

**CIDADE E REGULAÇÃO: OS MECANISMOS FISCAIS E URBANÍSTICOS DE CONTROLE
E CAPTURA DE MAIS-VALIAS URBANAS**

**CITY AND REGULATION: THE FISCAL AND URBAN MECHANISMS OF CONTROL AND
CAPTURE OF URBAN CAPITAL GAINS**

Wilson Levy¹

José Renato Nalini²

Resumo

A Constituição Federal de 1988 inovou ao disciplinar a política urbana. A efetividade do regramento constitucional depende da disponibilidade de recursos orçamentários nem sempre suficientes para tal desiderato. Por isso, é fundamental implantar os mecanismos fiscais e urbanísticos de controle e captura de mais-valias urbanas. Objetiva-se, com isso, lançar luzes sobre essa importante dimensão do planejamento das cidades. A metodologia adotada é a pesquisa bibliográfica, por meio de textos e fragmentos de autores relacionados sobretudo ao direito urbanístico. Espera-se como resultado demonstrar a importância desses mecanismos para a garantia dos direitos assegurados pelo texto constitucional e relacionados ao território urbanizado.

Palavras-chave: Política Urbana; Instrumentos Jus-Urbanísticos; Mais-Valias Urbanas.

Abstract

The Federal Constitution of 1988 innovated in disciplining urban policy. The effectiveness of the constitutional rule depends on the availability of budgetary resources that are not always sufficient for this purpose. It is fundamental to implement the fiscal and urban mechanisms of control and capture of urban capital gains. The aim is to shed light on this important dimension of city planning. The methodology adopted is the bibliographical research, through texts and fragments of authors related mainly to urban law. It is hoped as a result to demonstrate the importance of these mechanisms to guarantee the rights guaranteed by the constitutional text and related to the urbanized territory.

Keywords: Urban Policy; Urban Law; Urban Capital Gains.

¹ Pós-doutorando em Arquitetura e Urbanismo pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor permanente do programa de pós-graduação em Cidades Inteligentes e Sustentáveis da UNINOVE. E-mail: wilsonlevy@gmail.com.

² Doutor em Direito pela USP. Professor permanente do programa de pós-graduação em Direito da UNINOVE. E-mail: jose-nalini@uol.com.br.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), de 05 de outubro de 1988, para além da função precípua de erigir um projeto jurídico-político de nação, representou um ponto de virada na disciplina jurídica da ordem urbana no país. Pela primeira vez o tema ganhou o *status* de comando da Ordem Fundante, com contornos, evidenciados no art. 182, de inequívoca eloquência: *“Art. 182 – A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”*.

Sua introdução no texto constitucional foi atípica. Se deu por meio de uma emenda popular à Constituinte protagonizada pelo Movimento Nacional pela Reforma Urbana (MNRU), em iniciativa que congregou uma multiplicidade de atores sociais ligados a essa pauta³. O projeto contou com mais de 160 mil assinaturas e consistiu num repertório de 23 artigos, divididos em cinco títulos: Dos Direitos Urbanos, Da Propriedade Imobiliária Urbana, da Política Habitacional, Dos Transportes e Serviços Públicos e Da Gestão Democrática da Cidade. Do feixe de propostas formuladas pelo MNRU, foi integrado à CRFB apenas o rol constante no próprio art. 182 no seu subsequente.

Para além da definição geral dos propósitos da disciplina da ordem urbana, o art. 182 possui interfaces concretas inequívocas. Nesse sentido, assevera que *“o plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana”* (§ 1º), atribuindo-lhe, logo em seguida, o papel de definidor da função social da propriedade urbana (§ 2º) e estipulando, ao final, as consequências possíveis – e concretas do seu descumprimento.

Tamanho o alcance do dispositivo que um texto introdutório não seria suficiente para analisá-lo e compreendê-lo de maneira adequada. Isso não significa que seja possível renunciar

³ A relato histórico de Ana Elvira Barros Ferreira Lopes é precioso na íntegra. Com ela: *“A iniciativa da emenda popular surge no Rio de Janeiro, onde algumas entidades de perfil técnico, sindicais, do movimento popular e instituições de assessoria já tinham vivenciado algumas experiências conjuntas com relação à questão urbana no âmbito municipal. Estimulado pela coordenação do Plenário Pró-Participação Popular na Constituinte, um pequeno grupo de entidades busca num curto espaço de tempo elaborar o núcleo da proposta de emenda ao mesmo tempo aglutinar forças neste rumo. O trabalho se desenvolve rapidamente no sentido da concretização do que seria a plataforma inicial da Reforma Urbana”*. LOPES, Ana Elvira Ferreira. O Direito que nasce da luta – do Movimento Nacional pela Reforma Urbana à moradia como direito fundamental no Maranhão. In: Anais da II Jornada Internacional de Políticas Públicas. São Luís-MA: UFMA, agosto de 2006. Disponível em: http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppIII/html/Trabalhos2/Ana_%20Elvira%20Barros%20Ferreira%20Lopes214.pdf. Acesso em: 13 de abril de 2015.

a certos pressupostos. Para os propósitos deste artigo, o principal fio condutor será a adoção de posição que garanta a máxima efetividade dos direitos sociais e coletivos à cidade, no percurso aberto pela expressão “funções sociais da cidade”, ainda pouco abordada pela doutrina pátria. Afinal, se a CRFB consagrou uma narrativa favorável à efetividade dos direitos sociais e coletivos, outro não seria o caminho, nada obstante a dificuldade de delimitar o que significa “máxima efetividade” e, principalmente, quais as condições materiais de sua operacionalização⁴.

Coube à Lei Federal n. 10.257/2001, autointitulada “Estatuto da Cidade”, o papel de resgatar parte expressiva das demandas consolidadas no texto inicial da emenda proposta pelo MNRU. A lei, que regulamentou os arts. 182 e 183, trouxe detalhado regramento acerca dos instrumentos jus-urbanísticos, além de um avançado aparato regulatório, apto à ordenação do território urbano.

É nesses instrumentos que o presente texto se debruçará a estudar. E, de modo particular, os seguintes: a Contribuição de Melhoria (art. 145, III, CRFB, e art. 2º, IV, “b”) a Outorga Onerosa do Direito de Construir (art. 2º, IV, “n”), a Transferência do Direito de Construir (art. 2º, IV, “o”) e a Operação Urbana Consorciada (art. 2º, IV, “p”).

A proposta de trabalho, nesse sentido, é examinar os mecanismos de controle e captura de mais-valias urbanas, conceituando-as e evidenciando sua importância como aparato regulatório para a concretização das promessas constitucionais relacionadas à política urbana. Não se trata de tarefa simples. Joga contra o tardio reconhecimento constitucional da temática urbanística. Já em 1988, cerca de 70% dos brasileiros moravam nos centros urbanos. O número, hoje, se aproxima de 86%. As cidades e metrópoles não pararam de crescer e de adquirir complexidade enquanto jazia inerte o legislador.

Para levá-la a cabo, apresentaremos uma breve retrospectiva do processo de urbanização do país, a partir de uma leitura dos componentes sociais, políticos e econômicos

⁴ É o que afirma Ingo Wolfgang Sarlet, quando assevera: “cremos ser possível afirmar que os direitos fundamentais sociais, mais do que nunca, não constituem mero capricho, privilégio ou liberalidade, mas sim, premente necessidade, já que a sua supressão ou desconsideração fere de morte os mais elementares valores da vida e da dignidade da pessoa, em todas as suas manifestações. A eficácia (jurídica e social) do direito à moradia e dos direitos fundamentais sociais deverá, portanto, ser objeto de permanente e responsável otimização pelo Estado e pela sociedade, na medida em que levar a sério os direitos (e princípios) fundamentais corresponde, em última análise, a ter como objetivo permanente a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, por sua vez, a mais sublime expressão da própria ideia de Justiça”. SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas anotações a respeito do conteúdo e possível eficácia do direito à moradia na Constituição de 1988. In: Cadernos de Direito, n. 3, v. 5. Piracicaba-SP: UNIMEP, jul-dez/2003, p. 107-141. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/view/854/377>. Acesso em: 13 de abril de 2015.

que a determinaram. Em seguida, abordaremos o marco normativo da CRFB e sua posterior regulamentação pelo Estatuto da Cidade, indicando os propósitos dos mecanismos aqui mencionados. Não descuidaremos de efetuar uma leitura à luz do comportamento social e sistêmico predominante nesta seara.

Ao final, serão apresentadas algumas propostas destinadas a viabilizar os mecanismos de controle de mais valias urbanas.

A URBANIZAÇÃO À BRASILEIRA: ASPECTOS PROPEDÊUTICOS

O Brasil experimentou um processo caótico e desordenado de urbanização. É uma afirmação que pode ser verificada na prática, e que se origina do perfil de urbanização que marca o país desde o período colonial. Priorizava a metrópole portuguesa o estímulo à ocupação de vastas áreas do interior do país, cobiçadas por outras nações e por piratas, através da concessão de capitânias hereditárias.

De acordo com José Geraldo Simões Júnior, as capitânias hereditárias

"Eram direitos do donatário [das capitânias]: fundar vilas/cidades; cobrar impostos; fazer concessão de sesmarias. Eram seus deveres: atender aos pedidos da metrópole, administrar e povoar. O sistema das Capitânias possuía também como política complementar o regime das Sesmarias, que eram grandes porções de terra concedidas aos colonos de origem fidalga, para que estes a ocupassem com atividades agrícolas, pecuária e povoação"⁵.

Como se percebe, o objetivo era a exploração de recursos naturais, a ocupação do território e, acessoriamente, a tributação em sentido amplo e a distribuição de sesmarias. Nenhuma ênfase recaía sobre a ordenação do solo urbano ou sobre o desenvolvimento de critérios normativos de edificação, situação que, de acordo com o autor, era menos insipiente nos países de colonização espanhola.

O quadro persistiu até a instauração do Regimento Geral de Tomé de Souza, em 1549, embora o sistema de capitânias tenha coexistido residualmente. Emulando o que seria posteriormente as *Ordenanzas* de Felipe II da Espanha, o regime dividiu o espaço urbano em áreas edificáveis e áreas para o pastoreio, a partir das especificidades do território (proximidade de fontes de água e disponibilidade de terras para o pastoreio). Nada obstante, permanecia o foco na ocupação de terras vazias e a ênfase fiscalista.

⁵ SIMÕES JÚNIOR, José Geraldo. Paradigmas de urbanística ibérica adotados na colonização do continente americano. In. *Arquitextos*, n. 148.06. São Paulo: Vitruvius, 2012. Disponível em: <http://www.vitruvius.com.br/revistas/read/arquitextos/13.148/4505>. Acesso em: 16 de março de 2015.

Os primeiros focos de disciplina intra-urbana surgem de maneira sistemática apenas com regime jurídico das ordenações. As Ordenações Filipinas, de 1603, vigoraram até a promulgação do Código Civil de 1916. E, de novo, apenas aspectos primários atinentes ao direito de propriedade eram objeto de regulação. Ainda de acordo com Simões Júnior,

"Tais Ordenações serviram como referência para muitas normativas relacionadas à organização municipal, à distribuição das terras, ao seu domínio e transmissão. No que se refere à estruturação intra-urbana, as ordenações não apresentavam recomendações explícitas, mencionando somente aspectos relativos à vizinhança e à relação entre as construções"⁶.

Desse cenário até a disciplina do tema pela CRFB, os marcos regulatórios derivaram de iniciativas episódicas e localizadas. Estes, à míngua de normas gerais e de um anteparo constitucional robusto, não adotavam um tratamento coerente e uniforme no âmbito do território nacional, embora estivessem enfeixados numa concepção influenciada por um caráter absoluto atribuído ao direito à propriedade⁷.

É certo que o padrão regulatório português teve desdobramentos ao longo de toda a história do desenvolvimento urbano brasileiro. Nesse percurso, os aspectos gerais – legais e extralegais, de atuação coletiva ou individual – apontam para a prevalência de um modelo jurídico de urbanização extremamente flexível e tolerante, nos moldes de um "*laissez-faire* urbano".

Para Edesio Fernandes e Betânia Alfonsin:

"Prevalece na ordem jurídica civilista tradicional a noção obsoleta de que o direito de construção é mero acessório do direito de propriedade, bem como a ideia de que não cabe ao poder público se ressarcir pelo investimento público que causa valorização à propriedade individual, por meio de mecanismos de captura das mais-valias urbanísticas. O civilismo

⁶ Idem. Ibidem.

⁷ Embora o autor focalize o problema dos conflitos fundiários urbanos, a nota é importante para evidenciar o quadro geral da legislação urbanística do país. O diagnóstico sociológico é precioso para compreender o alcance da expressão "*laissez-faire* urbano": "a lei costuma produzir complexidades processuais e substantivas insolúveis; essa irresolução jurídico-burocrática sempre dá início a soluções extrajudiciais; e essas imposições políticas inevitavelmente legalizam usurpações de um tipo ou de outro. Dessa forma, a legislação fundiária promove conflitos, não resoluções, porque estabelece os termos pelos quais as transgressões serão seguramente legalizadas. Por isso é um instrumento de desordem calculada por meio da qual práticas ilegais produzem as leis e soluções extralegais são introduzidas clandestinamente no processo judicial. Nessa situação paradoxal, a própria lei é uma forma de manipulação, complicação, artifícios e violência pela qual todas as partes – públicas e privadas, dominantes e dominadas – buscam seus interesses. Das muitas consequências desse mau governo da lei, existe uma que representa mais que uma perversão oportunista: para o subalterno nas periferias, legalizar o ilegal é a forma pela qual eles se tornam cidadãos urbanos por meio da apropriação do solo da mesma cidade". HOLSTON, James. Cidadania insurgente – disjunções da democracia e da modernidade no Brasil. Trad. Claudio Carina. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 267.

na determinação dos direitos de propriedade imobiliária urbana tem sido agravado ainda mais pela burocratização excessiva das práticas contratuais e comerciais, especialmente no que toca às exigências do registro imobiliário às regras de acesso ao crédito formal”⁸.

Compute-se a responsabilidade, portanto, também a opção legislativa de regulação do crescimento das cidades brasileiras a partir do signo do civilismo clássico, que se encerra na relação entre particulares. Tal paradigma é insuficiente para dar conta da complexidade derivada do manejo de direitos que são difusos e coletivos, e que, como dito, se avolumaram no decorrer do processo de industrialização, ao longo, principalmente, da primeira metade do século XX.

Como indicado na introdução, a urbanização é um processo histórico e, portanto, dinâmico. Determinado e informado por componentes sociais, políticos e econômicos, não se subordina ao tempo do legislador. Ele acontece, a despeito da sua vontade.

Intensificado na década de 50 do século XX, momento em que ocorrem grandes fluxos migratórios da zona rural para a zona urbana, o crescimento das cidades trouxe, no bojo de um aparato normativo frágil, a multiplicação de uma infinidade de problemas, derivados da ocupação e do parcelamento desordenado do solo urbano.

O acumulado que esse caldo de contradições produziu tem seus efeitos que são sentidos com maior força na contemporaneidade. Seu enfrentamento envolve um duplice esforço: o de lidar com um passivo reconhecidamente intrincado sem descuidar, ao mesmo tempo, do olhar para frente, concentrado na dimensão do planejamento.

Para tanto, é necessário bem mais do que vontade política. A disponibilidade de recursos orçamentários é indispensável à consecução desse objetivo. É o que se discutirá no item a seguir.

UMA TENTATIVA DE VIRADA: O CAPÍTULO DA ORDEM URBANA NA CRFB

Conforme apontado na introdução do texto, o capítulo da Ordem Urbana na CRFB interrompeu uma trajetória histórica de iniciativas legislativas atomizadas. Elevou a temática urbana, portanto, a um novo patamar: o de componente estrutural da narrativa de direitos inaugurada pela assim intitulada "Constituição Cidadã".

Essa narrativa de direitos aparentemente harmoniza proposições contraditórias ou de difícil aproximação. Como equilibrar a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado

⁸ ALFONSIN, Betânia e FERNANDES, Edesio (coord.). Direito Urbanístico: estudos brasileiros e internacionais. Belo Horizonte: Del Rey Editora/Lincoln Institute of Land Policy, 2006, p. 11.

ao estímulo à atividade econômica? Como radicalizar o apoio à livre-iniciativa e estipular regras claramente favoráveis à proteção do trabalhador?

O mesmo dilema está presente na ordem urbana, que tenta equacionar direitos de mesma grandeza e que gozam de semelhante proteção constitucional: propriedade, moradia e cidade. No caso da propriedade, seu *status* de direito fundamental está claramente definido no *caput* do art. 5º e repetido em seu inciso XXII. No inciso seguinte, todavia, vem uma limitação expressa, que lhe subtrai a condição de direito absoluto: a função social.

No mesmo sentido está o reconhecimento do direito à moradia como direito social fundamental, conforme se depreende da leitura de seu art. 6º. Como viabilizá-lo, diante das contingências do orçamento?

Por fim, a previsão de que a ordem urbana deverá se orientar à consecução das funções sociais da cidade. Como conceituá-las? E, uma vez conceituadas, como concretizá-las?

O texto não fornecerá respostas taxativas. Ousamos afirmar, todavia, que a CRFB possui uma coerência interna que não pode ser vulnerada por leituras que a enxergam a partir de seus componentes unitários. Vale dizer, o conjunto normativo consagrado na CRFB, a despeito de proteger um "núcleo duro" de garantias individuais, expressão de conquistas civilizatórias imemoriais das primeiras gerações de direitos fundamentais, contém um assento fortemente coletivo. Do cotejo entre direitos individuais e coletivos, orientado aos objetivos constantes no art. 3º,

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

surgirá a melhor interpretação e, por conseguinte, a compatibilização entre tais direitos.

De todo modo, cumpre indagar por que se diz que a Constituição encerra em seus artigos uma narrativa? A despeito das múltiplas (e possíveis) interpretações que possa receber o texto constitucional, não se pode desnaturar a condição de recorte historicamente situado, e fruto das demandas represadas de milhões de brasileiros, num momento em que o país se redemocratizava e via a necessidade de solucionar suas graves desigualdades socioeconômicas.

Quis a sociedade brasileira, numa nação que passou por rápida e desordenada urbanização, que o tema das cidades não passasse incólume à tutela constitucional, o que culminou na redação conferida aos arts. 182 e 183 da Constituição Cidadã, que, como se viu, representa um dos mais eloquentes capítulos de efetivo engajamento popular, em atenção à

democracia participativa definida como paradigma constitucional, nos termos do parágrafo único do art. 1º.

Reforça essa tese a posição defendida por Lenio Luiz Streck, que assevera:

“A Constituição do Brasil não é um mero ‘instrumento de governo’, enunciador de competências e regulador de processos, mas, além disso, enuncia diretrizes, fins e programas a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Não compreende tão somente um ‘estatuto jurídico do político’, mas um ‘plano global normativo’ da sociedade e, por isso mesmo, do Estado brasileiro. Daí ser ela a Constituição do Brasil, e não apenas a Constituição da República Federativa do Brasil. Os fundamentos e fins definidos em seus arts. 1º e 3º são os fundamentos e os fins da sociedade brasileira”⁹.

Ao trazer a disciplina da ordem urbana para o interior do projeto e da narrativa constitucional, operou o constituinte um movimento sem precedentes. Pela primeira vez a ordenação das cidades passou a contar com o arrimo de norma constitucional. Vale dizer, a atividade legiferante dos Municípios, cuja competência para legislar em matéria de uso e ocupação do solo urbano deriva da própria CRFB, passou a ser regulada por princípios gerais hierarquicamente superiores, aptas a servir como fundamento de validade das normas, como referência hermenêutica e como base para o controle de constitucionalidade das leis. Diminuiu-se, portanto, o espaço do *laissez-faire* urbano - ou, ao menos, a sua feição normativa.

Sua regulamentação, todavia, permaneceu em compasso de espera por longos 13 anos, hiato entre a entrada em vigor da CRFB, em 1988 e do Estatuto da Cidade, em 2001. A situação, inconcebível diante da dinâmica agitada que marca as cidades, só agudizou o quadro de desequilíbrio, desigualdade e assimetria que marca o tecido urbano, em todas as interfaces: legais, urbanísticas, sociais e econômicas, além de estimular a tendência histórica de omissões do Poder Público.

Enorme a dificuldade dos Municípios em lidar com isso. Os combalidos orçamentos das prefeituras brasileiras, consumido pela folha de pagamento do funcionalismo público, pelos investimentos mínimos definidos pela CRFB em matéria de saúde e educação, e pelo cumprimento de decisões judiciais derivadas do controle jurisdicional de políticas públicas não suportam maiores acréscimos.

Daí a necessidade de recorrer a outros mecanismos para a obtenção de recursos. Esta é uma pauta que deverá, com intensidade cada vez maior, ser introduzida no debate público

⁹ STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 167.

brasileiro, nada obstante o silêncio sobre seus pressupostos observado nos debates públicos que antecederam as últimas eleições municipais.

O APARATO REGULATÓRIO: OS MECANISMOS FISCAIS E URBANÍSTICOS DE CONTROLE E CAPTURA DE MAIS-VALIAS URBANAS: UMA INTRODUÇÃO JURÍDICO-POLÍTICA

A previsão, no Estatuto da Cidade, de mecanismos de controle e captação de mais-valias urbanas atende a um imperativo de realidade: a realização de obras públicas (p. ex.: a abertura de uma nova estação de metrô), as modificações na legislação urbanística (muitas das quais levadas a cabo por contingências temporais, como as leis de zoneamento, uso e ocupação do solo urbano, além, é claro, do Plano Diretor) e a dinâmica relacionada à incorporação de novas áreas destinadas à expansão urbana provocam alterações no valor da terra. Esses processos, não raramente, são responsáveis por produzir valorizações exponenciais em imóveis públicos e particulares. É na segunda modalidade que concentraremos nossos esforços.

Tais ações têm como principal protagonista o Poder Público municipal, a quem compete a regulação do uso e da ocupação do solo urbano. E, no caso do primeiro exemplo descrito no parágrafo anterior, a saber, a realização de obras públicas, a iniciativa só se viabiliza mediante o investimento, obtido por meio de rubrica orçamentária. Parte substancial do orçamento, por seu turno, vem da arrecadação de tributos de competência do Município, coletados junto à população e ao setor produtivo segundo critérios definidos em lei.

Em última análise, portanto, melhorias urbanísticas localizadas - e aptas a interferir no preço da terra - são foram substancialmente financiadas com numerário oriundo do adimplemento de obrigação suportada por cidadãos e empresas de toda a cidade.

Daí que é elucidativo o raciocínio desenvolvido por Henry George, que afirma:

"Considere o que é a renda. Ela não cresce espontaneamente da terra; não é devida a nada que os proprietários tenham feito. Ela representa um valor criado por toda a comunidade. Deixemos que os proprietários tenham tudo o que a posse da terra lhes daria na ausência do restante da comunidade"¹⁰.

¹⁰ GEORGE, Henry. *Progress and Poverty*. New York: Robert Schalkenbach Foundation. 1979 Centenary Edition. Paperback ed., 1992, p. 366. APUD FURTADO, Fernanda. Valorização do Solo Urbano e Adequação de Instrumentos de Intervenção: aplicando os preceitos do Estatuto da Cidade. In: *Anais do X Encontro Nacional da ANPUR*. Disponível em: <http://unuhospedagem.com.br/revista/rbeur/index.php/anais/article/viewFile/2115/2074>. Acesso em: 13 de abril de 2014.

Não é desarrazoado afirmar que a composição do preço da terra depende de outros elementos. A conservação do imóvel e da vizinhança, a cargo, no mais das vezes, aos respectivos proprietários, desempenha função importante. Todavia, isso não desnatura o impacto da ação estatal.

A equação parece simples, mas não é suficiente para animar a sociedade civil organizada a discutir adequadamente sua efetivação. A despeito do aceno da CRFB em favor da concretização da democracia participativa no Brasil, ao indicar que "todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição" (art. 1º, parágrafo único), não se logrou êxito no fortalecimento do projeto democrático no Brasil.

À míngua de um projeto democrático denso, no qual o debate público se oriente por pressupostos definidos de maneira adequada e discutidos com a finalidade de se produzir consensos hábeis à manter em movimento as pretensões consolidadas na Constituição, se consolidou no imaginário social a assertiva de que as pessoas pagam impostos demais, e que tais impostos não retornam adequadamente à sociedade.

O pensamento não está em tudo incorreto. Todavia, seu delineamento adequado impõe uma série de perguntas antecedentes. Definir o modelo de desenvolvimento e de atuação estatal que se quer é crucial. Um Estado constitucionalmente obrigado a fornecer educação, saúde, moradia e todo um rol de direitos sociais não é um Estado mínimo e, por isso, não é um Estado barato. A opção do país por uma Constituição dirigente e compromissória, baseada na concretização de um amplo direito, nos moldes de um verdadeiro *Welfare State*, deve contar com fontes de custeio suficientes para se viabilizar enquanto tal.

Renunciar a esse modelo, no atual quadrante da história, não se afigura viável, a despeito das inúmeras tentativas de desaparecer o Estado. Além das limitações impostas pela própria CRFB, há todo um passivo histórico de diferenças sociais que impede, sob o império de um contexto de igualdade de oportunidades, que floresçam sistemas baseados em critérios meritocráticos fortes.

Dito de outro modo, se fizemos uma escolha consciente por um modelo político-jurídico¹¹, precisamos perseguir as formas de sua viabilidade. O foco, então, não deve ser o

¹¹ A expressão "escolha consciente" não encontra unanimidade na doutrina pátria. Basta recorrer à obra consagrada de Marcelo Neves e, em especial, ao livro "A Constitucionalização Simbólica" (2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2009) para identificar uma análise densa sobre como textos constitucionais socialmente fortes podem representar compromissos dilatatórios, que deslocam para um futuro incerto a

valor dos tributos devidos ao Poder Público pelos particulares, mas a sua correta destinação. Temas como transparência e controle social do orçamento público, eficiência administrativa (prevista como princípio orientador da Administração Pública, nos termos do *caput* do art. 37 da CRFB) ganham força nessa discussão, que, à evidência, se afigura como um porto seguro para se começar a discutir as promessas da Constituição.

É o que entendem Fernanda Furtado e Martim O. Smolka, quando afirmam:

"A maior descentralização administrativa e fiscal em curso requer mais autonomia na redefinição e utilização de fontes alternativas de recursos públicos para financiar o processo de urbanização. A necessidade por mais recursos locais é reforçada pelas atuais demandas sociais e pelas pressões políticas associadas aos processos de redemocratização em marcha e aos níveis crescentes de participação popular. A constituição de fundos extra-orçamentários para o financiamento de programas especiais de interesse social vem fazendo parte de praticamente todas as iniciativas de recuperação de mais-valias fundiárias, e tem sido efetivamente um dos principais atrativos ou justificativas para a implementação dessas políticas"¹².

Nada obstante o debate gestado na teoria democrática e no comportamento da opinião pública, esse assunto não passou despercebido do legislador infraconstitucional. De acordo com o art. 2º, IX, do Estatuto da Cidade: "*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: (...) IX - justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes da urbanização*".

Singela leitura do *caput* desse artigo evidenciará a similitude com o *caput* do art. 182 da CRFB. Diante, portanto, do papel regulamentador do Estatuto da Cidade, é possível dizer que um dos requisitos para a ordenação do desenvolvimento da função social da cidade e da propriedade urbana é a observância da justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes da urbanização.

A afirmação abre espaço para uma pergunta importante: qual o significado e alcance de "justa distribuição"?

O conceito de "justa distribuição" é, de maneira proposital, aberto. Depende, nesse sentido, da submissão do tema, em algum grau, à deliberação democrática, atentando que a

sua própria realização e, com isso, neutralizam os conflitos sociais e as demandas por reconhecimento que levaram à sua criação.

¹² FURTADO, Fernanda e SMOLKA, Martim O. Recuperação de mais-valias fundiárias urbanas na América Latina: Bravura ou Bravata? In. Curso de Gestão Urbana e de Cidades. Belo Horizonte: 2001, Fundação João Pinheiro, WBI, LILP, IPEA, ESAF. Disponível em: <http://www.eg.fjp.mg.gov.br/gestaourbana/index1.php>. Acesso em: 15 de abril de 2015. Os autores são ligados ao Lincoln Institute of Land Policy, que desenvolve, há incontáveis anos, estudos de enorme valor sobre o tema da captura das mais-valias urbanas em âmbito doméstico e sobretudo internacional. Mais detalhes podem ser obtidos no sítio da instituição: <http://www.lincolninst.edu>.

gestão democrática das cidades é também uma diretriz geral da política urbana (art. 2, II), que nada mais é do que a expressão concreta do uso público da razão, tema que já discutimos em outros trabalhos¹³. Abordaremos a questão mais adiante, mas é possível, desde já, indicar algumas pistas para balizá-lo. Sob a expressão "justa distribuição" não se pode albergar situações em que inexistem ferramentas destinadas a impedir que obras públicas e mudanças legislativas imponham um aprofundamento de contextos preexistentes de desigualdade e assimetria absolutas. A inação frente a esse quadro não é, portanto, uma opção!

Evidente que a incorporação, pelo texto constitucional, de uma gramática fortemente ancorada no reconhecimento da função social da propriedade e na orientação do planejamento urbano segundo o imperativo da produção de bem-estar e da realização das funções sociais da propriedade e da cidade não autorizam retrocessos. Além disso, a diretriz geral contida no inciso X é indicativa do caráter cogente do rearranjo fomentado pelo Estatuto da Cidade, qual seja, a *"adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar geral e a fruição dos bens pelos diferentes segmentos sociais"*.

E quais são os instrumentos fiscais e urbanísticos de controle e captura de mais-valias urbanas?

Outorga Onerosa do Direito de Construir

A outorga onerosa do direito de construir, prevista no art. 2º, IV, "n" do Estatuto da Cidade, é um instrumento não-tributário de recuperação de mais-valias. Consiste na ampliação onerosa do solo criado, para além do coeficiente de aproveitamento definido nas leis que regulam o uso e a ocupação do território, conforme critérios definidos espacialmente.

Sua existência evidencia a separação do direito de propriedade - direito de ter um terreno, por exemplo, com toda a proteção constitucional e infraconstitucional incidente - do direito de construir, que deve obedecer a requisitos definidos em lei. Ela se concretiza na forma do "solo criado", ou seja, a uma concessão do Poder Público municipal para que o proprietário do bem edifique para além do limite estabelecido por um critério denominado "coeficiente de aproveitamento básico", mediante contrapartida financeira.

Seu regramento está previsto nos arts. 28 a 31 do Estatuto da Cidade, e os valores arrecadados com sua instituição vinculam-se às finalidades do direito de preempção, quais

¹³ LEVY, Wilson. Cidade e (não) participação. in NALINI, José Renato e LEVY, Wilson. Regularização Fundiária. 2a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

sejam: " I – regularização fundiária; II – execução de programas e projetos habitacionais de interesse social; III – constituição de reserva fundiária; IV – ordenamento e direcionamento da expansão urbana; V – implantação de equipamentos urbanos e comunitários; VI – criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes; VII – criação de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse ambiental; VIII – proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico", nos termos do art. 31.

De acordo com estudo de Martim O. Smolka,

"A legitimidade desse ônus fundamenta-se em duas noções: em primeiro lugar, o entendimento implícito de que para uma área suportar quantidades adicionais de construção ou um uso mais intensivo do solo, o setor público tem que fazer investimentos em infraestrutura e serviços urbanos e, em segundo lugar, o princípio de que o Estado não pode favorecer uma propriedade em detrimento de outras ao conceder direitos adicionais de construir ou permitir novos usos do solo. Assim, o investimento permite potencialmente que todos os proprietários compartilhem os benefícios resultantes de intervenções públicas que dão suporte ao desenvolvimento urbano"¹⁴.

Sua efetividade, como a dos demais instrumentos, esbarra na ausência de planos diretores e normas de zoneamento adequadamente estruturados, com matemáticas de pagamento alicerçadas em regramentos claros, transparentes e, sobretudo, viáveis.

Transferência do Direito de Construir

Nesta modalidade, há a possibilidade do proprietário exercer o direito de construir em outro local ou de aliená-lo mediante escritura pública. A hipótese é aplicável, nos termos do art. 35 do Estatuto da Cidade, mediante lei municipal, quando o imóvel objeto da transferência do direito de construir for considerado necessário para fins de: *"I - Implantação de equipamentos urbanos e comunitários; II - Preservação, quando o imóvel for considerado de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural; III - Servir a programas de regularização fundiária, urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e habitação de interesse social"*.

Ainda: nos casos dos incisos I e III, é facultado ao proprietário doar o imóvel, no todo ou em parte, ao Poder Público, e fazer jus à transferência do direito de construir.

A recente celeuma em torno da criação do Parque Augusta, demanda de moradores do entorno de um terreno privado no bairro da Bela Vista, em São Paulo-SP, fez com que vários especialistas se pronunciassem sobre a aplicação dessa modalidade. O argumento clássico da

¹⁴ SMOLKA, Martim O. Recuperação de Mais-Valias Fundiárias na América Latina - Políticas e Instrumentos para o Desenvolvimento Urbano. Cambridge: Lincoln Institute of Land Policy, 2014, p. 37.

falta de recursos, corolário do princípio da reserva do possível, de adoção quase automática pelo Poder Público Municipal, dificilmente subsistiria nesse contexto.

Operações Urbanas Consorciadas

Aqui, a hipótese é de atuação conjunta entre o Poder Público, a sociedade civil e a iniciativa privada, definida nos arts. 32 a 34 do Estatuto da Cidade. Trata-se, em verdade, de um plano urbanístico em escala localizada, cuja regulação é titularizada pelo Poder Público municipal, motivado pela necessidade de se operar transformações urbanísticas de caráter estrutural, envolvendo melhoria das condições urbanísticas, sociais e ambientais.

Bem por isso, o ônus e o bônus da operação devem ser distribuídos de forma justa e equilibrada entre os setores envolvidos.

De acordo com Pedro Manuel Rivaben de Sales,

"Segundo uma aceção comum, operação urbana é um instrumento urbanístico que pressupõe formas de parceria entre o poder público e o setor privado, interessado na permissão de construir área adicional à definida pela lei: ao pagar os benefícios decorrentes de exceções à legislação urbana (2), os empreendedores privados financiariam o investimento público na transformação de determinada parte da cidade, objeto de operação. Em outras palavras: mediante a outorga onerosa de exceções à lei de uso e ocupação do solo, isto é, pela arrecadação das contrapartidas a serem pagas pelo empreendedor em troca dessas exceções, uma operação urbana deveria garantir recursos para custear intervenções de estruturação, qualificação e melhoria das áreas definidas como território de sua atuação"¹⁵.

A Operação Urbana Consorciada pode estar vinculada e, sobretudo, alicerçada, junto à emissão de Certificado de Potencial Adicional de Construção (CEPAC), que, não sendo parte da dívida municipal, são resgatáveis após a aprovação do projeto da operação. De acordo com Camila Maleronka,

"O CEPAC é um instrumento de captação de recursos, que acrescenta um mecanismo financeiro à venda de alteração dos parâmetros da legislação urbanística (área ou uso) [tal como numa Operação Urbana Consorciada, g.n.]. Trata-se de uma forma de antecipação de recebíveis, em um esquema análogo à securitização (transformação de ativos sem liquidez - metros quadrados adicionais de construção e alteração dos parâmetros de uso do solo - em títulos passíveis de negociação). Suas emissões são reguladas e fiscalizadas pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e os títulos podem ser negociados no mercado secundário pela Bolsa de Valores de São Paulo (BOVESPA). Esses títulos são considerados ativos de

¹⁵ SALES, Pedro Manuel Rivaben. Operações Urbanas em São Paulo: crítica, plano e projetos. In: *Arquitextos*, n. 059.07. São Paulo: Vitruvius, 2005. Disponível em: <http://www.vitruvius.com.br/revistas/read/arquitextos/05.059/476>. Acesso em: 14 de abril de 2015.

renda variável, já que sua rentabilidade está associada à valorização imobiliária"¹⁶.

Havendo efetivo controle social nesse processo, e não apenas prevalência dos interesses do mercado, e tal mecanismo constitui uma forma de atuação eficiente do Estado para o financiamento da promoção de melhorias urbanas.

Contribuição de Melhoria

A Contribuição de Melhoria é um mecanismo fiscal de captação de mais-valias urbanas. De acordo com o art. 81 do Código Tributário Nacional, *"a contribuição de melhoria cobrada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorre valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado"*.

Da leitura da normatividade de regência extrai-se que não se trata de tributo preso à discricionariedade da Administração. Seus limites são claros e seus requisitos também o são, nos termos do art. 82, que estabelece, como parâmetros à lei que institui a Contribuição de Melhoria, os seguintes: publicação prévia do memorial descritivo do projeto, do orçamento do custo da obra, a determinação da parcela do custo da obra a ser financiada pela contribuição, a delimitação da zona beneficiada e a determinação do fator de absorção do benefício da valorização para toda a zona ou para cada uma das áreas diferenciadas. Não se pode desprezar a fixação de prazo não inferior a 30 dias para impugnação dos elementos listados, pelos interessados, e a regulamentação do respectivo processo administrativo.

A contribuição de melhoria se estende ao locatário, se houver pactuação contratual prévia, e ao enfiteuta. Trata-se de um mecanismo importante, na medida em que tem sua incidência diretamente ligada ao valor percebido pelo proprietário pela realização de melhorias urbanas.

As críticas a essa modalidade recaem frequentemente sobre a hipotética injustiça de se cobrar os mais pobres. De acordo com estudo de Martim O. Smolka,

"A alegada incapacidade das populações urbanas mais pobres de pagarem por melhores serviços parece um mito. Na prática, a estratégia dos moradores de atrair alguma intervenção pública para o seu bairro, mesmo que isto significa pagar parte dos custos, é vista como melhor do

¹⁶ MALERONKA, Camila. Financiamento municipal e CEPAC. In. Anais ANPUR, v. 13. São Paulo: ANPUR, 2009. Disponível em: <http://unuhospedagem.com.br/revista/rbeur/index.php/anais/article/view/3231>. Acesso em: 14 de abril de 2015.

que não contar com serviço nenhum. A cobrança, entretanto, deve ser razoável, porque em alguns casos a política não é aplicada em áreas de baixa renda para beneficiar os ocupantes, mas na verdade para justificar remoções ou forçar a saída daqueles que não podem pagar pelas melhorias"¹⁷.

Trata-se, de acordo com o estudo, com o qual concordamos, de uma medida mais benéfica do que permanecer a mercê do preço inflacionado pelo loteador, que trabalha no plano da expectativa pela vinda de serviços.

SÍNTESE CONCLUSIVA: O CONTROLE E A CAPTURA DE MAIS-VALIAS URBANAS COMO VETORES DA POLÍTICA URBANA

A política urbana não prescinde da efetividade dos instrumentos jus-urbanísticos de controle e captura de mais-valias, porque disso depende o financiamento das políticas públicas que asseguram os direitos constitucionalmente assegurados, relacionados ao território urbanizado.

O atual estágio do constitucionalismo, identificado no quadro contemporâneo das demandas e expectativas sociais traz novos caracteres. A vida nas cidades caminha para um cenário de inviabilidade das possibilidades de concretizar as funções sociais da cidade e impossibilidade de aperfeiçoamento dos serviços públicos essenciais, desigualmente disponíveis.

Qual o papel do setor imobiliário nesse arranjo? Enquanto ator institucional importante, responsável, deve atuar na esfera pública não apenas no sentido de garantir regras do jogo claras, que permitam ao mercado da construção civil seguir gerando lucros, divisas e empregos, mas também como um *player* preocupado de forma efetiva com a viabilidade econômico-financeira das melhorias urbanísticas que dependem da iniciativa do Poder Público municipal.

Obras públicas são necessárias em escala nunca antes vista. Quanto mais fortes forem os instrumentos que garantam ao Município condições materiais de melhorar a qualidade de vida urbana, e maior será a demanda por empreendimentos imobiliários. O cenário se aproxima daquele experimentado pelo mercado automotivo. De acordo com pesquisa realizada pelo USP Cidades¹⁸, *think-tank* criado na Universidade de São Paulo para produzir investigações aplicadas sobre temas urbanos, o Brasil conta com cerca de 200 veículos para cada 1000 habitantes. Na Europa, o valor é mais do que o dobro e, nos EUA, chega a quase 800 veículos para cada 1000

¹⁷ SMOLKA, Martim O. Op. Cit., p. 31.

¹⁸ Informações disponíveis em: http://www.uspcidades.net/ler/post/_21. Acesso em: 14 de abril de 2015.

habitantes. Garantir a sobrevivência do setor significa envidar esforços para resolver os entraves de mobilidade urbana, de modo que automóvel, transporte individual motorizado, cuja atração repousa em ativos como "liberdade" e em todo o horizonte de valores aspiracionais, continue sendo atrativo para as pessoas.

O texto evidenciou a importância de concretizar instrumentos que dependem de previsão legal. Atuar nessa seara se afigura imprescindível que o mercado imobiliário atue para acelerar a adoção de mecanismos de controle e captura de mais-valias urbanas, atuando, também, no controle social dos recursos advindos dessas modalidades. Novas realidades e patamares de intervenção se tornam possíveis com esse *plus*. Sem esse caminhar, o futuro será pouco alvissareiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALFONSIN, Betânia e FERNANDES, Edesio (coord.). **Direito Urbanístico: estudos brasileiros e internacionais**. Belo Horizonte: Del Rey Editora/Lincoln Institute of Land Policy, 2006.

FURTADO, Fernanda e SMOLKA, Martim O. Recuperação de mais-valias fundiárias urbanas na América Latina: Bravura ou Bravata? In. **Curso de Gestão Urbana e de Cidades**. Belo Horizonte: 2001, Fundação João Pinheiro, WBI, LILP, IPEA, ESAF. Disponível em: <http://www.eg.fjp.mg.gov.br/gestaourbana/index1.php>. Acesso em: 15 de abril de 2015.

FURTADO, Fernanda. Valorização do Solo Urbano e Adequação de Instrumentos de Intervenção: aplicando os preceitos do Estatuto da Cidade. In. **Anais do X Encontro Nacional da ANPUR**. Disponível em: <http://unuhospedagem.com.br/revista/rbeur/index.php/anais/article/viewFile/2115/2074>. Acesso em: 13 de abril de 2014.

HOLSTON, James. **Cidadania insurgente – disjunções da democracia e da modernidade no Brasil**. Trad. Claudio Carina. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

LOPES, Ana Elvira Ferreira. O Direito que nasce da luta – do Movimento Nacional pela Reforma Urbana à moradia como direito fundamental no Maranhão. In. **Anais da II Jornada Internacional de Políticas Públicas**. São Luís-MA: UFMA, agosto de 2006. Disponível em: http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppIII/html/Trabalhos2/Ana_%20Elvira%20Barros%20Ferreira%20Lopes214.pdf. Acesso em: 13 de abril de 2015.

MALERONKA, Camila. Financiamento municipal e CEPAC. In. **Anais ANPUR, v. 13**. São Paulo: ANPUR, 2009. Disponível em: <http://unuhospedagem.com.br/revista/rbeur/index.php/anais/article/view/3231>. Acesso em: 14 de abril de 2015.

NALINI, José Renato e LEVY, Wilson. **Regularização Fundiária**. 2a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SALES, Pedro Manuel Rivaben. Operações Urbanas em São Paulo: crítica, plano e projetos. In. **Arquitextos**, n. 059.07. São Paulo: Vitruvius, 2005. Disponível em: <http://www.vitruvius.com.br/revistas/read/arquitextos/05.059/476>. Acesso em: 14 de abril de 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas anotações a respeito do conteúdo e possível eficácia do direito à moradia na Constituição de 1988. In. **Cadernos de Direito**, n. 3, v. 5. Piracicaba-SP: UNIMEP, jul-dez/2003, p. 107-141. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/view/854/377>. Acesso em: 13 de abril de 2015.

SIMÕES JÚNIOR, José Geraldo. Paradigmas de urbanística ibérica adotados na colonização do continente americano. In. **Arquitextos**, n. 148.06. São Paulo: Vitruvius, 2012. Disponível em: <http://www.vitruvius.com.br/revistas/read/arquitextos/13.148/4505>. Acesso em: 16 de março de 2015.

SMOLKA, Martim O. **Recuperação de Mais-Valias Fundiárias na América Latina - Políticas e Instrumentos para o Desenvolvimento Urbano**. Cambridge: Lincoln Institute of Land Policy, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Trabalho enviado em 15 de junho de 2017.

Aceito em 07 de março de 2018.