

A DISCRICIONARIEDADE DO PODER PÚBLICO EM REGULARIZAÇÕES URBANÍSTICAS: O CASO DAS OPERAÇÕES URBANAS CONSORCIADAS EM BELO HORIZONTE

Prof. Dr. Reginaldo Magalhães de Almeida

Universidade FUMEC - Email: ralmeida@fumec.br

Juliana Malard Almeida

TJMG - Email: ju.malard@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

Um dos objetivos da legislação urbanística é estabelecer limites à livre interferência do Poder Público e da iniciativa privada no espaço urbano, de maneira a proporcionar uma melhor convivência e uma maior qualidade de vida na cidade. Dentro deste contexto, são notórias as repercussões para os cidadãos e para a cidade dos instrumentos de regularização urbanística. A não regularidade urbana repercute negativamente para o Poder Público e para o setor privado, por representar para o primeiro um entrave administrativo e significar para o outro, insegurança e risco. Para reverter esse processo, vêm sendo aplicados vários instrumentos urbanísticos, visando conter e reprimir as irregularidades. Dentre esses instrumentos, tem-se a Operação Urbana Consorciada.

O Plano Diretor de Belo Horizonte (PDBH) – Lei nº 7.165/96 – que regulamentou o instrumento da Operação Urbana Consorciada, apresentou em cinco artigos (artigos 65 a 69) o instrumento como um conjunto integrado de intervenções, com prazo determinado, coordenadas pelo Executivo, com a participação de entidades da iniciativa privada e com o objetivo de viabilizar projetos urbanísticos especiais em áreas previamente delimitadas, podendo ser proposta por qualquer cidadão ou entidade que nela tenha interesse. Dentre as várias possibilidades de intervenções tratadas pela operação urbana, encontra-se o tratamento urbanístico de áreas públicas, a recuperação do patrimônio cultural, bem como a regularização de edificações localizadas em área não parcelada oficialmente.

Cinco anos depois do PDBH, o Congresso Nacional aprovou, após quase onze anos de tramitação, o Estatuto da Cidade, regulamentando o capítulo de “Política Urbana” (artigos 182 e 183) da Constituição da República de 1988, estabelecendo as diretrizes gerais

da política urbana com o objetivo principal do desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do direito a cidades sustentáveis (BRASIL, 2002). O Estatuto da Cidade prevê os instrumentos de política urbana, os quais são divididos em instrumentos de planejamento, institutos tributários e financeiros e institutos jurídicos e políticos. Nesses últimos estão previstas as Operações Urbanas Consorciadas, que possuem os mesmos objetivos estabelecidos no PDBH.

O objetivo deste artigo é discorrer quanto à discricionariedade do Poder Público, ao determinar mecanismos compensatórios ou contrapartidas à iniciativa privada em Operações Urbanas Consorciadas que visam a regularização urbanística e edilícia. Assim, desenvolve-se uma breve análise de Operações Urbanas Consorciadas que foram aprovadas e implantadas em Belo Horizonte, no período compreendido entre o final do século XX até a primeira década do século XXI. Como referencial teórico, utilizam-se, principalmente, trabalhos de juristas com trajetória na área urbana.

A Operação Urbana Consorciada trata-se de um importante assunto para o campo do Direito Urbanístico e práticas urbanas, já que envolve não só um instrumento jurídico ainda pouco explorado, mas também porque o seu conhecimento e a sua aplicação podem proporcionar a diluição dos conflitos entre a legislação, o Poder Público e a população.

2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA IRREGULARIDADE URBANÍSTICA

O direito de construir não é absoluto, uma vez que as relações de vizinhança e o interesse público impõem ao proprietário algumas limitações e condições para a convivência harmônica em sociedade. O professor e magistrado Hely Lopes Meirelles define construção como “[...] toda realização material e intencional do homem, visando adaptar o imóvel às suas conveniências” (MEIRELLES, 2011, p. 32).

A legislação urbanística é o instrumento por meio do qual o Poder Público atua, no controle das atividades urbanística e edilícia. Esse controle tem por objetivo o ordenamento urbano, a partir da integração da edificação à cidade. O art. 30, inciso VIII, da Constituição da República de 1988, dispõe que compete aos Municípios “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano” (BRASIL, 1988).

Os atos puramente clandestinos representam as situações onde foram realizadas intervenções urbanas e edilícias, sem a prévia concordância da autoridade local, ou seja, sem nenhum tipo de controle “*a priori*” do Poder Público. Já os atos incompatíveis com a

deliberação da autoridade, dizem respeito a interferências previamente analisadas e deliberadas pela autoridade local, por estarem em conformidade com a lei, mas que, durante a execução foram realizadas modificações em desacordo com aquilo que foi licenciado. Neste caso, pode-se considerar a existência de uma maior intensidade de dolo, pois o interessado tinha ciência daquilo que foi autorizado, mas executou de forma diversa. Verifica-se então a importância de um controle “*a posteriori*” das intervenções.

Os ilícitos urbanísticos podem ser classificados como clandestinos ou incompatíveis, sendo os primeiros relacionados ao próprio aproveitamento do solo e os segundos, à deliberação do Poder Público. A Lei nº 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, confere proteção ao ordenamento urbano e ao patrimônio cultural, quando forem feitas intervenções “[...] sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida” (arts. 63 e 64).

O procedimento de edificação é constituído por várias etapas e o Poder Público pode outorgar autorizações (atos administrativos discricionários) e licenças (atos administrativos vinculados). O professor José Roberto Fernandes Castilho afirma que “[...] o controle público da observância da legalidade urbanística [...], quanto ao momento de incidência, é *prévio, concomitante e posterior* ao término da obra, com consequências diversas” (CASTILHO, 2010, p. 267).

O controle prévio é representado pela licença edilícia, a qual pode ser concedida ou rejeitada. O controle simultâneo é realizado através da fiscalização, que vai permitir a continuidade ou a paralisação da obra. Já no controle posterior, existe o habite-se, concedendo ou não a utilização da obra. Os controles simultâneo e posterior incidem sobre a obra ilegal, ou seja, aquela que está em andamento, em desacordo com o projeto aprovado, ou a que já foi concluída.

É importante uma análise entre os direitos e deveres do proprietário, bem como a responsabilidade do Poder Público no controle das edificações através do exercício do poder de polícia e a sua eficiência na fiscalização das modificações do espaço urbano. No entendimento de Meirelles, “o Estado pode intervir na propriedade particular imóvel por três modos: pela limitação administrativa, pela servidão administrativa ou pública e pela desapropriação” (MEIRELLES, 2011, p. 87). Dentre essas maneiras de intervenção, será analisada a limitação administrativa, conceituada pelo autor como “[...] toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social” (MEIRELLES, 2011, p. 89). As

limitações administrativas, que encontram seus limites nos direitos individuais assegurados pela Constituição da República, são determinações de ordem pública, derivadas do poder de polícia da Administração e se manifestam através de atos unilaterais e imperativos, os quais podem ser do tipo fazer, não fazer ou suportar a atuação do Poder Público. Para Meirelles, enquanto na modalidade positiva (fazer), o particular é obrigado a cumprir aquilo que foi imposto pela Administração, na negativa (não fazer), ele deve privar-se do que lhe é proibido. Já na modalidade permissiva (deixar fazer), o particular deve permitir alguma coisa em sua propriedade, conceituando o poder de polícia como: “[...] a faculdade discricionária que se reconhece à Administração Pública de restringir e condicionar o uso e gozo dos bens e direitos individuais, especialmente os de propriedade, em benefício do bem-estar geral” (MEIRELLES, 2011, p. 99).

O Poder de Polícia é a possibilidade que tem ou o dever que é imposto à Administração para, em nome do interesse coletivo, limitar o exercício de direitos e liberdades individuais dos cidadãos/indivíduos, sempre com base na lei, de impor limites ao exercício de determinadas atividades, em benefício do interesse coletivo. Através do poder de polícia administrativa, o Poder Público especifica, por meio de normas e regulamentos, as formas e condições para o exercício dos direitos do particular que irão interferir na coletividade, através de licenças prévias da autoridade competente, chamadas alvarás. A autora Irene Patrícia Nohara também define o poder de polícia:

[...] consiste na atividade do Estado de condicionar e restringir o exercício de direitos individuais, tais como a propriedade e a liberdade, em benefício do interesse público. Trata-se de assunto intimamente relacionado com a razoabilidade, porque envolve a restrição de direitos para a proteção de interesses coletivos, situação geradora de colisão de diferentes interesses (NOHARA, 2006, p. 187).

Juarez Freitas, advogado e professor de Direito Administrativo, expressa que, ao tomar uma decisão administrativa, o Poder Público “precisa zelar pelo isento dever de oferecer legítimas e boas razões de fato e de direito” (FREITAS, 2007, p.18). Esclarece ainda mais a questão, quando diz que:

[...] as escolhas administrativas serão legítimas se – e somente se – forem sistematicamente eficazes, motivadas, proporcionais, transparentes, imparciais, respeitadoras da participação social, da moralidade e da plena responsabilidade (FREITAS, 2007, p. 21).

De tudo o que foi exposto nos parágrafos anteriores, percebe-se que o direito individual está limitado por regras determinadas por uma dada sociedade, em determinado tempo, levando em consideração o interesse público, sendo o controle de sua aplicação exercido pelo Poder Público, através de atos vinculados ou discricionários, que devem ter como premissa básica a legalidade e o ordenamento do solo urbano.

A Constituição da República de 1988 conferiu competência ao Município para promover o adequado ordenamento do solo urbano, mediante o controle de seu parcelamento, uso e ocupação (art. 30, VIII). Também, no inciso XXIII do art. 5º e no inciso III do art. 170, condicionou o direito de propriedade ao cumprimento de sua função social, determinando que o direito de construir fique subordinado, também, às imposições legais decorrentes do Plano Diretor, ou seja, a propriedade urbana cumpre sua função social através do uso adequado do imóvel, de acordo com as diretrizes expressas pelo plano diretor (art. 182, §§ 2º e 4º, CR/88). Segundo entendimento do professor Toshio Mukai, “o princípio constitucional da função social da propriedade relativiza a antiga noção de propriedade como direito absoluto, justificando a existência de um direito do urbanismo, para atuar no sentido da ordenação dos espaços habitáveis” (MUKAI, 2006, p. 85).

O Código Civil, em seu art. 1299, dispõe que “o proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos”. A regra é a liberdade de construção, sendo as limitações, as exceções a essa liberdade, determinadas pela legislação.

Já o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01) regulamentou os arts. 182 e 183 da CR/88, dispondo sobre o uso da propriedade urbana, levando em consideração o interesse coletivo, a segurança, o bem-estar dos cidadãos e o equilíbrio ambiental. Dentre os diversos instrumentos de política urbana, previstos no art. 4º da referida lei, encontram-se as Operações Urbanas Consorciadas, as quais, dentre outras funções, permitem a regularização de construções, reformas ou ampliações executadas em desacordo com a legislação vigente, mediante uma contrapartida exigida pelo Poder Público.

3 OPERAÇÃO URBANA CONSORCIADA

As Operações Urbanas Consorciadas representam uma espécie de intervenção urbanística, surgida no Brasil na década de 1980, com o objetivo inicial de promover alterações na estrutura de determinadas áreas na cidade, numa parceria entre o Poder Público e o setor privado, onde o primeiro faz concessões à iniciativa privada em troca de uma

contrapartida, determinada pelo interessado ou pelo Executivo (MARICATO, 2002). De acordo com o art. 32, § 1º, da Lei nº 10.257/01, entende-se por 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.

As Operações Urbanas Consorciadas devem estar previstas no Plano Diretor e regulamentadas por leis específicas, nas quais podem ser determinadas modificações de índices e características de parcelamento, uso e ocupação do solo, normas edilícias, além da regularização de construções, reformas ou ampliações que foram executadas em desacordo com a legislação vigente. O sucesso desse instrumento deu-se em razão de representar uma alternativa ao engessamento das normas urbanísticas, na medida em que a legislação vigente não é flexível em relação às particularidades de cada caso concreto (MARICATO, 2002). Meirelles define a Operação Urbana Consorciada como:

[...] uma forma de parceria entre o Poder Público e particulares para a execução de grandes empreendimentos urbanos, seja para promover a renovação urbanística de uma área degradada, seja para melhorar o aproveitamento urbanístico de uma área estratégica, seja para implantar um plano de urbanização (MEIRELLES, 2011, p. 173).

Cada lei específica irá conter um plano de Operação Urbana Consorciada, coerente com a proposta e as estratégias contidas no Plano Diretor para determinada região, com os seguintes requisitos mínimos: “I – definição da área a ser atingida; II – programa básico de ocupação da área; III – programa de atendimento econômico e social para a população diretamente afetada pela operação; IV – finalidades da operação; V – estudo prévio de impacto de vizinhança; VI – contrapartida a ser exigida dos proprietários, usuários permanentes e investidores privados; VII – forma de controle da operação, obrigatoriamente compartilhado com representação da sociedade civil” (Lei 10.257/01, art. 33).

A definição da área a ser atingida é necessária, na medida em que a operação urbana não atinge áreas exteriores ao seu perímetro. Nos programas de ocupação e de atendimento econômico e social são definidas as intenções do Poder Público para a área atingida e para a população afetada pela operação, como, por exemplo, os instrumentos e padrões urbanísticos, regularizações, provisão de equipamentos urbanos, dentre outros. Além

disso, o Poder Público define as finalidades da operação e seus objetivos ao utilizar o instrumento, visando sempre ao interesse público.

O professor Edésio Fernandes, especialista em urbanismo, compara a operação urbana a uma “carta curinga do baralho de instrumentos do Estatuto da Cidade”, já que ela pode ser utilizada em diferentes situações, já que não possui um único objetivo, pois, além de possibilitar transformações urbanísticas estruturais, permite melhorias sociais e a valorização ambiental (FERNANDES, 2006).

Vale ressaltar a vinculação do Poder Executivo ao plano da Operação Urbana Consorciada, aprovado pela Câmara Municipal, implicando em nulidade das autorizações, aprovações de projetos e alvarás expedidos pelo mesmo, que contrariem o instrumento em questão, uma vez que a operação urbana pode determinar novos potenciais construtivos, superiores aos estabelecidos na legislação em vigor, em relação àquela área.

3.1 BREVE REFERÊNCIA ÀS OPERAÇÕES URBANAS REALIZADAS EM BELO HORIZONTE

Dentre as Operações Urbanas Consorciadas realizadas em Belo Horizonte, do final do século XX à primeira década do século XXI, merecem destaque as expostas a seguir, as quais envolveram situações pontuais, que determinaram, dentro da discricionariedade do Poder Público, diferentes contrapartidas.

A Lei municipal nº 7.280/97 desafetou um trecho de uma via pública no bairro São Marcos, cuja área foi permutada por outra área no mesmo bairro, e, como contrapartida, foi exigida do particular a construção de uma escadaria, em benefício da comunidade, juntamente com o pagamento de uma quantia em dinheiro, a ser utilizada pelo Executivo na execução de obras no próprio bairro (BELO HORIZONTE, 1997).

A Lei municipal nº 7.928/99 estabeleceu a construção de estações de integração de ônibus do Plano de Reestruturação do Sistema de Transporte Coletivo de Belo Horizonte - BHBUS. O objeto dessa operação urbana foi a implementação, em regime de parceria com o setor privado, de estações de integração, bem como a operação e o gerenciamento público destas. Como contrapartida, foi garantido ao empreendedor o direito de projetar, construir e explorar a estrutura empresarial, com liberdade de decisão, observada a legislação pertinente (BELO HORIZONTE, 1999).

A Lei municipal nº 8.240/01 instituiu uma operação urbana na área ocupada pela Casa do Conde de Santa Marinha e adjacências, com a finalidade de requalificar aquele

espaço, conjugando o incremento da sua atratividade econômica com a preservação e a valorização do patrimônio histórico arquitetônico existente. Essa operação urbana definiu normas de parcelamento, ocupação e uso do solo e outras iniciativas a serem executadas em regime de parceria entre a Prefeitura Municipal de Belo Horizonte - PBH - e empreendedores particulares (BELO HORIZONTE, 2001).

A Lei municipal nº 8.431/02 estabeleceu a “Operação Urbana Fundação Furtado de Menezes/Barreiro”, realizada em regime de parceria entre o Município e a Fundação Furtado de Menezes, a qual é vinculada à Sociedade São Vicente de Paula – SSVP, para atender a uma demanda local sobre acessibilidade viária ao Conjunto Esperança, com oferta de habitação para a população de baixa renda e implementação de equipamentos sociais (BELO HORIZONTE, 2002).

A Lei municipal nº 8728/03 instituiu a “Operação Urbana Consorciada do Conjunto Arquitetônico da Avenida Oiapoque”, tendo por finalidade a requalificação da área inserida no hipercentro, viabilizando a instalação de terminal de ônibus, integrando-o ao projeto de recuperação da Praça Rui Barbosa, juntamente com a recuperação do conjunto arquitetônico tombado. Mecanismos compensatórios à iniciativa privada foram estabelecidos, tais como autorização da Transferência do Direito de Construir e alteração do coeficiente de aproveitamento. Como contrapartida foram exigidas a recuperação do conjunto arquitetônico tombado, a destinação da edificação a atividades de lazer, cultura ou economia popular, a implantação das obras do terminal de ônibus na Avenida Oiapoque, junto com o tratamento urbanístico do entorno da área, de acordo com o projeto elaborado pelo Executivo (BELO HORIZONTE, 2003).

A Lei municipal nº 9.058/05 alterou a Lei nº 8.137/00 e instituiu a “Operação Urbana Centros de Comércio Popular”, com os objetivos de viabilizar a implantação de projeto urbanístico especial voltado para a requalificação dos espaços públicos e das calçadas, bem como a instalação e permanência de centros de comércio popular destinados a abrigar as atividades de camelôs e artesãos exercidas em logradouros públicos, instituindo aos empreendedores classificados, contrapartida social, na forma de mecanismo compensatório, para a manutenção da implantação dos centros de comércio popular, em forma de potencial construtivo a ser alienado, nos termos desta Lei. As áreas geradoras de potencial construtivo da operação urbana referida nesta Lei foram: o Centro de Comércio Popular Tupinambás, o Centro de Comércio Popular Caetés, o Centro de Comércio Popular Tocantins e o Centro de Comércio Popular Xavante. Para viabilizar o cumprimento dos objetivos, ficou estabelecida como mecanismo compensatório a possibilidade de alienar o potencial construtivo

correspondente a área de boxes instalada nos centros de comércio popular de que trata esta Lei, conversível em direito de construir. Em função do prazo de seis meses previsto no art. 4º das Disposições Transitórias da Lei nº 8.616/03 – Código de Posturas do Município de Belo Horizonte, ficou dispensado o licenciamento ambiental prévio dos Centros de Comércio Popular em questão para fins de obtenção do Alvará de Localização e Funcionamento, com a possibilidade de um licenciamento ambiental corretivo, se necessário (BELO HORIZONTE, 2005).

A Lei municipal nº 9.366/07 instituiu a “Operação Urbana do Edifício Sede do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais” com os objetivos de otimizar a prestação de serviços jurisdicionais, mediante construção do edifício, com vistas a reduzir os deslocamentos do cidadão e a promover a integração entre os gabinetes das câmaras cíveis e criminais, em atendimento ao interesse coletivo, e de valorizar o patrimônio urbano por meio de intervenções que promovam a requalificação do local onde será implantado o edifício. O plano urbanístico em que se fundamentou esta operação urbana envolveu a construção do Edifício-Sede do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais num determinado imóvel, com a recuperação da edificação existente no local, conforme diretrizes do Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural do Município, e a instalação de um restaurante de uso público no local. Além disso, determinou a criação de uma praça de uso público, com o respectivo tratamento paisagístico, objetivando a melhoria da circulação para pedestres. Como mecanismos compensatórios, o Estado de Minas Gerais deveria providenciar a instalação de fóruns regionais nas regiões do Barreiro e de Venda Nova, doar para o Município o imóvel localizado na Rua Gonçalves Dias, nº 1.260, instalar o Museu do Judiciário Mineiro no Palácio da Justiça, localizado na Avenida Afonso Pena, nº 1.420, e as varas fazendárias estaduais e municipais nos edifícios situados na Rua Goiás, nº 229 e nº 253, além da criação do sistema de atendimento "protocolo-expresso" no Edifício Sede do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e no Fórum Lafayette (BELO HORIZONTE, 2007).

Das Operações Urbanas Consorciadas citadas acima, vale ressaltar a do Conjunto Arquitetônico da Avenida Oiapoque (Lei municipal nº 8728/03), a qual foi proposta por particulares ao Poder Executivo, envolvendo duas questões de interesse privado: de um lado, os proprietários do Shopping Center Pátio Savassi, que necessitavam de um potencial construtivo além daquele que era permitido em lei, juntamente com o proprietário de um edifício tombado pelo Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural, o qual necessitava de recursos para transformar o seu imóvel num bem rentável. Ambos se uniram, sob a coordenação do Poder Público.

A questão do shopping-center poderia ter sido resolvida através da venda de potencial construtivo, sem o instrumento da operação urbana, já que é possível a alienação do potencial construtivo de um imóvel tombado, que não possa ser aplicado ao mesmo, por causa das restrições referentes à preservação. Ocorre que a legislação só permite que seja transferido ao imóvel receptor o máximo de 20% da área de construção que extrapole a definida em lei (o objetivo era construir 60% acima do permitido). Além disso, essa transferência coíbe a recepção em zoneamentos adensados e saturados, no que diz respeito à infraestrutura viária, ou seja, no caso em questão, o Pátio Savassi está localizado em uma região onde não é possível essa transferência de potencial construtivo.

Sendo assim, a Operações Urbana Consorciada foi o instrumento utilizado como solução para a questão, uma vez que o Plano Diretor permite a utilização de novos parâmetros, sem estabelecer limites. Como contrapartida, foram exigidas a preservação do edifício construído na década de 40, com a criação de um espaço para atividades de interesse público, através da instalação de um centro de comércio popular (o interesse do Poder Público era a retirada dos camelôs das ruas do centro da cidade) e a implantação de um terminal de ônibus.

Percebe-se que, em cada uma dessas Operações Urbanas Consorciadas, existiu um problema específico, um interesse do setor privado, uma necessidade do Poder Público e uma troca entre contrapartidas, exigidas do primeiro, e concessões, permitidas pelo segundo.

3.2 CONTRAPARTIDA - A DISCRICIONARIEDADE DO PODER PÚBLICO

O requisito com maior força de discricionariedade por parte do Poder Público e objeto de questionamento neste trabalho é a contrapartida a ser exigida dos proprietários, usuários permanentes e investidores privados e onde o Poder Público pode captar as mais-valias geradas pela Operação Urbana Consorciada aos terrenos privados. O professor Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua a discricionariedade como:

A margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente. (MELLO, 1998, p. 48)

Deve existir um equilíbrio entre os interesses público e particular, no que diz respeito ao volume, qualidade e peculiaridade do benefício a ser concedido pelo Poder Público e a contrapartida por parte do empreendimento. Conforme entendimento da advogada e mestre em Direito, Maysa Abrahão Tavares Verzola:

Assim, no que diz respeito à discricionariedade e ao poder de polícia, há três sistemas de limites ao exercício da discricionariedade: a legalidade, a realidade – entendida como a efetiva existência dos pressupostos de fato do exercício do poder de polícia – e a razoabilidade, como relação de coerência que deve existir entre a manifestação de vontade do Poder Público e a finalidade específica prevista em lei (VERZOLA, 2011, p. 74)

Castilho afirma que “o Direito pode ser compreendido como um sistema de princípios e normas que buscam conformar, com base no valor do justo e do razoável, a realidade existente” (CASTILHO, 2010, p.21). No sentido apresentado pelo autor, conformar a realidade significa adequar algo que foi executado fora do padrão.

Segundo Freitas, dentre os princípios fundamentais que regem as relações de administração no Brasil, encontram-se os princípios da eficiência, da eficácia e da economicidade. (FREITAS, 2009, p.53). E o que é eficácia? Significa a aptidão do ato para gerar seus efeitos típicos. Ainda de acordo com o autor,

[...] o direito subjetivo público à eficácia [...] integra o direito fundamental à boa administração pública, já que consiste justamente em incrementar a gestão pública, de maneira que a administração escolha fazer o que constitucionalmente deve fazer [...], em lugar de apenas fazer bem ou eficientemente aquilo que, não raro, se encontra mal concebido ou contaminado. (FREITAS, 2007, pág. 21).

O administrador público deve ter o comprometimento, no exercício da discricionariedade administrativa, de atingir a sua meta dentro da melhor atuação, ou seja, interagindo os princípios da eficiência (dever de fazer de certo modo), da eficácia (dever de fazer aquilo que deve ser feito) e da economicidade (dever de otimizar a ação estatal), encontrando soluções ponderadas, no que diz respeito às consequências da sua atuação. Na opinião de Freitas,

[...] pode-se conceituar a discricionariedade administrativa legítima como a competência administrativa (não mera faculdade) de avaliar e de escolher, no plano concreto, as melhores soluções, mediante justificativas válidas, coerentes e consistentes de conveniência ou oportunidade (com razões juridicamente aceitáveis), respeitados os requisitos formais e substanciais da

efetividade do direito fundamental à boa administração pública (FREITAS, 2007, p.22).

De acordo com Verzola (2011), o poder discricionário está sujeito a regras externas e diretivas internas, com a finalidade do interesse público que, entretanto, não é absoluta e definitiva, sendo “determinada de acordo com o momento histórico e conjuntural da sociedade em que se insere. Logo, o poder discricionário corresponderia justamente à determinação progressiva, ao longo do tempo, do conteúdo do interesse público”. (VERZOLA, 2011, p. 74)

No que diz respeito ao controle efetivo da constitucionalidade dos atos administrativos, Freitas classifica em dois, os principais vícios no exercício da discricionariedade administrativa: o vício da discricionariedade excessiva ou abusiva e o vício da discricionariedade insuficiente. No primeiro, chamado arbitrariedade por ação, ocorre uma ultrapassagem nos limites impostos à discricionariedade do agente público, o qual toma uma decisão sem amparo legal ou com desvio abusivo das finalidades constitucionais. Já no segundo, chamado arbitrariedade por omissão, o agente público não exerce a escolha administrativa ou a exerce de forma insuficiente, não desempenhando os deveres de prevenção e de precaução (FREITAS, 2007). O autor entende também, que em ambos os casos “[...] é violado o princípio da proporcionalidade, que determina ao Estado Democrático não agir com demasia, tampouco de maneira insuficiente, na consecução dos objetivos constitucionais.” (FREITAS, 2007, p.62).

A Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, em seu art. 55, determina que uma decisão na qual se evidencie “[...] não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração” (BRASIL, 1999). Como descrito por Mello,

[...] se a lei comporta a possibilidade de soluções diferentes, só pode ser porque pretende que se dê uma certa solução para um dado tipo de casos e outra solução para outra espécie de casos, de modo que sempre seja adotada a decisão pertinente, adequada à fisionomia própria de cada situação, tendo em vista atender à finalidade que inspirou a regra de direito. (MELLO, 1998, p. 36).

Os critérios utilizados em uma contrapartida devem ser flexíveis, mantendo o equilíbrio desta interação público privado. A contrapartida pode ocorrer sob a forma de pagamento, na regularização de construções, reformas ou ampliações executadas em

desacordo com a lei ou serem exigidas quando forem necessárias modificações no parcelamento, uso e ocupação do solo, as quais tragam benefícios ao setor privado. A discricionariedade na escolha da melhor contrapartida para uma determinada situação nada mais é do que “o resultado da impossibilidade da mente humana poder saber sempre, em todos os casos, qual a providência que atende com precisão capilar a finalidade da regra de Direito” (MELLO, 1998, p. 43).

Pelo que foi analisado, o Estatuto da Cidade não é claro no que diz respeito à contrapartida, já que define o instrumento da operação urbana de forma superficial, deixando a cargo das leis específicas as alterações das normas urbanísticas vigentes. O Poder Público estabelece, dentro da sua discricionariedade, novos limites e parâmetros construtivos, às vezes mais permissivos do que os permitidos em lei, com a finalidade de viabilizar as negociações com o setor privado. A falta de regulamentos que especifiquem com clareza as contrapartidas frente às irregularidades insere um grande poder ao Estado, que pode, de acordo com suas pretensões políticas, decidir por valores e até mesmo levar adiante o processo de regularização.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A realização do presente artigo possibilitou verificar a pertinência e a viabilidade da Operação Urbana Consorciada para o processo de regularização urbanística e edilícia, a qual, embora seja um instrumento eficaz, necessita de aperfeiçoamentos. Após a análise de várias operações urbanas, conclui-se que: O Plano Diretor e o Estatuto da Cidade têm por objetivo viabilizar projetos de interesse público com recursos do setor privado, mas não regulamentam a forma de participação do segundo, não garantindo, portanto, um equilíbrio na participação de cada um; Não existe uma regulamentação da contrapartida da Operação Urbana Consorciada, ficando a cargo do Poder Público determinar, de acordo com seus interesses e oportunidades, as diretrizes a serem seguidas; A operação urbana torna-se um instrumento com ênfase mais política do que urbanística, já que depende de uma predisposição política por parte do Poder Público, exercida dentro da discricionariedade administrativa; No que diz respeito à participação dos setores envolvidos, a negociação ocorre entre o Poder Público e o setor privado e os terceiros envolvidos - moradores e usuários permanentes - nem tomam conhecimento da lei que dispõe sobre a operação urbana; As contrapartidas representariam um privilégio ao setor privado, ao permitirem alterações nos parâmetros vigentes da lei de uso e ocupação do solo. Pode-se afirmar que o setor privado

estaria pagando para infringir a lei, com o consentimento do Poder Público, tendo como justificativa o interesse público; Não são estabelecidas penalidades para as leis de operação urbana que desrespeitem as diretrizes propostas pelo Plano Diretor, permitindo a ocorrência de violações às normas urbanísticas da cidade.

A Operação Urbana Consorciada representa um instrumento jurídico extremamente eficaz para o processo de regularização urbanística e edilícia, na medida em que permite uma flexibilização das normas de uso e ocupação do solo – modificação de índices e características de parcelamento, alterações das normas edilícias e regularização de construções, reformas ou ampliações executadas em desacordo com a legislação em vigor, permitindo uma adequação às especificidades de cada caso. No campo das práticas urbanas percebe-se que é necessário um maior conhecimento do instrumento da Operação Urbana Consorciada e dos procedimentos para a regularização de um empreendimento, visto as indefinições das contrapartidas. Esta situação pode afetar a interação entre interesses diversos, que visam ao bem estar da coletividade.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10.ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009.

BELO HORIZONTE. **Decreto nº 14.594** de 30 de setembro de 2011. Regulamenta o processo de licenciamento integrado de empreendimento de impacto, bem como o processo de licenciamento urbanístico, no Município de Belo Horizonte.

BELO HORIZONTE. **Lei nº 9.074** de 18 de janeiro de 2005 – Lei Anistia. Dispõe sobre a regularização de parcelamentos do solo e de edificações no Município de Belo Horizonte e dá outras providências.

BELO HORIZONTE. **Lei nº 9.725** de 15 de julho de 2009. Institui o Código de Edificações do Município de Belo Horizonte e dá outras providências.

BELO HORIZONTE. **Lei nº 9.959**, de 20 de Julho de 2010. Altera as leis nº 7165/96 – que institui o Plano Diretor do Município de Belo Horizonte - e nº 7166/96 – que estabelece normas e condições para parcelamento, ocupação e uso do solo urbano no Município -, estabelece normas e condições para a urbanização e a regularização fundiária das Zonas de Especial Interesse Social, dispõe sobre parcelamento, ocupação e uso do solo nas Áreas de Especial Interesse Social, e dá outras providências.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 11^a.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Lei nº 9.605**, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.

BRASIL. **Lei nº 10.257**, de 10 de julho de 2001 – Estatuto da Cidade. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes da política urbana e dá outras providências.

CASTILHO, José Roberto Fernandes. **Disciplina urbanística da propriedade: o lote e seu destino**. 3.ed. São Paulo: Pillares, 2010.

FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Org.). **Direito Urbanístico: estudos brasileiros e internacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FERRAZ, Luciano; Notas de Aula ministradas na disciplina de Direito Administrativo I, na Universidade Fumec, 2009.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvi. **A propriedade no direito ambiental**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2007.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais**. 4.ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009.

MARICATO, Ermínia; FERREIRA, João Sette Whitaker. **Operação Urbana Consorciada: diversificação urbanística participativa ou aprofundamento da desigualdade?**, 2002.

Disponível em:

<http://www.usp.br/fau/deprojeto/labhab/biblioteca/textos/ferreira_operacoesurbanasconsorc.pdf> Acesso em: 03 mar 2013.

MARQUES, Cláudia L.; MEDAUAR, Odete; SILVA, Solange T. **O Novo Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico: estudos em homenagem à Jacqueline Morand-Deviller**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 10.ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1998.

MUKAI, Toshio. **Direito Urbano e Ambiental**. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

NOHARA, Irene Patrícia. **Limites à razoabilidade nos atos administrativos**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2006.

PINTO, Victor Carvalho. **Direito Urbanístico: plano diretor e direito de propriedade**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

VERZOLA, Maysa Abrahão Tavares. **Sanção no direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2011.