes; (ii) isonômicas.

A eficiência é facilmente compreendida pela disparidade entre os valores negociados, uma vez que a OUC é instrumento de política urbana que se financia pelo mercado. Aliás, essa é a justificativa de sua utilização, pois permite recuperar a mais-valia urbana de forma dinâmica uma vez que é operada pelo e no mercado financeiro (PINTO, 2014). Logo, a disparidade apresentada revela a falta de eficiência do instrumento em sua gênese.

O financiamento via CEPAC também não seria isonômico, desconfigurando princípios elementares do direito administrativo, da impessoalidade ou da igualdade das pessoas políticas (SUNDFELD, 2017), pois, ao negociar os CEPACs em leilões no mercado financeiro, a Administração Pública confere a oportunidade privilegiada aos atores que operam nesse mercado. Apesar do caráter público, é inegável que a seara financeira não é democrática, tendo em vista a complexidade de se operar nela.

Desse modo, a concretização do financiamento do Poder Público, através da financeirização do potencial adicional construtivo disponível pelas Operações Urbanas Consorciadas, tem se revelado ineficiente. Entretanto, as operações urbanas e a dissociação entre o direito de propriedade e o direito de construir têm sido fonte primordial para a nova relação ou características da propriedade imobiliária.

A separação entre o direito de propriedade e o direito de construir requalifica a forma de valoração da propriedade imobiliária. Em centros urbanos, a principal fonte de transformação do valor de uso em valor de troca se dá pelo potencial construtivo, afinal, é ele que define as potencialidades para a realização das faculdades do direito de propriedade (uso, gozo e disposição, conforme o art. 1.228 do Código Civil (BRASIL, 2002).

A legislação urbanística, ao separá-los, retirou ou recondicionou o principal elemento de valoração de um ativo imobiliário, condicionando-o à possibilidade de gozo, apenas se qualificado por potencial construtivo adquirido perante o Poder Público. Aparentemente, esse controle sobre o valor e as potencialidades econômicas das propriedades imobiliárias estariam sob a influência do Poder Público. No entanto, não é o que sua aplicação sugere.

O Poder Público, ao se apropriar do direito de construir e ofertá-lo como ativo financeiro, confere ao mercado a capacidade de controlar como distribuirá ou atribuirá as valorizações imobiliárias. Explico: a partir do potencial adicional construtivo, a propriedade do solo, para a especulação imobiliária ou o desenvolvimento de investimentos imobiliários, não é mais determinante, porque, desde que dentro da área da operação urbana, os

proprietários do direito de construir, simbolizados pelos títulos de CEPAC, podem direcioná-los conforme for mais vantajoso. Ou seja, deter o direito de construir (enquanto valor de troca na dinâmica imobiliária) permite a transferência (privatização) do controle do território urbano municipal do Poder Público aos atores privados. O que, por fim, gera uma inversão no controle sobre a propriedade imobiliária, tendo em vista que o direito de superfície, gerado pelo solo criado, constitui-se como aquisição originária de propriedade e, assim, exerce-se com maior poder sobre as propriedades nas quais poderia ser exercido⁶⁰.

Dessa forma, o caráter público que define os ônus impostos pelo controle do potencial adicional construtivo imposto ao direito de construir se constitui como simulacro, pois o controle público reverte-se em controle privado sobre o solo.

A operação em questão, portanto, requalifica o direito de propriedade e direito de construir, uma vez que o protagonista passa a ser o direito de construir. Ademais, cabe destacar ou avaliar que a patrimonialização sugerida por Pinto (2014) ocorre, mas em outra perspectiva. Em vez de ser uma patrimonialização no âmbito da propriedade imobiliária, conforme sugere o autor, pela vinculação direta entre direito de construir (adicional) e o direito de propriedade no título imobiliário (PINTO, 2014), o que ocorre é a patrimonialização em perspectiva empresarial, tendo em vista que o direito de construir converte-se em título mobiliário e, dessa forma, se confirma como elemento de controle no e do mercado (financeiro). Lembro, no intuito de reforçar a patrimonialização como elemento empresarial, que ativos como CEPAC passaram a compor patrimônio capaz de integralizar o capital social de empresas públicas e privadas (RIO DE JANEIRO, 2009).

5.4 Tese 4: O direito à cidade como possibilidade de vaporização de poder

Como superar a densidade do Estado de Sólido de Direito? Questão que se torna mais complexa, se pensarmos no cotidiano laboral da burocracia.

Inicialmente, para enfrentar o maior desafio intelectual da proposta ou “achamento” desta pesquisa, me recordarei das propostas de Rancière. Se a dicotomia entre “mestre” e “ignorante” gera o paradoxo infinito da ignorância, não como aprendizado em si, mas a reprodução da dominação, que no campo político representa-se sobre o “cidadão ativo” (aquele que pode) e o “cidadão passivo” (aquele que segue), é sobre a figura ou transformação do espectador emancipado que se encontra a primeira fissura para a superação ou convivência

⁶⁰ Ver item 2.1. Refiro-me, especificamente, a qualquer propriedade imobiliária (lote) dentro da área de alguma Operação Urbana Consorciada.

altera da questão levantada. O espectador emancipado consiste na compreensão imanente das subjetividades no campo político. (RANCIÈRE, 2012).

Partindo da primeira aproximação com Rancière, o direito age como mestre, pois, ao determinar as significações, distribui as possibilidades de concretização dos textos normativos, orientando encriptadamente, como a Administração privilegiaria o mercado na elaboração de políticas urbanas. A ignorância é atribuída sempre ao povo oculto (SANÍN-RESTREPO, 2016), aquele que não possui ou não recebeu a capacidade de “dizer” sobre ou para o poder.

Conforme apontado anteriormente, o direito opera como a captura das subjetividades (SANÍN-RESTREPO, 2016). Sua ordem normativa, que estabelece a política, cria uma institucionalidade que reduz o político apenas aos significados ou possibilidades de significação que ele determina. É assim que começa a primeira operação de encriptação de poder. Afinal, o direito, pela apropriação que faz da linguagem, define todas as condicionantes que determinam as subjetividades.

Ao abordar o surgimento do simulacro, quis apontar o papel da cópia icônica nesse processo. Pois bem, a cópia icônica representa a idealidade que deve ser reproduzida, enquanto os simulacros são a dissimulação desse modelo (SANÍN-RESTREPO, 2014). No campo do direito, a idealidade imposta, se considerarmos o campo urbanístico, é a cidade produto – conforme apresentada por Lefebvre (2008).

O direito à cidade é simulacro, porque se afirma como um porvir inalcançável, sendo possível apenas enquanto representação da dimensão de “mercado” da cidade, e não da diversidade que, inicialmente, sustenta sua elaboração ou defesa. O que temos é um direito que primeiro encripta por essa sobredeterminação do que é possível. Contudo, o direito à cidade dispõe em sua acepção política de um exercício imanente, anterior à institucionalidade.

Para Mouffe (2015), a política consiste no enlace institucional, se apresentando justamente como a estrutura normativa que desenha e configura as oportunidades e possibilidades de resolução de conflitos entre as diversidades existentes no político. Isto, porque “o” político seria exatamente esse campo imanente sobre o qual se (re)criam as subjetividades e coletividades sociais.

Na mesma perspectiva (separação entre política e político), mas com outras denominações, Rancière (2012) nos lembra que a “política não é, em primeiro lugar, exercício do poder ou luta pelo poder, pois não seria definida pelas leis e instituições” em si (RANCIÈRE, 2012, p. 59). A ideia proposta por Rancière (2012) é elaborada pela diferença

entre política, conforme apresentado, e polícia, que consistiria no poder que controla o corpo, sobretudo o âmbito sensível das subjetividades.

A oposição entre política e polícia de Rancière é importante, porque sobre ela se opera e define noção essencial à possibilidade de reclamar a efetividade política do direito à cidade contra seu simulacro como produto. Refiro-me, especificamente à proposta de eficácia estética do filósofo francês, que significaria a “eficácia da suspensão de qualquer relação direta entre a produção das formas da arte e a produção de um efeito determinado sobre um público determinado” (RANCIÈRE, 2012, p. 58).

A ruptura estética apresentada com a noção de “eficácia estética” nos remete ao espectador emancipado, aquele que recupera a capacidade de ressignificar a institucionalidade, por exemplo, a despeito dos efeitos que esta pretende produzir sobre sua subjetividade – isto, porque sua emancipação consiste em se reapropriar da dimensão sensível que o cerca, no âmbito das sensorialidades (RANCIÈRE, 2012). Pois, a política é a atividade que reconfigura os âmbitos sensíveis, rompendo com a evidência sensível da ordem “natural” (instituída pelo/no direito), que conforma as subjetividades/coletividades ao “comando ou à obediência, à vida pública ou à vida privada, votando-os sobretudo a certo tipo de espaço ou tempo, a certa maneira de ser, ver e dizer” (RANCIÈRE, 2012, p. 59-60). Ou seja, a política é (ou começa) quando as subjetividades se emancipam da ordem imposta no âmbito do sensível; não como revolta em si (se considerarmos a noção romântica de revolução), mas simplesmente quando essas subjetividades se emancipam de se sentirem mediadas pelo que lhes foram determinado por alguma institucionalidade.

A partir da abordagem de Rancière sobre política, é que olho ou vislumbro o direito à cidade além do simulacro e enquanto oportunidade para a emancipação da cidade produto. Não porque abomino a cidade produto, não é proposta deste trabalho afirmar uma “outra vida”, negando a existente, mas porque o principal para superar o simulacro e encriptação é recuperar a autonomia sobre a cidade.

O direito à cidade, para Lefebvre (2008), consistia na correlação de direitos (relacionados ao campo humano nas áreas urbanas) pela política. Não à toa, Fernandes (2014) propõe, a partir de Lefebvre, um novo contrato social baseado em uma “cidadania urbana”.

Com base na proposta política de Rancière (2012), e as ideias “radicais” de Lefebvre (2008), proponho que o direito à cidade se assuma enquanto ruptura estética. Ou seja, além da cidade produto, o direito à cidade precisa se emancipar da institucionalidade em vigência, deixando de ser conformado apenas como um aparato técnico para legitimar uma

Administração Pública encriptada que apenas produzirá simulacros, conferindo-o dimensão simbólica.

O direito à cidade assumirá seu teor “político” ou de “cidadania urbana” se descriptado. Aludo, portanto, a ideia inicial tratada neste trabalho, em que a dimensão jurídica do direito à cidade apenas promoverá seus significados urbanísticos supostamente reconhecidos institucionalmente⁶¹ se a própria técnica jurídica se realizar por meio da descriptação. Mas, o que seria descriptar (o direito à cidade)?

Para Sanín-Restrepo (2017), a descriptação não seria apenas extrair os verdadeiros significados de um texto normativo em determinado contexto. Não seria, apenas, uma atividade de interpretação crítica. Mas, para além, (re)conhecer o contexto no qual o texto se significou e como a linguagem empregada (ou impregnada) excluiu a diferença, portanto, se fez única sem considerar quaisquer outras possibilidades de significação. O propósito da descriptação é abrir politicamente a polícia – se considerarmos Rancière (2012) – ou assumir a contingência do conflito político sobre a política – se considerarmos a democracia agonística de Mouffe (2015) – de forma que a política se torne o espaço onde o significado ainda está para ser decidido (SANÍN-RESTREPO, 2017).

Proponho, portanto, o direito à cidade tomado ou concebido em sua forma dialética a partir da descriptação (SANÍN-RESTREPO, 2018). No âmbito do direito, assumido de forma emancipada, as subjetividades reclamam contra a “polícia” (RANCIÈRE, 2012), a possibilidade de outras significações, orientações sobre a própria tecnicidade do direito.

Compreendo, também, o caráter imanente e, portanto, particular, da proposta. Assim, seria uma oportunidade para a abertura de uma Administração Pública não encarcerada pela processualidade que impõe uma discricionariedade restrita às significações de atores privilegiados – no caso, aqueles oriundos do “mercado”. Mas, para além, uma Administração aberta as significações formadas fora da institucionalidade, superando a imputação e percebendo a causalidade do mundo.

A descriptação é fundamentalmente o exercício político de revelar o povo oculto pela encriptação de poder, não como um simulacro em si, se utilizado para viabilizar interesses privados, mas como oportunidade de desvelar a ocultação de significados que estão encriptados para a viabilização de interesses privados.

Nesse sentido, descriptar, especialmente para os termos desta dissertação, é desvelar e retirar da vitrine de representação em simulacro, os significados urbanísticos das legislações

⁶¹ Ver item 2.5.

que orientam as políticas urbanas, em processo crítico, intelectual e prático que traz à tona saberes ignorados por esta Administração (MORADO NASCIMENTO, 2016), porque não correspondentes às formas preferidas pelos atores de mercado, que sobredeterminam como políticas públicas deveriam acontecer por meio de seus acessos privilegiados e azeitados pela colonialidade que atravessaria a cognição desta dos agentes públicos, fazendo-os enxergar apenas o mundo que se viabiliza pelo e para o mercado.

Ilustrativamente, portanto, é prazeroso recuperar a metáfora de Sanín-Restrepo (2016) a respeito da colonialidade como a “matrix” do sistema jurídico que encripta, sendo a descriptação o exercício intelectual e sensível, porque político, de procurar abrir as possibilidades de significação além dos filtros de mercado impostos na elaboração das políticas públicas.

Recuperando, adequadamente, que não é função do direito fazer especificamente, uma vez que a ação da Administração, apesar de controlada juridicamente, é essencialmente política. Mas, deveria ser função do direito, se considerarmos a ética política inerente à ação administrativa em perspectiva estética (RANCIÈRE, 2012), (re)conhecer os efeitos que produz diante de suas ações, sem ignorá-las em alternativas técnicas – fundamentadas pelo princípio da imputação (KELSEN, 2009) – para assumir responsabilidades próprias (enquanto campo e enquanto agentes) sobre os resultados produzidos por essas ações.

É, portanto, descriptando (SANÍN-RESTREPO, 2018) – ação fundamentalmente singular, mas potencialmente plural – que a Administração Pública poderá agir de forma coerente e plural, sem neutralizar encriptadamente conteúdos.

Para tal empreendimento pessoal e coletivo, sobre e pelo direito, que enxergo o potencial do direito à cidade como elemento a recuperar ou estimular a abertura à pluralidade de significados presente no povo oculto (SANÍN-RESTREPO, 2016), primeiro pelo caráter imanente desse direito à cidade que cobra sua concretização na medida em que se faz pela apropriação (política) do espaço urbano e, concomitantemente, pelo potencial estético (RANCIÈRE, 2012) em superar compreensões ou formulações de políticas públicas, além de suas formas encriptadas pela colonialidade.

Assim, será por meio da descriptação, incorporada ao método técnico orientada como pressuposto ético, que permitirá o desvelamento e a concretização dos conteúdos urbanísticos sobre conteúdos do direito administrativo ou direito privado que se encriptam e impedem a realização coerente e efetiva desses conteúdos urbanísticos no planejamento e concretização da OUC (e demais instrumentos de política urbana).

6 CONCLUSÃO

Como terminar um início?

O início deste texto trouxe como problema principal ou fundamental o questionamento acerca da contribuição ou determinação do direito para a ausência de efetividade (eficácia material) das legislações urbanísticas estimuladas pela “novidade” do direito à cidade. Procurei explorar a inefetividade sistêmica do direito (urbanístico), sustentando a centralidade do direito, ao compreendê-lo não apenas como elemento conformado ou manipulado (como o faz a tradicional teoria do estado marxista) das estruturas de poder, mas o instrumento de produção da inefetividade em virtude da encriptação de poder que alimenta. Para tal, utilizei como exemplo ou metáfora, o simulacro do direito à cidade na legitimação da realização encriptada da Operação Urbana Consorciada.

Para apresentar e desenvolver essa empreitada, percorri (e percorremos) quatro capítulos que desenvolveram o texto, sobre os quais, partindo de uma proposta desconstrutivista e propositiva, procurei sustentar as ideias trabalhadas dialogando com bases teóricas pela apropriação e não pela mera descrição – me esforçando para diluir ideias que fundamentam o texto e que permitiram o surgimento das minhas próprias.

O primeiro capítulo desse debate, “*A OUC entre significados jurídicos e urbanísticos*”, teve como objetivo passar pela espinha dorsal do direito enquanto área do conhecimento e apresentar de forma crítica como o direito recria repetidamente as condições para sua inefetividade e, assim, permite a continuidade de “poderes ocultos”. Essencialmente técnico, procurei expor como as tradicionais “fontes de direito” diretas ou indiretas (textos normativos, jurisprudência e a doutrina) são articuladas para manter o cenário de “inércia em movimento⁶²”. Fundamentado por dados que comprovam a constante juridificação de políticas urbanas ineficientes, mas sempre tentadas a se resolverem por novos elementos jurídicos, procurei mostrar como essas políticas fracassam em produzir seus efeitos pretendidos, assim como promovem efeitos contrários aos seus objetivos – situação que se sustenta pela encriptação de poder articulada pelos simulacros e legislações simbólicas, que permitem a continuidade das ações que não se resolvem. Em referência a proposta de diluir as ideias nos argumentos, nesse primeiro capítulo, apresentei de forma difusa as noções de encriptação de poder, simulacro e legislação simbólicas, dispondo de forma preliminar das

⁶² A expressão para a caracterização da paisagem jurídica que cria soluções inefetivas para problemas propositais definidos pelo direito, reproduzindo mudanças para nada mudar, é usualmente utilizada pela minha orientadora, professora Marinella Machado Araujo. Neste texto, por força simbiótica a utilizo por inspiração e admiração.

principais características que contribuem para essas noções, como a autorreferencialidade do direito e seu caráter imputativo. Também foi essencial, para apresentar a controversa proposta deste trabalho, a utilização do direito à cidade como “bola da vez”, no contexto da encriptação (inadvertidamente), uma vez que a aposta no direito à cidade, no enlace jurídico-institucional, seria a repetição do mesmo, pois nesse enlace tal aposta apenas se realizaria como simulacro.

Cabe ressaltar a importância teórica do capítulo “OUC entre significados jurídicos e urbanísticos”. Como referido acima, o capítulo explorou, em termos iniciais, o marco teórico da dissertação – teoria da encriptação de poder – combinando-a com outra teoria aparentemente contraditória: força simbólica do direito ou no direito. Aponto a aparência contraditória, porque, em termos estruturais, são. Contudo, o que propus não foi uma utilização, mas a releitura da proposta de Marcelo Neves sobre legislação simbólica, para demonstrar como o direito manipula (em vez de ser manipulado em termos imediatos) seus conteúdos tecnicamente para validar encriptadamente interesses políticos a partir dos textos normativos. Assim, a legislação simbólica, em vez de contaminação alopoiética do direito pela política, seria sua forma habitual, uma vez que conteúdos contraditórios àqueles hegemônicos, no caso os referentes ao direito privado, em vez dos urbanísticos, são preteridos ou utilizados de forma retórica para viabilizar significados contraditórios – por isso, propus a legislação simbólica como primeira manifestação do simulacro de direito.

Outro ponto importante do referido capítulo, seria a também primeira apresentação sobre a amplitude da desencriptação sobre a (re)apropriação do direito à cidade como elemento capaz de promover a abertura dos significados jurídicos pelo direito na atuação da Administração Pública.

Em seguida, no capítulo “*Tendências do Direito Administrativo e a OUC*”, tendo em vista a proposta do direito como estrutura que solidifica poder ao reduzir pela universalização abrangente os campos de significação sobre si e todo a política, explorei os “novos” elementos técnicos do direito administrativo, os quais foram apresentados como “tendências do direito administrativo”. Essas tendências seriam elementos técnicos da área jurídica, de certa forma ideológicos, que conduziriam os significados jurídicos, porque determinariam as possibilidades de significação pela linguagem (da burocracia, por exemplo). Assim, procedimentalidade, empresariamento e globalização, compõem ideias que se sobrepõem às subjetividades de forma a sustentar a racionalidade da Administração Pública. Nesse capítulo, do ponto de vista de “marcos teóricos”, explorei elementos contíguos à sustentação da teoria da encriptação, destacando a elaboração da noção de “colonialidade”, não apenas como uma forma de “colonialismo 2.0” do âmbito geopolítico, mas, principalmente, pela captura de

subjetividades e imposição de forma controlada (biopolítica) da racionalidade – de forma a tornar, por exemplo, impossível tecnicamente – a despeito dos conteúdos de textos normativos – que a Administração tome decisões que prejudiquem os atores privilegiados do “poder constituído”. Para o esforço teórico desse capítulo, realizei a primeira aproximação entre o direito administrativo – em tendências – e a Operação Urbana Consorciada. A análise com base nas tendências se repetiria a frente, contudo, do ponto de vista estético, no texto, pareceu fundamental aproveitar a “pertura” das ideias, no intuito de provocar a discussão sobre a concretização da OUC.

O terceiro capítulo, numerado por 4 em virtude de regras, “OUC vive?”, teve como objetivo analisar detalhadamente casos emblemáticos presentes e vivos de operações urbanas consorciadas no Brasil. Nitidamente com a missão de apontar as fragilidades, inconsistências e incoerências da OUC, para desvelar os simulacros e a força simbólica do direito aplicado pela Administração Pública, olhei de forma “jurídica” aos exemplos trazidos. Assim, esses exemplos foram examinados conforme as normatividades que os orientam, mas em vez de apostar na mera descrição – abordagem habitual do direito claramente derivada da idealidade do dever-ser jurídico – procurei confrontar os exemplos com os efeitos que produzem na seara urbanística. Informações encriptadas como os gastos e recursos levantados foram analisadas a partir da modulação “contemporânea” do direito. As ideias, nesse capítulo, foram reunidas, promovendo o casamento entre todas as ideias introduzidas e difusamente apresentadas nos capítulos anteriores, contudo, esforçando para que fossem mais verticalizadas – por isso, a segunda relação entre OUC e as tendências do direito administrativo, pois, a partir dos exemplos analisados, seria possível explorar e desvelar como essas tendências contribuem articuladamente com a instrumentalidade jurídica, porque dela fazem parte, com a encriptação de poder. Fundamental, também, foi apresentar elemento essencial para a encriptação de poder e “efeito colateral” das tecnicidades da Administração Pública: a financeirização, que aparece primeiro como efeito colateral, mas na prática – como se confirma pela OUC, mas que pode ser percebida em outros espaços da vida social – se estabelece como principal elemento de captura de subjetividades.

Por fim, chegamos ao último capítulo, “Cidade encriptada: teses sobre a OUC e o direito à cidade”. Nesse momento do texto, procurei, após todo o esforço teórico, apresentar a principal tese desta pesquisa: o direito, em virtude da encriptação de poder, emula utopias idealizadas dentro do próprio direito, como o direito à cidade, para produzir cidades que apenas se realizam como produtos (mercadoria por si mesma), (re)criando, portanto, cidades encriptadas. Pedaco como todo, é o capítulo no qual tudo deveria se juntar, as ideias difusas

deveriam dar forma as ideias sustentadas ou corporificadas. As quatro ideias-teses foram da abrangência à especificidade, por isso primeiro reconhecendo a cidade encriptada, seguindo por “teses-conexas” articuladas à tecnicidade jurídica diretamente relacionada às repercussões ou impactos desta tecnicidade (contemporânea) sobre elementos técnico-jurídicos que agem sobre as cidades brasileiras (tese 2 e tese 3), chegando, ao fim, à tentativa de continuar a viver na cidade sem ser pela perspectiva exclusiva do produto.

O direito à cidade é simulacro, porque, *a priori*, ele não se concretiza ou oferece possibilidade de efetividade, mas ele é a representação que legitima afastar sua realização. As demandas sobre o direito à cidade são apropriadas pelos atores privilegiados que dominam o campo de significação no e pelo direito, para estimular ações que realizem interesses contraditórios ao direito à cidade.

As Operações Urbanas Consorciadas demonstram como o mercado (atores privados em relação empresarial) se encripta pela legislação e sua manipulação para conduzir a Administração Pública conforme suas necessidades. Os casos belorizontinos mostram como esse mercado, por meio do direito à cidade, tornou e torna possível acessar e conduzir a tecnicidade desta burocracia – porque as decisões já teriam sido tomadas pelo fechamento de significados determinado pela encriptação de poder.

Mas, como superar um quadro no qual as decisões parecem ser exclusivas? Afinal, uma das características da encriptação é a forma como solidifica poder. A metáfora do Estado de Direito como estado sólido refere-se, essencialmente, a percepção de que o direito coloniza a linguagem, tornando disponível de exercerem poder apenas aqueles significados que representam os interesses do poder. No caso, para concretizar a idealidade da proposta, o mercado conduziria às possibilidades de significação do direito à cidade, porque a estrutura jurídica beneficia sua atuação em “significar”. No exemplo da OUC, o mercado tem diversas possibilidades, desde o acesso facilitado à burocracia (várias opções de controle, abertas pelas tendências do direito administrativo) ou até mesmo pela própria forma de financiamento, uma vez que todo o financiamento da política urbana está condicionado ao seu desempenho de mercado.

Sobre a questão levantada que me concentrei na última ideia-tese exposta no capítulo anterior, sem oferecer resposta absoluta, por total incompatibilidade com a proposta teórica (e ética) desta dissertação, parti da ideia imanente representada pela poesia de Ferreira Gullar: “caminhos não há / os pés na grama os inventarão”. Para descriptar o poder, inicialmente, seria fundamental recuperarmos ou celebrarmos de fato o caráter diverso da sociedade – não sob a ideia de conflito enquanto obstrução de convivência, mas em acepção ranceriana; o

dissenso como conflito de várias sensorialidades. Se a proposta parece longe da “tecnicidade jurídica”, é porque esta é encriptada por uma racionalidade que espanta o diferente, enquanto determina sua sensorialidade específica como a única que seria validada, no caso, como uma asséptica noção de racionalidade oriunda de uma modernidade que preferiu definir como universal apenas uma “via” de mundo.

Assim, para que o direito possa tentar oferecer respostas que o retirem da “inércia em movimento” é preciso reconfigurar seu pressuposto ético por meio da descriptação que aposta no dissenso. Descriptar, como apresentei, não seria apenas interpretar, compreender, mas acima de tudo, desvelar como a linguagem oculta privilegiando atores determinados e, conseqüentemente, expor os significados da linguagem que foram neutralizados, oportunizando a ampliação ou amplificação das subjetividades ocultadas, porque capturadas ou submetidas, pela estrutura sólida de poder.

Reconhecer o caráter político e complexo da descriptação me parece fundamental à compreensão da proposta teórica, jurídica e política deste trabalho. O pressuposto ético referido é uma fratura imediata a um dos principais elementos operacionais do direito: o princípio imputativo. É corriqueiro, porque técnico e automático, o direito sustentar-se no dever-se afastando-se do ser. Em termos práticos, conforme procurei explorar ao longo da dissertação, especialmente ao item 2.3, o direito desfoca-se dos resultados que suas “elaborações” trazem ao mundo pela Administração Pública. Não à toa, oferece as mesmas respostas para os mesmos problemas, assim, inefetividades são tratadas por uma autorreferencialidade que apenas produz novos textos normativos, mas que geram resultados semelhantes, porque os significados sobre os quais esses textos serão “traduzidos” pela prática burocrática do direito permanecem os mesmos. No caso ou área discutida, os problemas urbanos não são solucionados por respostas jurídicas, pelo contrário, o direito em ação proporciona que os problemas urbanos, como a desigualdade territorial, permaneçam e (de forma sádica?) ainda oferece novas ferramentas jurídicas para a continuidade desses problemas, como se fossem soluções possíveis.

Nesse sentido, o pressuposto ético em questão é substancialmente relevante, porque, no campo jurídico, o isolamento pela idealidade do dever-ser afasta a responsabilidade dos agentes sobre o direito que encripta. Deriva-se daí, pela tecnicidade, a possibilidade da Administração agir procedimentalmente (como discutido no campo das tendências do direito administrativo) validando elementos ou necessidades de atores privilegiados, em vez de abrir possibilidades de elaboração técnica aos significados ampliados presentes na própria legislação urbanística. Assim, os setores técnicos estatais se convertem em técnicos que

viabilizam investimentos privados que capturam a significação de interesse público (comprometido pela exclusividade aparente da noção de fomento).

A proposta deste trabalho é recuperar o caráter imanente do direito à cidade, em sua radicalidade política, e não “jurídica”. Não se trata de tentar viabilizar, *a priori*, instrumentos de política urbana que apenas conformam perspectivas de mercado – tampouco ignorá-las na tentativa de expurgá-las. O que se pretende(u) foi, propondo uma outra concepção para o dissenso, requalificar o direito à cidade ao sua raiz imanente, como elemento disponível para a fruição da cidade (do espaço) sem a lente exclusiva do produto, da mercadoria, reconhecendo outra dimensão ao espaço urbano e ao próprio direito que não fosse capturar as subjetividades.

Desse modo, a prática da Administração Pública, apesar do “engessamento jurídico”, precisaria recalibrar sua atuação, em vez de qualificada por uma tecnicidade (apenas aparente), precisaria mudar seus padrões de (re)conhecimento, sobre os quais a contingência – característica fundamental à democracia real (radical) e possível – deveria se sobrepor a planificação da “segurança”.

Em síntese, portanto, a descriptação é opção, primeiramente ética, no sentido de reconhecer a pluralidade possível de significações no e sobre o âmbito jurídico. Todavia, é, também, a incorporação desse pressuposto ético sobre a técnica jurídica, que se abriria para reconhecer a pluralidade de significados conforme suas realidades na concretização.

Descriptar, portanto, tem duplo sentido. O primeiro é político, no qual exige o reconhecimento da imanência como elemento essencial e primordial no e sobre o direito. O segundo é técnico, em que, derivado do elemento político (primeiro sentido), o direito amplia as possibilidades de (re)conhecimento das significações, adequando-as conforme se exige às realidades de aplicação. Além de interpretar, é ampliar as oportunidades técnicas conforme os elementos políticos demandem, exigem ou necessitem da Administração.

A OUC, dessa forma, poderá se viabilizar como instrumento de política urbana se a técnica jurídica, em vez de neutralizar seus significados urbanísticos, ampliá-los e concretizá-los.

O que pretendi, portanto, desenhar como resposta ao direito à cidade como possibilidade de vaporizar poder, seria, além da recuperação ética⁶³ da imanência da

⁶³ A partir das pertinentes observações proferidas pela profa. Denise Morado Nascimento na banca desta dissertação, esclareço e defendo a amplitude e importância desta afirmação, inclusive pela reestruturação promovida nos parágrafos finais e anteriores a mesma. O pressuposto ético pela alteridade pode ser considerado ingênuo, em virtude de aparentemente parecer não reconhecer a amplitude coletiva e combativa dos conflitos políticos encriptados ou suprimidos pelo direito. Entretanto, a proposição a partir da ética, tem como objetivo

oportunidade da cidade, a abertura da Administração Pública, não apenas no aspecto formal, mas “sensorial” à diversidade, abandonando o discurso único do direito e assimilando outras formas disponíveis e politicamente existentes além das reuniões simuladas em fóruns de conselhos.

recuperar ou apostar no âmbito da responsabilização das subjetividades sobre suas contribuições nas engrenagens que se afirmam como impessoais, justamente para manterem o exercício direto ou “terceirizado” de poder sobre indivíduos ou coletividades. Se ações políticas – inclusive pela própria Administração – não pressuporem a ética com alteridade, aberta a significados diversos, elas reproduzirão as mesmas formas de supressão da diferença ou servirão como simulacro que dissimula a democracia, justamente ao oferecer oportunidade de fala, enquanto reduz a capacidade de produzir significado e vincular decisões – ou seja, exercer o poder. O caráter estruturante do direito (imputação) faz, justamente, com que o direito se “desresponsabilize” pelos efeitos concretos que sua atuação produz.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Alessandra Bagno Fonseca Rodrigues de. **A dimensão simbólica do princípio do desenvolvimento sustentável percebida a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça**. Belo Horizonte: Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas, 2014. 216f. p. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_AlmeidaABF>. Acesso em: 27 nov. 2018.

ARAUJO, Marinella Machado. The symbolic force and the encryption of gender in law: the brazilian example. In: SANÍN-RESTREPO, Ricardo. **Decrypting power**. Londres/Nova Iorque: Rowman & Littlefield International, 2018. e-book.

ARAUJO, Marinella Machado et al. **Relatório de Pesquisa Usucapião de Bens Públicos GT Função Social da Propriedade**. Belo Horizonte: Ana Paula Melo, 2013. E-book.

ARAUJO, Marinella Machado; PIRES, Cristiano Tolentino. Usucapião de terras devolutas: a interpretação que concretiza a função social dos bens públicos. In: ARAUJO, Marinella Machado; SOUZA, Adriano Stanley Rocha. **Estudos avançados de direito à moradia**. Belo Horizonte: Arraes, 2014. p. 142-162.

BAGNARIOLLI JUNIOR, Irineu. Operações urbanas consorciadas. In: DIAS, Solange Gonçalves (org.). **Temas de Direito Urbanístico**. Brasília: Ministério da Justiça, 2009. p. 4-36.

BARCELOS, Renato de Abreu. **Linguagem, discurso e deliberação: a democratização da discricionariedade administrativa no paradigma do Estado Democrático de Direito**. 2014. 285 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2014. Disponível em: <<https://tinyurl.com/y3afcv73>>. Acesso em: 27 nov. 2018

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Estatuto da Cidade (2001). Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 de jul. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm>. Acesso em 10 nov. 2014.

BRASIL. Código Civil (2002). Lei nº 10.406, de 10 janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <<https://goo.gl/hHwaTL>>. Acesso em 10 jun 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 3870.47/SC. Relator: Eros Roberto Grau. **Diário de Justiça Eletrônico**. 2 de maio 2008a. Disponível em: <<https://goo.gl/gqWZVr>>. Acesso em 23 de maio de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 518.648 AgR. **Diário de Justiça Eletrônico**. 17 out. 2008b. Disponível em: <<https://goo.gl/zqb9nc>>. Acesso em 23 de maio de 2018.

BRASIL. Lei Anticorrupção (2013). Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2 de ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

BRASIL. Estatuto da Metrópole (2015). Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015. Institui o Estatuto da Metrópole, altera a Lei no 10.257, de 10 de julho de 2001, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília 13 jan. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 422349/RS. Relator: José Antônio Dias Toffoli. **Diário de Justiça Eletrônico**. 5 ago., 2015b. Disponível em: <<https://goo.gl/HvJ9EW>>. Acesso em 19 de abril de 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Parcelamento, edificação ou utilização compulsórios e IPTU progressivo no tempo**: regulação e aplicação. Brasília: Ipea, 2015c. Disponível em: <<https://tinyurl.com/y5cyttpc>>. Acesso em: 24 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 607940/DF. Relator: Teori Albino Zavascki. **Diário de Justiça Eletrônico**. 26 fev. 2016a. Disponível em: <<https://goo.gl/dF6kE6>>. Acesso em 18 de abril de 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Não tinha teto, não tinha nada**: porque os instrumentos de regularização fundiária (ainda) não efetivaram o direito à moradia no Brasil. Brasília: Ipea, 2016b. Disponível em: <<https://tinyurl.com/y2orjhss>>. Acesso em 24 out. 2018.

BRENNER, Neil.; PECK, Jamie.; THEODORE, Nik. Variegated neoliberalization: geographies, modalities, pathways. **Global Networks**, Oxford, 2, n. 10, 1 Mar 2010. 1-41.

BRUNO FILHO, Fernando Guilherme. **Princípios de direito urbanístico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015.

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

CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. **Direito urbanístico**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos; FORTINI, Cristiana. Operações urbanas consorciadas. **Interesse Público - IP**, Belo Horizonte, Jul-Ago 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=54798>>. Acesso em: 20 mar 2017.

CARVALHO JÚNIOR, Pedro Humberto Bruno de. A administração tributária do IPTU e seu impacto na efetivação do Estatuto da Cidade. In: COSTA, Marco Aurélio. **O Estatuto da Cidade e a Habitat III**: um balanço de quinze anos da política urbana no Brasil e a nova agenda urbana. Brasília: Ipea, 2016. Cap. 8, p. 207-232.

CASSESE, Sabino. New paths for administrative law: a manifesto. **International Journal of Constitutional Law**, Nova Iorque, 10, n. 3, 2 Jul 2012a. 603-613. Disponível em: <<https://academic.oup.com/icon/article/10/3/603/673508>>. Acesso em: 15 set. 2017.

CASSESE, S. **The global polity**: global dimensions of democracy and the rule of law. Sevilla: Editorial Derecho Global / Global Law Press, 2012b.

CASTRO-GÓMEZ, Santiago. **La hybris del punto cero**: ciencia, raza e ilustración en la Nueva Granada (1750-1816). Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2005.

COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO URBANO DA REGIÃO DO PORTO DO RIO DE JANEIRO. Relatório Trimestral de Atividades: período abril, maio e junho de 2018. Rio de Janeiro: CDURP, 2018. Disponível em: <<https://tinyurl.com/y2hxtukf>>. Acesso em 24 out. 2018.

CITIES ALLIANCE. **Uma visão geral das leis nacionais urbanas na América Latina e Caribe**: estudos de caso do Brasil, Colômbia e Equador. São Paulo: Cities Alliance Publisher, 2017.

CÂMARA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE. Legislação e proposições. **Câmara Municipal de Belo Horizonte**, 2018. Disponível em: <<https://goo.gl/cw583o>>. Acesso em: 1 Nov 2018.

COSTA, Marco Aurélio; FAVARÃO, Cesar Bruno. Institucionalidade e governança na trajetória recente da política urbana brasileira: legislação e governança urbana. In: COSTA, Marco Aurélio. **O Estatuto da Cidade e a Habitat III**: um balanço de quinze anos da política urbana no Brasil e a nova agenda urbana. Brasília: Ipea, 2016. Cap. 4, p. 109-130.

COTA, Daniela Abritta. **A parceria público-privada na política urbana brasileira recente**: reflexões a partir da análise das operações urbanas em Belo Horizonte. 2010. 430 f. Tese (Doutorado) - Instituto de Geociências, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1843/MPBB-87YGXX>>. Acesso em 24 set. 2018.

CURITIBA. Prefeitura Municipal de Curitiba. **Agência de Notícias da Prefeitura de Curitiba**, 2017. Disponível em: <<https://goo.gl/SKLTxc>>. Acesso em: 14 set 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito administrativo pós-moderno**: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Controle de mérito do ato administrativo pelo Judiciário**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FARIA, José Eduardo. A transformação do Estado Brasileiro durante o regime autoritário. In: SANTI, Eurico Diniz de.; COORD **Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 345-377.

FERNANDES, Edésio. A nova ordem jurídico-urbanística no Brasil. In: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio. **Direito urbanístico: estudos brasileiros e internacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 3-24.

FERNANDES, E. La construcción de "derecho a la ciudad" en Brasil. In: SANTOS CARVALHO, C.; ROSSBACH, A. **El Estatuto de la Ciudad: un comentario**. São Paulo: Ministério das Cidades: Alianza de las Ciudades, 2014. p. 494-518. Disponível em: <<https://goo.gl/gR3222>>. Acesso em: 5 jul. 2016.

FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. Revisitando o instituto da desapropriação. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. **Revisitando o instituto da desapropriação**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FIX, Mariana. A "fórmula mágica" da parceria público-privada: operações urbanas em São Paulo. In: SCHICCHI, Maria Cristina; BENFATTI, Dênio. **Urbanismo: dossiê São Paulo**-Rio de Janeiro. Campinas; Rio de Janeiro: PUCCampinas; PROURB, 2003. p. 185-198.

FIX, Mariana. Uma ponte para a especulação - ou a arte da renda na montagem de uma "cidade global". **Caderno CRH**, Salvador, 22, n. 55, jan/abr 2009. 41-64. Disponível em: <<https://goo.gl/7QK7JG>>. Acesso em: 20 agosto 2015.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. Déficit habitacional no Brasil 2015. Belo Horizonte: FJP, Diretoria de Estatística e Informações, 2018. Disponível em: <<https://tinyurl.com/y2dpqnqu>>. Acesso em 24 set. 2018.

FREITAS, Daniel Medeiros de. **Campo de poder dos grandes projetos urbanos: a região metropolitana de Belo Horizonte (MG)**. 1. ed. São Paulo: Annablume, 2017.

FREITAS, Juarez. Parcerias Público-Privadas (PPPs) e desafios regulatórios. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, 6, n. 23, jan/mar 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=34576>>. Acesso em: 1 mar 2017.

FRIEDMANN, John. **Planning in the public domain: from knowledge to action**. Princeton: Princeton University Press, 1987.

GAIO, Daniel. **A interpretação do direito de propriedade em face da proteção constitucional do meio ambiente urbano**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

GALLO, Franco. **Las razones del fisco: ética y justicia en los tributos**. Madrid: Marcial Pons, 2011.

GASPARINI, Diogenes. **O estatuto da cidade**. São Paulo: NDJ - Nova Dimensão Jurídica, 2002.

GAVRILOFF, Ana Carolina Martins; BONADIO, Mariana Galacini. Desafios escalares do planejamento urbano-regional: reflexões sobre recuperação de mais-valia a partir da Operação Urbana Consorciada da Linha Verde em Curitiba. **Revista Política e Planejamento Regional**, Rio de Janeiro, jul/dez 2017. 289-310.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; SAADI, Mário. Parcerias público-privadas no Brasil: panorama sobre a concessão administrativa. **Revista Trimestral de Direito Público - RTDP**, Belo Horizonte, n. 61, abr./jun. 2015.

HABERMAS, Jurgen. The Public Sphere: An Encyclopedia Article. **New German Critique**, Durham, n. 3, p. 49-55, out/dez 1974. Disponível em: <https://unige.ch/sciences-societe/socio/files/2914/0533/6073/Habermas_1974.pdf>. Acesso em: 21 jun 2017.

HARDT, Michael.; NEGRI, Antonio. **Império**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

HARVEY, David. **A justiça social e a cidade**. São Paulo: Hucitec, 1980.

HARVEY, David. **A produção capitalista do espaço**. São Paulo: Annablume, 2005.

HARVEY, David. **O enigma do capital: e as crises do capitalismo**. Tradução de João Alexandre Peschanski. São Paulo: Boitempo, 2011.

HARVEY, David. **Cidades rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana**. Tradução de Jefferson Camargo. São Paulo: Martins Fontes - selo Martins, 2014.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Perfil dos Municípios Brasileiros - 2005**. Rio de Janeiro: IBGE, 2006. Disponível em: <<https://tinyurl.com/yy5wkvf9>>. Acesso em: 5 jun 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Perfil dos Municípios Brasileiros - 2013**. Rio de Janeiro: IBGE, 2014. Disponível em: <<https://tinyurl.com/y6jsfecj>>. Acesso em: 5 jun 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Perfil dos Municípios Brasileiros - 2017**. Rio de Janeiro: IBGE, 2018. Disponível em: <<https://goo.gl/1nMBoF>>. Acesso em: 5 jun 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal; JORDÃO, Eduardo Ferreira. A contratação administrativa destinada ao fomento de atividades privadas de interesse coletivo. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, Belo Horizonte, n. 9, jul./set. 2011. 47-72. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=74852>>. Acesso em: 13 Ago 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 4ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8ª. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LAVAL, Christian; DARDOT, Pierre. **A nova razão do mundo: ensaios sobre a sociedade neoliberal**. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: primeiros estudos**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LEFEBVRE, Henri. **The production of space**. Oxford: Blacwells, 1991.

LEFEBVRE, Henri. **O direito à cidade**. 5ª. ed. São Paulo: Centauro, 2008.

LEFEBVRE, Henri. **State, space, world: selected essays**. Tradução de Gerald Moore. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2009. ISBN 978-0-8166-5316-4.

LEVIN, Alexandre. **Operação urbana consorciada: uma concertação público-privada para a justa distribuição dos benefícios decorrentes da atividade urbanística**. São Paulo: Lumen Juris, 2015. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/6521/1/Alexandre%20Levin.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2017.

MARGUTI, Bárbara Oliveira; COSTA, Marco Aurélio; GALINDO, Ernesto Pereira. A trajetória brasileira em busca do direito à cidade: os quinze anos de estatuto da cidade e as novas perspectivas à luz da nova agenda urbana. In: COSTA, Marco Aurélio. **O Estatuto da Cidade e a Habitat III: um balanço de quinze anos da política urbana no Brasil e a nova agenda urbana**. Brasília: Ipea, 2016. Cap. Introdução, p. 11-28.

MARICATO, Ermínia; FERREIRA, J. S. W. Operação urbana consorciada: diversificação urbanística participativa ou aprofundamento da desigualdade. In: OSÓRIO, L. M. **Estatuto da cidade e reforma urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2002. p. 100-122.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013.

MCCUBBINS, Mathew D.; NOLL, Roger G.; WEINGAST, Barry R. Administrative procedures as instruments of political control. **Journal of Law, Economics and Organization**, New Haven, 3, n. 2, 1987. 243-274. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/764829>>. Acesso em: 5 out. 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 41 ed. atual. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Cláudio Ari. Elementos para uma teoria jurídica do direito à cidade. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, 9, n. 2, 2 abril 2017. 437-462. Disponível em: <<https://goo.gl/eDn5mH>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

MÉNDEZ-HINCAPIE, Gabriel. **El Tercer Principio de la Justicia: la encriptacion de poder y la desestabilización de la justicia como equidad**. Madri: Universidad Complutense de Madrid, 2015.

MIÉVILLE, China. **A cidade & a cidade**. Tradução de Fábio Fernandes. 1ª. ed. São Paulo: Boitempo, 2014.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Posse sustentável e direito à moradia: desafios e possibilidades. In: ARAUJO, Marinella Machado; SOUZA, Adriano Stanley Rocha. **Estudos avançados de sustentabilidade urbano-ambiental**. Belo Horizonte: Arraes, 2014. p. 85-104.

MONTANDON, Daniel Todtmann. **Operações urbanas em São Paulo:** de negociação financeira ao compartilhamento equitativo de custos e benefícios. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Arquitetura e Urbanismo USP, 2009. 157 p. Disponível em: <<https://goo.gl/t5D4Vh>>. Acesso em: 2016 Fev 10.

MONTANDON, Daniel Todtmann; ROSSBACH, Anacláudia. Recomendações para a institucionalização dos marcos jurídicos urbanos nacionais. In: CITIES ALLIANCE **Uma visão geral das leis nacionais urbanas na América Latina e Caribe:** estudos de caso do Brasil, Colômbia e Equador. São Paulo: Cities Alliance Publisher Brasil, 2017. p. 98-105.

MORADO NASCIMENTO, Denise. Outra lógica da prática. In.: MORADO NASCIMENTO, Denise (org.). **Saberes [auto] construídos.** Belo Horizonte: Associação Imagem Comunitária, 2016

MOREIRA, Egon Bockmann. Atos administrativos negociais. In: WALD, Arnold; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (org). **O direito administrativo na atualidade:** estudos em homenagem ao centenário de Hely lopes Meirelles (1917-2017) defensor do Estado de Direito. [S.l.]: [s.n.], 2017. p. 363-371.

MOUFFE, Chantal. **Sobre o político.** Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

MOURA, Rosa; PÊGO FILHO, Bolívar. **Aglomerções Urbanas no Brasil e na América do Sul: trajetórias e novas configurações.** Ipea. Brasília, p. 84. 2016. (ISSN 1415-4765).

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante da norma.** 3ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **Participação administrativa procedimental:** natureza jurídica, garantias, riscos e disciplina adequada. Belo Horizonte: Forum, 2009.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

NÚCLEO JURÍDICO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. **Operações urbanas consorciadas:** Instrumento de política urbana ou uma nova modalidade de parceria público-privada para financiamento do mercado? 2017. 121 f. Relatório de Pesquisa - Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

NÚCLEO JURÍDICO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. **Planejamento urbano e função social da propriedade.** 2018. Relatório de Pesquisa - Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.

ONU-HABITAT. **Estado de las ciudades de América Latina y el Caribe 2012:** rumbo a una nueva transición urbana. Nairobi: ONU-HABITAT, 2012. Disponível em: <<https://tinyurl.com/y5o6gefy>>. Acesso em 24. set. 2018.

ONU-HABITAT. **Nova agenda urbana:** Habitat III, Quito, 17-20 de outubro de 2016. Disponível em <<https://tinyurl.com/y8pw75aa>>. Acesso em 24 out. 2018.

ORAIR, Rodrigo Octávio. Dilemas do financiamento das políticas públicas nos municípios brasileiros: uma visão geral. In: COSTA, Marco Aurélio. **O Estatuto da Cidade e a Habitat III: um balanço de quinze anos da política urbana no Brasil e a nova agenda urbana**. Brasília: Ipea, 2016. p. 233-264.

PREFEITURA DE BELO HORIZONTE. OU Simplificada. **Prefeitura de Belo Horizonte**, 2018. Disponível em: <<https://prefeitura.pbh.gov.br/politica-urbana/planejamento-urbano/operacoes-urbanas/simplificadas>>. Acesso em: 1 nov 2018.

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

PIRES, Cristiano Tolentino. **Usucapião de Terras Devolutas: uma (re)leitura dos artigos 183, §3º e 191, parágrafo único da Constituição da República a partir da função social dos bens públicos**. Belo Horizonte: Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas, 2014. 184 f. Disponível em: <<https://goo.gl/Te2cb5>>. Acesso em: 27 nov 2018.

POLANYI, Karl. **A grande transformação: as origens da nossa época**. Tradução de Fanny Wrobel. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

PRESTES, Vanêsa Buzelato. Formas não tributárias de financiamento das cidades. **Interesse Público**, Belo Horizonte, 57, 2009. 173-191.

PRESTES, Vanêsa Buzelato. **Corrupção urbanística: da ausência de diferenciação entre direito e política no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (org.) **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 117-142.

RAMA, Ángel. **A cidade das letras**. Tradução de Emir Sader. São Paulo: Boitempo, 2015.

RANCIÈRE, Jacques. **O espectador emancipado**. 1ª. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

RECH, Adir Ubaldo; RECH, Adivandro. **Direito urbanístico: fundamentos para a construção de um plano diretor sustentável na área urbana e rural**. Caxias do Sul: EDUCS, 2010.

ROLNIK, Raquel. **Guerra dos lugares: a colonização da terra e da moradia na era das finanças**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2015.

SANÍN-RESTREPO, Ricardo. **Teoría crítica constitucional: la democracia a la enésima potencia**. 1. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014.

SANÍN-RESTREPO, Ricardo. **Decolonizing democracy: power in solid state**. 1. ed. Londres: Rowman & Littlefield International, 2016.

SANÍN-RESTREPO, Ricardo. The Razor's Edge of Politics: Notes on the Meaning of the Encryption of Power. **Critical Legal Thinking**, 3 ago 2017. Disponível em: <<https://goo.gl/hFvwHf>>. Acesso em: 25 set 2017.

SANÍN-RESTREPO, Ricardo. The People vs. Hegel. In: SANÍN-RESTREPO, Ricardo. **Decrypting Power**. Londre/Nova iorque: Rowman & Littlefield International, 2018. p. e-book.

SANÍN-RESTREPO, Ricardo; MÉNDEZ-HINCAPIÉ, Gabriel. The encrypted constitution: new ways of emancipation from global power. In: SANÍN-RESTREPO, Ricardo. **Decrypting power**. Londres/Nova Iorque: Rowman & Littlefield International, 2018.

SANTOS, Cecília Reis Alves dos. Infraestrutura autoconstruída: articulações sociotécnicas na produção do espaço. In.: MORADO NASCIMENTO, Denise (org.). **Saberes [auto] construídos**. Belo Horizonte: Associação Imagem Comunitária, 2016

SANTORO, Paula; UNGARETTI, Débora; MENDONÇA, Pedro Henrique Rezende. ‘Destruir’ terra pública no processo de financeirização: o caso de São Paulo. In: SCHIMBO, Lúcia; RUFINO, Beatriz. **Financeirização e estudos urbanos: olhares cruzados Europa e América Latina**. São Carlos: USP, 2018. p. 2-22.

SANTOS JÚNIOR, Orlando Alves dos.; MONTANDON, Daniel Todtmann. **Os Planos Diretores Municipais Pós-Estatuto das Cidades: balanço crítico e perspectivas**. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2011.

SPUrbanismo. Resumo Financeiro Operação Urbana Centro. São Paulo: SPUrbanismo, 2018a. Disponível em: <<https://goo.gl/3Kt2MN>>. Acesso em 2 nov. 2018.

SPUrbanismo. Resumo Financeiro Operação Urbana Consorciada Faria Lima. São Paulo: SPUrbanismo, 2018b. Disponível em: <<https://goo.gl/B79XAG>>. Acesso em 2 nov. 2018.

SPUrbanismo. Resumo Financeiro Operação Urbana Consorciada Água Branca. São Paulo: SPUrbanismo, 2018c. Disponível em: <<https://goo.gl/3Kt2MN>>. Acesso em 2 nov. 2018.

SPUrbanismo. Resumo Financeiro Operação Urbana Consorciada Água Espraiada. São Paulo: SPUrbanismo, 2018d. Disponível em: <<https://goo.gl/pFmJ92>>. Acesso em 2 nov. 2018.

SAULE JR, Nelson, 2005. O Direito à Cidade como paradigma da governança urbana democrática. **Instituto Pólis**, São Paulo, 30 ago. 2005. Disponível em: <<https://tinyurl.com/y3utl45l>>. Acesso em: 15 Fevereiro 2017.

SCRUGGS, Gregory. Mass Movements, Mixed Results Latin American Cities Lead the Way on Urban Transit—But Who Benefits? **Land Lines**, Cambridge, v. 30, p. 24-31, Jul 2018. Disponível em: <<https://goo.gl/2FSgfo>>. Acesso em: 2 nov 2018.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SILVEIRA, Suzana Maria Loureiro.; MASTRODI, Josué. Da satisfação garantida do direito de propriedade à obsolescência programada do Estatuto da Cidade: Primeira Parte. **Revista de**

Direito da Cidade, Rio de Janeiro, 10, n. 1, 2018. 1-32. Disponível em: <<https://goo.gl/6G3xW7>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

SMOLKA, Martim Osmar. **Recuperação de Mais-Valias Fundiárias na América Latina: políticas e instrumentos para o desenvolvimento urbano**. Cambridge: Lincoln Institute of Land Policy, 2014.

SOJA, Edward. **Geografias pós-modernas: a reafirmação do espaço na teoria social crítica**. Rio de Janeiro: Zahar, 1993.

SUNDFELD, Carlos Ari. Operação urbana direito do particular ao fomento previsto. **Revista Direito dos Tribunais**, São Paulo, Abr 2013. 521-542.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 5ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

VAROUFAKIS, Yannis. **Conversando sobre economia com a minha filha**. Tradução de Maria Andréa e Paulo Ramos. São Paulo: Editora Planeta, 2015.

VAROUFAKIS, Yannis. **O minotauro global: a verdadeira ordem da crise financeira e o futuro da economia**. 1ª. ed. São Paulo: Autonomia Literária, 2016.

WERNECK, Mariana da Gama e Silva; NOVAES, Patrícia Ramos; SANTOS JUNIOR, Orlando Alves dos. **A estagnação da dinâmica imobiliária e a crise da operação urbana do Porto Maravilha**. IPPUR/UFRJ. Rio de Janeiro, p. 15. 2017.