



**ENAN
PUR 2023**
Belém 22 a 26 de maio



Os conflitos na gestão pública da “terra virtual”: o potencial construtivo adicional é bem público transferível ao patrimônio privado?

Thaís Fernanda Lopes

Mestre em Planejamento e Gestão do Território pela Universidade Federal do ABC

Sessão Temática 14: Conversões de uso da terra, conflitos fundiários e socioambientais

Resumo. O objetivo deste artigo é problematizar os conflitos sobre a destinação do potencial construtivo adicional em operações urbanas consorciadas. O estudo parte das questões emergidas da Operação Urbana Faria Lima como objeto de investigação. A questão que norteia este artigo é entender como se dá a transferência do potencial construtivo adicional aos agentes privados, tendo em vista os embates entre as teorias que sustentaram a formulação do conceito de solo criado. Dessa forma, a discussão está orientada pelas teorias jurídicas que discutem a separação ou não entre o direito de propriedade e o direito de construir e os seus reflexos na estruturação do instrumento da política urbana. Os resultados do presente estudo apontam que há divergências nas decisões do poder público quanto à forma de autorização do direito de construir acima do coeficiente básico definido pela lei municipal, problema central que justifica a presente análise por representar impactos diretos na gestão da “terra virtual”, termo utilizado para designar o conceito de solo criado. Diante das análises, nossas conclusões estão embasadas numa recuperação histórica do seu conceito que aponta para a ideia de incorporação do potencial construtivo adicional ao patrimônio privado por meio da alienação.

Palavras-chave. operações urbanas consorciadas; potencial construtivo adicional; direito de construir; instrumentos jurídicos.

Conflicts in the public management of "virtual land": is the additional building potential a public good transferable to private property?

Abstract. The objective of this article is to problematize the conflicts over the destination of additional construction potential in consorciated urban operations. The study starts from the issues emerged in the Urban Operation Faria Lima as an object of investigation. The question that guides this article is to understand how the transfer of additional building potential to private agents takes place, in view of the clashes between the theories that supported the formulation of the concept of created ground. Thus, the discussion is guided by the legal theories that discuss the separation or not between the right to property and the right to build and its effects on the structuring of the instrument of urban policy. The results of this study indicate that there are divergences in the decisions of the public authorities regarding the form of authorisation of the right to build above the basic coefficient defined by municipal law, a central problem that justifies the present analysis as it represents direct impacts on the management of "virtual land", a term used to designate the concept of created soil. In view of the analyses, our conclusions are based on a historical recovery of its concept which points to the idea of incorporating the additional construction potential into private property by means of disposal.

Keywords: consorciated urban operations; additional constructive potential; right to build; legal instruments.

Conflictos en la gestión pública del "suelo virtual": ¿es la edificabilidad adicional un bien público transferible a la propiedad privada?

Resumen. El objetivo de este artículo es problematizar los conflictos sobre el destino del potencial de construcción adicional en las operaciones urbanas consorciadas. El estudio parte de las cuestiones surgidas en la Operación

Urbana Faria Lima como objeto de investigación. La cuestión que guía este artículo es entender cómo se produce la transferencia de potencial de construcción adicional a los agentes privados, a la vista de los enfrentamientos entre las teorías que apoyaron la formulación del concepto de suelo creado. Así, la discusión se orienta por las teorías jurídicas que discuten la separación o no entre el derecho de propiedad y el derecho a construir y sus efectos en la estructuración del instrumento de política urbana. Los resultados de este estudio indican que existen divergencias en las decisiones de los poderes públicos en cuanto a la forma de autorización del derecho a edificar por encima del coeficiente básico definido por la legislación municipal, problema central que justifica el presente análisis por representar impactos directos en la gestión del "suelo virtual", término utilizado para designar el concepto de suelo creado. A la vista de los análisis, nuestras conclusiones se basan en una recuperación histórica de su concepto que apunta a la idea de incorporación del potencial de construcción adicional a la propiedad privada mediante su enajenación.

Palabras clave: operaciones urbanas consorciadas; potencial constructivo adicional; derecho a construir; instrumentos jurídicos..

1. Introdução

A Operação Urbana Consorciada poderá utilizar-se, como meio para atingir os seus objetivos, da emissão de certificados de potencial adicional de construção - CEPACs, títulos mobiliários alienáveis no mercado financeiro. Estabelece o Estatuto da Cidade que estes títulos serão convertidos em direito de construir na área da operação urbana consorciada, prevendo que o seu exercício é possível acima do coeficiente básico adotado até o máximo permitido.

Há intenso debate entre os autores do Direito Urbanístico, no entanto, sobre a natureza jurídica do “direito de construir” e sobre a que título este bem ou direto se transfere e se incorpora ao patrimônio do particular que aderiu ao programa da operação urbana consorciada. Há uma vertente que entende que o potencial construtivo adicional adquirido pela adesão à operação urbana consorciada é bem definitivamente incorporado ao patrimônio do privado, por meio de sua vinculação ao lote, podendo ser amplamente utilizado e negociado no mercado e, inclusive, ser objeto de sucessão legítima ou testamentária.

Neste contexto, o presente artigo pretende propor uma reflexão sobre os possíveis impactos no planejamento das cidades que decorrem desse entendimento tomando por base o caso da OUC Faria Lima que ilustra o debate e fornece contornos mais precisos às questões apresentadas.

A operação urbana consorciada utilizando-se do mecanismo de solo criado prevê a transferência ao particular de potencial construtivo adicional, direito este a ser adquirido mediante a conversão de Certificado de Potencial Adicional de Construção-CEPAC junto ao órgão municipal. Os recursos auferidos pelo Município com a transferência ao particular deste bem são, por sua vez, destinados a promover o conjunto proposto de intervenções e transformações urbanísticas, sociais e ambientais da operação urbana. Observe-se, contudo, que o Estatuto da Cidade, nos artigos que regulam este instrumento, não explicita a natureza jurídica do potencial construtivo, bem como a que título se dá a transferência deste potencial ao particular no âmbito das operações urbanas consorciadas, ficando tais aspectos sob a responsabilidade da legislação municipal que instituir o instrumento.

A reflexão que propomos exige um retorno aos fundamentos do instituto do “solo criado” que estão consignados na Carta de Embu e na decisão do Supremo Tribunal Federalⁱⁱ do ano de 2008. Para alguns autores do direito urbanístico, a natureza do potencial construtivo adicional como bem público resulta da noção de separação entre o direito de propriedade e o direito de construir, ideia que, já existente nos institutos internacionais semelhantes, e no Brasil, quando dos primeiros debates sobre solo criado, leva à compreensão que o direito de construir acima do coeficiente básico pertence à coletividade e, por tal razão, só pode ser acessado pelo particular diante de concessão ou autorização do poder público competente, no caso o Município. Há pelo menos três teorias que discutem esta separação entre o direito de construir e o direito de propriedade e os seus reflexos na atuação do poder público nas limitações ao direito de propriedade, que serão tratadas no próximo item.

No caso do Município de São Paulo, há na legislação urbana municipal uma diferença entre o regime do instrumento da Outorga Onerosa do Direito de Construir - OODC e o regime das Operações Urbanas Consorciadas, que tem como pilar este debate. A diferença reside na possibilidade de conversão do CEPAC em direito de construir de modo desvinculado da aprovação da edificação, o que não ocorre na OODC, cuja outorga está estritamente vinculada ao projeto apresentado. Trata-se da chamada “vinculação de CEPACs ao terreno”, conforme prevê o §2º do artigo 143 do Plano Diretor Estratégico - Lei nº 16.050/2014 e diversos dispositivos das operações urbanas consorciadas vigentes.

O conceito de vinculação do CEPAC ao lote não está claramente definido na lei o que permite a tese de que a vinculação realizada resulta em transferência definitiva e permanente do potencial construtivo adicional adquirido àquele lote. Isto é, a transferência ou “vinculação” do potencial construtivo adicional configura um direito perpétuo, preso ao imóvel, de construir naqueles novos patamares adquiridos. O fundamento desta tese é a natureza do potencial construtivo adicional como bem dominical.

Com isso, há quem argumente que no âmbito das operações urbanas consorciadas, sendo o potencial construtivo adicional um bem público dominical, a sua transferência corresponde a alienação onerosa ao particular, o que significa a definitiva incorporação do bem ao patrimônio privado. Não compartilhamos deste entendimento, sendo nosso objetivo neste artigo demonstrar a forma como o mecanismo do “solo criado” se incorpora no instrumento da operação urbana consorciada e a que título o potencial construtivo adicional ingressa no patrimônio privado, após a sua conversão por meio da apresentação do CEPAC. Além disso, também compreender os limites deste mecanismo quando inserido em um específico instrumento urbanístico e apontar algumas ausências normativas que impactam na questão. Busca-se demonstrar que, apesar das diferenças entre este instrumento e a Outorga Onerosa do Direito de Construir, o mecanismo utilizado do “solo criado” é o mesmo e, portanto, devem ter igual conceito e tratamento, nada obstante as diferenças de concepção que permeiam estes instrumentos.

2. Operações Urbanas: antecedentes históricos e a incorporação do mecanismo do solo criado

O instrumento *Operação Urbana Consorciada* é introduzido no ordenamento jurídico brasileiro em 2001 com a publicação do Estatuto da Cidade, mas sua origem e aplicação são reconhecidamente anteriores a esta lei. Já em 1986ⁱⁱⁱ foram instituídas em São Paulo as chamadas operações urbanas interligadas (e as operações urbanas integradas^{iv}), que podem ser consideradas as primeiras experiências brasileiras do instrumento, que, observe-se, estava previsto no Plano Diretor de São Paulo desde 1985. As operações urbanas interligadas tinham como objetivo estimular a provisão de unidades habitacionais de interesse social pelos proprietários de terrenos ocupados por favelas, por meio da autorização municipal de modificação de índices e características de uso e ocupação do solo para estes terrenos ou outros de sua propriedade.

A formatação deste instrumento na legislação brasileira sofreu influência de experiências internacionais que vinham sendo discutidas e implementadas nas décadas de 1970 e 1980, em especial da legislação francesa sobre as *Zônes d'Aménagement Concerté* – ZACs, instituídas pelo Código de Urbanismo Francês em 1967, e que têm como princípio norteador o “desenvolvimento conjunto”, isto é, ações concertadas entre poder público e operadores privados. As ZACs são áreas adquiridas pelo poder público para promover transformações e melhoria urbanas, que posteriormente são transferidas aos agentes privados como forma de recuperar os custos resultantes da valorização havida pelas intervenções realizadas.

Maricato e Ferreira (2002), apontam que apesar de ser pacífico entre os urbanistas brasileiros que a criação das operações urbanas no Brasil sofreu influência da experiência francesa, não é possível afirmar que as operações urbanas instituídas aqui correspondam a uma mera importação dos conceitos e regulamentações do instrumento francês. Há diferenças importantes entre o

contexto econômico e social da França e do Brasil que impactam nos resultados e na configuração dos instrumentos em cada país.

O desenho normativo das operações urbanas consorciadas, tal como atualmente consta do Estatuto da Cidade, passa também pelos debates e reflexões produzidos no Brasil durante as décadas de 1970 e 1980, por renomados juristas e urbanistas brasileiros, sobre o conceito de “solo criado”. Estes debates, que aconteceram principalmente em seminários realizados em São Sebastião, São Paulo e Embu, resultaram na produção de importante documento que ficou conhecido como a “Carta de Embu”, publicado em 1976, no qual se consolida o entendimento firmado sobre o conceito de solo criado, sobre a sua fundamentação jurídica e sobre a sua constitucionalidade. O “solo criado” tal como definido na Carta de Embu é considerado o embrião dos instrumentos da outorga onerosa e da transferência do direito de construir, também inseridos no Estatuto da Cidade em 2001.

Assim como as operações urbanas, a criação do conceito do solo criado sofre influência de outras experiências internacionais em curso nos EUA e Europa, que vinham sendo implementadas para conter os efeitos negativos da urbanização e promover maior controle sobre a terra urbana. Rezende et al, 2009 aponta que em todos os casos ou em parte substancial deles há subjacente a posição de que há a necessidade de separação entre o direito de construir e o direito de propriedade.

A importância de se consolidar, naquele momento, um entendimento teórico sobre a separação ou não do direito de construir residia na necessidade de encontrar um caminho jurídico para que fosse possível limitar o intenso adensamento que as cidades vinham sofrendo em função do surgimento de novas técnicas de construção que possibilitam o maior aproveitamento do terreno, especialmente aquelas voltadas para a construção de edifícios. Era certo que os impactos ocasionados pelo adensamento decorrentes dessas novas formas de construção seriam perversos para a qualidade de vida das pessoas nas cidades, onerando de forma significativa a infraestrutura urbana e ambiental. A compreensão predominante era a de que somente a autonomização do direito de construir tornaria possível disciplinar adequadamente a ideia de solo criado, de forma, inclusive, a responder aos obstáculos apontados pela doutrina civilista romanística, que defendia uma concepção clássica de propriedade, onde o direito de construir é entendido como inerente ao direito de propriedade, pois estão apoiados nas disposições do Código Civil, que além de conceder ao proprietário poderes de uso, gozo e livre disposição do bem, prevê que o seu correspondente direito de construir limitava-se tão somente pelo direito de vizinhança e pelos regulamentos administrativos^v.

Entretanto, segundo Marques Neto (2010), prevaleceu na formação do conceito de solo criado posição doutrinária intermediária, para a qual não há separação absoluta entre o direito de construir e o direito de propriedade. Para esta parcela da doutrina o direito de construir do proprietário está limitado a um patamar a ser estabelecido pelo poder público e que acima dele o direito de construir pertence à coletividade e não mais ao particular, razão pela qual o seu uso pode ser condicionado a uma compensação (que pode ser financeira) ao poder público. Esta posição é semelhante à adotada pela experiência francesa quando da criação do instituto *plafond légal de densité* (“limite de densidade legal”), que estabelecia que para edificar acima do teto de densidade estabelecido era preciso uma autorização do poder público e pagar uma contrapartida que era denominada “*versement pour dépassement du PLD (VPLD)*” (Costa, 2014).

No outro extremo, os juristas que defendiam a completa separação do direito de propriedade do direito de construir, argumentando que o segundo é integralmente de propriedade da coletividade e, portanto, qualquer edificação no lote deve estar subordinada ao crivo e autorização do Poder Público. Esta posição foi defendida pelo jurista Eros Grau, que participou intensamente dos debates e seminários sobre o instituto do solo criado. Entretanto, Marques Neto (2010) esclarece que esta posição acabou sendo descartada pela conclusão aprovada pelos participantes de um seminário realizado pelo GEGRAN (Grupo Executivo de São Paulo), no ano de 1975, em que se

reconheceu que o direito de propriedade é composto pelo direito de construir, mas o uso e disposição deste direito deve ser limitado por meio de lei ordinária.

As operações urbanas são então concebidas a partir da incorporação do mecanismo do solo criado na sua forma de estruturação. Lembramos que, mesmo antes da publicação do Estatuto da Cidade, já existiam experiências com o instrumento. Em São Paulo, durante a década de 1990, foram instituídas 04 operações urbanas: a do Vale do Anhangabaú, da Faria Lima, da Água Branca e Centro^{vi}. A Operação Urbana Faria Lima, por exemplo, conceituava o instrumento como *um conjunto integrado de intervenções coordenadas pela Prefeitura, por intermédio da Empresa Municipal de Urbanização – EMURB, com a participação dos proprietários, moradores, usuários e investidores em geral, visando a melhoria e a valorização ambiental da área de influência*” e conceituava também o potencial construtivo adicional (solo criado) como *a área de construção computável passível de ser acrescida à permitida pela legislação vigente e que poderá ser outorgada nos termos desta lei*”^{vii}. Também esta operação urbana já previa a emissão do Certificado de Potencial Adicional de Construção -CEPAC, explicitando que tais certificados seriam convertidos nos metros quadrados de área de construção computável dentro do perímetro da operação urbana e vinculados a lote específico e, ainda, que estes certificados poderiam ser livremente negociados até a efetiva vinculação ao lote. Entretanto, em que pese os CEPACs já constarem da lei desde 1995, tem-se que a sua efetiva aplicação ocorreu somente anos mais tarde, após a publicação do Estatuto da Cidade, quando as Operações Urbanas Faria Lima e Água Espraiada foram transformadas em operações urbanas consorciadas. Até este momento, as contrapartidas deveriam ser pagas em dinheiro, conforme previa o decreto regulamentador da operação urbana instituída em 1995. Dada as características das operações urbanas de São Paulo é possível afirmar que o mecanismo do solo criado já estava incorporado às operações urbanas antes do Estatuto da Cidade, mesmo quando o pagamento das contrapartidas ocorriam em dinheiro.

Alguns anos depois o Estatuto da Cidade institui as Operações Urbanas Consorciadas, consolidando um modelo específico de intervenção urbana caracterizado pela participação dos agentes privados e a utilização dos recursos oriundos do capital privado para a promoção dos objetivos previstos pelo instrumento (COSTA, 2014). A definição do instrumento apresentada pela lei federal corrobora esta compreensão, na medida em que estabelece que se consideram operações urbanas consorciadas *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 de transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental*.

A regulamentação federal das operações urbanas consorciadas trata de reconhecer a possibilidade de utilização do mecanismo do solo criado na estruturação do instrumento, quando prevê que poderão ser modificados índices e características de parcelamento, uso e ocupação do solo e subsolo. Esta ideia é reforçada quando estabelece que a lei específica que aprovar a operação urbana poderá prever a emissão de certificados de potencial adicional de construção, que poderão ser alienados em leilão ou utilizados diretamente no pagamento das obras necessárias à própria operação. Prevê, ainda, que *os certificados de potencial adicional de construção serão livremente negociados, mas conversíveis em direito de construir unicamente na área objeto da operação*.

Nestes termos, temos que os certificados de potencial de construção correspondem, segundo COSTA (2014) a contrapartida à possibilidade de criar solo no âmbito das operações urbanas consorciadas. Contudo, remanescem debates sobre a natureza jurídica do solo criado nas operações urbanas consorciadas e sobre a forma como este potencial se transfere ao patrimônio privado.

3. Operações Urbanas no Município de São Paulo: Plano Diretor de São Paulo e a Operação Urbana Faria Lima

Compreender a regulamentação das operações urbanas no Município de São Paulo nos ajudará a fixar melhor os conflitos e os debates que pretendemos apontar em torno da transferência do potencial construtivo adicional aos agentes privados. Em sendo o Estatuto da Cidade uma lei de diretrizes gerais é somente no campo da regulamentação local do instrumento que é possível explicitar com mais precisão onde tais conflitos residem. Assim, trataremos a seguir sobre como estão estruturadas as operações urbanas consorciadas no Município de São Paulo, em especial no Plano Diretor. Na sequência, trataremos da Operação Urbana Faria Lima, considerando que esta operação surgiu antes do Estatuto da Cidade, mas foi posteriormente a sua publicação reeditada para atender aos ditames da lei federal. Portanto, trata-se de operação urbana que, para além de ter sido considerada como uma das mais exitosas (sobre o ponto de vista de arrecadação de recursos^{viii}), foi concebida originalmente ainda na esteira dos debates sobre a formulação do conceito de solo criado.

O Plano Diretor vigente do Município de São Paulo^x, publicado no ano de 2014, regulamentou as operações urbanas consorciadas nos seus artigos 137 a 143. Em linhas gerais, a regulamentação do instrumento no município segue os contornos delineados pela lei federal, mas estabelece um regramento aderente à estratégia da política urbana municipal, como por exemplo, a determinação de as operações urbanas consorciadas só podem ser criadas na Macroárea de Estruturação Metropolitana.

Especificamente sobre a outorga do potencial construtivo adicional, prevê o artigo 140, que a mesma será regida exclusivamente pelas disposições de suas leis específicas. Porém, determina que a lei específica esclareça as regras de transição do regime jurídico da operação urbana consorciada para o regime jurídico ordinário da Lei de Parcelamento, Uso e Ocupação do solo aplicáveis ao final de cada operação urbana^x.

Além disso, quando trata da possibilidade de emissão dos Certificados de Potencial Adicional de Construção – CEPAC, prevê que a vinculação dos CEPACs poderá ser realizada no ato da aprovação do projeto de edificação específico para o terreno ou, a pedido do interessado, os CEPACs poderão ser vinculados diretamente ao terreno, de modo desvinculado da aprovação do projeto de edificação.

Observe-se que o Plano Diretor não esclarece o que precisamente corresponde a expressão “vinculação de potencial construtivo adicional diretamente ao terreno”, mas a ideia se contrapõe ao conceito alternativo de que o CEPAC poderá ser vinculado ao projeto de edificação (tal como ocorre exclusivamente na outorga onerosa do direito de construir). De todo modo, nos parece que a decisão sobre a forma de vinculação do CEPAC deve estar definida na lei específica que a instituir. Ainda sobre este tema, prevê o Plano Diretor que a lei específica também poderá estabelecer mecanismos de estímulo ou desestímulo a vinculação de CEPACs em função do tempo decorrido entre o leilão do CEPAC e a sua vinculação. Por fim, ainda é preciso destacar que determina o Plano Diretor que seja editada norma geral regulamentando as operações relativas aos CEPACs, norma esta que ainda não foi editada.

Para entender a estruturação das operações urbanas consorciadas no Município de São Paulo é importante também nos socorrermos das definições apresentadas pelo Plano Diretor de alguns elementos imprescindíveis na formação do instrumento. O Quadro 1 do PDE, que condensa todas estas definições, apresenta algumas definições fundamentais para a aplicação do instrumento: (i) coeficiente de aproveitamento, como sendo a relação entre a área edificada, excluída a área não computável, e a área do lote e o divide em coeficiente de aproveitamento básico (aquele que resulta do potencial construtivo gratuito inerente aos lotes e glebas urbanos), coeficiente de aproveitamento máximo (como aquele que não pode ser ultrapassado) e o coeficiente de aproveitamento mínimo (abaixo do qual o imóvel poderá ser considerado subutilizado).

O conceito de coeficiente básico é aquele aderente ao que Marques Neto (2010) aponta como sendo o reflexo da ação da teoria intermediária acerca da separação do direito de propriedade e o direito de construir, conforme apresentamos em nosso primeiro item. Outro conceito fundamental

para o estudo é o de contrapartida financeira, que segundo o PDE, é o *valor econômico, correspondente à outorga onerosa de potencial construtivo adicional, a ser pago ao Poder Público pelo proprietário de imóvel, em espécie ou em Certificados de Potencial Adicional de Construção – CEPAC*. Observe-se que, nos termos do Plano Diretor Municipal, a contrapartida financeira é o valor econômico da outorga onerosa do potencial construtivo adicional, o que torna clara a utilização do mecanismo da outorga onerosa do direito de construir dentro da operação urbana consorciada. A definição de outorga onerosa, por sua vez, estabelece que sua natureza é de *concessão, pelo Poder Público, de potencial construtivo adicional acima do resultante da aplicação do coeficiente de aproveitamento básico, até o limite de aproveitamento máximo, de alteração de uso e parâmetros urbanísticos, mediante pagamento de contrapartida financeira*.

A definição de outorga onerosa do Plano Diretor é bastante semelhante a definição de solo criado que constou da Carta de Embu, que definiu solo criado como *toda edificação acima do coeficiente único, quer envolva ocupação de espaço aéreo, quer a de sub-solo*. No caso de São Paulo, o solo criado situa-se entre o coeficiente básico e o coeficiente máximo (a ser definido para cada operação urbana instituída).

Por fim, há de se destacar a definição dada pelo plano diretor para o potencial construtivo adicional. A definição apresenta o potencial construtivo adicional como *bem jurídico dominical, de titularidade da Prefeitura, com funções urbanísticas e sociambientais, sendo considerado como correspondente à diferença entre o potencial construtivo básico e máximo do lote*. Esta definição consta do Quadro 1, mas também está prevista no artigo 116 do Plano Diretor, inserido na subseção que trata do instrumento da Outorga Onerosa do Direito de Construir.

Trata-se de definição legal que inova na configuração da natureza jurídica do solo criado constituindo-o como um bem dominical fazendo referência a uma classificação tradicional dos bens públicos existente no Código Civil brasileiro, que os classifica quanto ao uso ou afetação. Adiante, trataremos mais claramente acerca das implicações desta definição pelo Plano Diretor e a sua repercussão nos conceitos do instrumento da operação urbana. Antes, trataremos da Operação Urbana Faria Lima, primeiramente sobre a sua formatação original, estabelecida pela Lei nº 11.732/1995 e, depois, pela Lei nº 13.769/2004 que teve como objetivo adequar a Operação Urbana Faria Lima aos ditâmes do Estatuto da Cidade. Este olhar sobre as duas operações urbanas da Faria Lima nos ajudará a compreender como o mecanismo de vinculação de CEPACs ao terreno se projetou ao longo do tempo, mesmo após novo regramento das operações urbanas trazido pelo Estatuto da Cidade e como o Plano Diretor de 2014 o encampou em suas disposições.

A Lei 11.732 publicada no ano de 1995 instituiu a Operação Urbana Faria Lima e o seu artigo 1º, estabeleceu a sistemática e o conceito de seu funcionamento, conforme já transcrevemos neste artigo. Para alcançar os objetivos previstos, o art. 6º desta lei autorizou que o Poder Executivo efetuasse, de forma onerosa, a outorga de potencial de construção e alteração de parâmetros urbanísticos, como meio de obter os recursos necessários para viabilizar as intervenções previstas na Operação Urbana Faria Lima.

Entre os dispositivos legais consta um que prevê que a outorga de potencial construtivo ocorre por meio da sua vinculação a lote específico. De fato, o procedimento da outorga, mesmo na sistemática atual das leis vigentes das Operações Urbanas Consorciadas, corresponde a “vinculação de potencial adicional de construção e parâmetros urbanísticos ao lote”, que resulta na expedição de Certidão, documento que comprova o pagamento da outorga e atesta a totalidade do potencial adicional de construção e dos demais parâmetros urbanísticos adquiridos para comprovação perante o órgão municipal responsável pelo licenciamento edilício.

A mesma sistemática foi mantida para a Operação Urbana Consorciada Faria Lima. A ideia de vinculação do potencial adicional de construção a um lote específico aparece na Lei nº 13.769/2004 que a instituiu^{xi}, mas também no Decreto nº 53.094/2012, que prevê expressamente que a emissão da Certidão de Pagamento da Outorga Onerosa em CEPACs não depende da existência prévia de qualquer pedido de licenciamento edilício. Neste sentido, a certidão emitida

tem a função, tão somente, de atestar o pagamento da contrapartida da operação urbana e de demonstrar a “vinculação” do potencial construtivo adicional (e de eventuais outros parâmetros urbanísticos passíveis de obtenção) a um lote.

De toda essa sistemática do instrumento da operação urbana consorciada é possível extrair que há, no Município de São Paulo, duas formas distintas de “vinculação” da outorga onerosa do direito de construir: uma que se dá no momento da obtenção da licença do projeto de edificação e outra que permite a vinculação do potencial construtivo adicional com base na exclusiva indicação do lote onde este direito de construir será exercido. Em regra, nas Operações Urbanas ou mesmo nas Operações Urbanas Consorciadas (criadas após Estatuto da Cidade) construiu-se a ideia exclusiva de vinculação ao lote de forma completamente dissociada do momento de licenciamento edilício, isto é, do projeto de edificação.

Historicamente, há então uma diferença entre como se dá a outorga onerosa do direito de construir (OODC) e o mecanismo de outorga onerosa do potencial construtivo adicional vinculado às Operações Urbanas. No caso do instrumento da Outorga Onerosa do Direito de Construir, o pagamento da outorga está estritamente vinculado ao licenciamento edilício e o pagamento da contrapartida se dá no processo do pedido de aprovação do projeto de edificação e fica, portanto, vinculada a ele. Por este motivo, o instrumento da Outorga Onerosa do Direito de Construir segue a mesma sorte do projeto específico. Neste sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo^{xii}, inclusive, já decidiu pela impossibilidade de restituição de valor pago pelo agente privado a título de Outorga Onerosa do Direito de Construir de projeto que não foi executado e que, em função das intensas modificações, teve de ser submetido a novo licenciamento edilício. Entendeu o Tribunal de Justiça que o eventual direito de construir acima do coeficiente básico do terreno, assim como a contrapartida associada a este direito, perecem no caso de desistência do projeto, extinção por caducidade do alvará, não cumprimento das exigências legais ou qualquer outra razão que importe no não prosseguimento no exercício da licença obtida.

Por outro lado, no caso do mecanismo da outorga vinculada às operações urbanas o entendimento é divergente. A histórica ideia de vinculação do potencial construtivo ao lote gerou a percepção de que o potencial construtivo adicional é um bem autônomo que se vincula ao terreno de forma definitiva quando há a conversão dos CEPACs em direito de construir com o respectivo pagamento da contrapartida. Há autores, inclusive, que defendem a ideia de que potencial construtivo adicional (solo criado) constitui-se em bem civil imaterial e autônomo, com valor econômico.

Esta posição nos leva a avaliação sobre se a chamada vinculação do potencial construtivo ao lote possui caráter definitivo e irrevogável, ou seja, ingressa em seu patrimônio como um bem adquirido por meio de alienação do poder público. Nesta última hipótese, temos que o potencial construtivo adicional poderia ser considerado um bem sobre o qual o agente privado adquire sua propriedade e pode livremente negociá-lo no mercado (desvinculado da própria propriedade?) e inclusive transmiti-lo aos seus herdeiros.

O próximo item pretende apresentar estes entendimentos divergentes e problematizar os vários entendimentos doutrinários acerca de a que título se transfere ao privado o potencial construtivo adicional e apontar eventuais impactos no planejamento das cidades resultantes do entendimento de que o potencial construtivo adicional é objeto de alienação ao privado.

4. Os debates sobre a natureza potencial construtivo adicional: bem público ou direito de construir, alienação ou autorização?

Inicialmente, registramos que entendemos que a questão colocada guarda fundamental importância. As Operações Urbanas Consorciadas contam, em tese, com potencial construtivo adicional limitado, pois o estoque de potencial construtivo a ser disponibilizado no perímetro da OUC deve contar com estudos de impacto sobre o adensamento que irão causar, de forma a avaliar se a infraestrutura urbana existente e a eventualmente projetada como melhoria urbana serão suficientes a suportar o adensamento resultante da disponibilização do estoque construtivo.

Em Operações Urbanas longínquas, como é o caso, por exemplo, da Operação Urbana Faria Lima (que está em vigor há mais de 20 anos, se contabilizarmos a sua versão anterior ao Estatuto da Cidade), em que são lançados vários leilões de CEPACs, as modificações da estrutura urbana tendem a se renovar e a reutilização de um potencial construtivo vinculado no âmbito deste instrumento pode surgir como uma oportunidade rentável ao empreendedor imobiliário, sendo, dessa forma, plausível a utilização da tese de que o mecanismo do solo criado nas operações urbanas importam a sua alienação ao empreendedor privado.

Esta, entretanto, não é uma tese nova. Desde os debates sobre a constituição do mecanismo de solo criado no Brasil, já relatados neste artigo, há alguma divergência entre os autores sobre a natureza deste instituto. Marques Neto (2010), defende que o solo criado se constitui como um ativo patrimonial diferente da propriedade do imóvel correspondente. Para este autor, por tratar-se de bem intangível (ou imaterial) autônomo ele é passível de alienação pelo poder público (justamente por meio da outorga onerosa), sendo também passível de alienação pelos proprietários que o adquiriram. Para ele, trata de bem em comércio, porém escasso, razão pela qual deverá ponderar o poder público acerca da sua alienação.

Vale registrar que, acerca do conceito de alienação de bens públicos, entende este autor (MARQUES NETO, 2009) que esta deve ser entendida como a transferência de domínio do bem, por qualquer negócio jurídico previsto no direito, fazendo com que o bem público o deixe de ser e passe a ser titularizado por outrem que não a pessoa jurídica de direito público. Não se trata, portanto, de uma forma de outorga do uso do bem, o que pressuporia a possibilidade de retomada pelo poder público.

Também Aparecido Jr (2017), entende que o potencial construtivo adicional é coisa imaterial, com valor econômico e que pode ser objeto de uma relação jurídica patrimonial. Para este autor, constitui-se também em um direito autônomo em relação ao direito de propriedade. Por ser bem incorpóreo, consistindo em uma potencialidade dos lotes urbanos, não pode ser confundido com a própria edificação. Aparecido Jr. (2017) esclarece que o potencial construtivo uma vez vinculado ao lote, por meio, por da conversão do CEPAC ou até mesmo da outorga onerosa do direito de construir, torna-se uma espécie de acessão ao terreno, incorporando-se definitivamente ao direito do proprietário, por tratar a acessão de modo de aquisição da propriedade.

Também neste sentido, Grau (1977), analisando as possibilidades de transferência do solo criado aos particulares, a partir das considerações e debates havidos nos seminários para a formulação da Carta de Embu, exclui formas de transferência como a autorização ou a permissão de uso, por constituírem-se em ato administrativo discricionário e precário, também afasta a possibilidade de licença, já que esta se presta a conferir ao particular a realização de atividades específicas. Para Grau (1977), tampouco pode ser considerada a concessão de uso, pois esta pressupõe a cessão de uso de imóvel de domínio público a particular. Assim, para este autor o que se dá na outorga do solo criado é a venda de um bem determinado, isto é, a transferência de um patrimônio mediante a respectiva remuneração. O jurista acrescenta, ainda, que o problema apenas residiria na necessidade de criação de um sistema flexível de negociação de tais direitos pelo setor público.

Seabra Fagundes (1977), por sua vez, entende que não deve ser tornado autônomo o direito de construir em relação ao direito de propriedade. Entende que a finalidade do solo criado é criar limitações ao exercício do direito de propriedade, sob pena de esvaziar-se o direito de propriedade.

Por fim, Costa (2014), argumenta que o solo criado não existe por si mesmo. O solo criado, isto é, a faixa compreendida entre o coeficiente de aproveitamento básico e o coeficiente de aproveitamento máximo, é estipulado por meio de lei pelo poder público como estratégia de desenvolvimento urbano em determinados perímetros da cidade. Não se trata, portanto, de bem jurídico autônomo ou dissociado do direito de construir. Neste sentido, para este autor a mera utilização pelo particular deste mecanismo não lhe constitui requisito de existência. Costa (2014) destaca que, tanto é assim, que caso o poder público decida não estabelecer coeficiente superior ao básico para determinados perímetros da cidade não haverá que se falar de solo criado.

Importante destacar que os autores estudados reconhecem a constitucionalidade das limitações impostas ao direito de propriedade e ao direito de construir do proprietário pelo estabelecimento de regra urbanística (entenda-se estabelecimento de coeficiente básico), pois trata-se claramente de limitação que decorre da aplicação da função social da propriedade, tal como se aponta desde os primeiros debates sobre o solo criado. Também não se olvida que o potencial construtivo adicional cumpre funções urbanísticas e ambientais essenciais para a cidade.

Neste sentido, Martins Refinetti e Magami (2022) exploram as bases fundamentais urbanísticas e ambientais do potencial construtivo adicional, demonstrando como corresponde a importante mecanismo para a política urbana e para as estratégias de desenvolvimento urbano a serem colocadas em prática por meio dos diversos instrumentos urbanísticos que contemplam o mecanismo do solo criado.

A par disso, a definição sobre a que título se transfere o potencial construtivo adicional, em especial no âmbito das Operações Urbanas Consorciadas, é de rigor, pois como se viu mesmo os autores que apostam nas funções urbanísticas do solo criado entendem que o mecanismo importa a sua transferência definitiva ao patrimônio privado.

Nos parece que é papel das leis específicas que instituírem as operações urbanas consorciadas e também dos Planos Diretores Municipais refletirem sobre as estratégias de transferência deste ativo aos agentes privados. No âmbito do direito, as consequências jurídicas decorrentes da alienação de bens importam na possibilidade de ampla negociação deste ativo no mercado, bem como na possibilidade de transmissão sucessória.

Outro aspecto que deve ser avaliado é a possibilidade de negociação do potencial construtivo adicional como bem autônomo dissociado do direito de propriedade e os impactos que este entendimento pode ocasionar na dinâmica das regulações urbanísticas da cidade. É importante considerar que se tratado o potencial construtivo como acessão dar-se-á a este lote, de forma permanente, um outro patamar de coeficiente de aproveitamento básico, ainda que o poder público municipal entenda, anos mais tarde, que é importante reduzir o adensamento daquela área. Este entendimento leva à possibilidade de o proprietário, por exemplo, demolir e reerguer as construções com o mesmo coeficiente de aproveitamento obtido também de forma permanente.

O Município de São Paulo parece caminhar neste sentido quando estabelece o conceito de potencial construtivo adicional como bem dominial. A classificação do bem público como bem dominial significa que estes são desprovidos de qualquer afetação e, portanto, integram o patrimônio público disponível, isto é, que possui apenas interesse patrimonial.

A ideia de vinculação do potencial construtivo ao terreno reforça esta compreensão e é contraditória, inclusive, com a ideia de que este bem concentra funções urbanísticas e ambientais relevantes.

Pretendemos, com esse debate, ter contribuído na formação e consolidação de uma concepção clara da natureza jurídica do potencial construtivo adicional, tendo em vista as suas funções públicas urbanísticas e ambientais, de forma que repercuta diretamente no modo de transferência deste bem aos particulares. Por fim, como já apontamos, esta reflexão partirá das operações urbanas consorciadas do Município de São Paulo que, pelo histórico e complexidade, permitem a melhor observação desta problemática e dos seus efeitos no instrumento e no planejamento urbano da cidade, além do que esta questão foi objeto de um caso concreto. Contudo, não se limita a ela, tendo em vista a obscuridade das práticas em relação às teorias.

5. Referências

APPARECIDO JÚNIOR, José Antonio. **Direito urbanístico aplicado**: os caminhos da eficiência jurídica nos projetos urbanísticos. Curitiba: Juruá, 2017.

COSTA, José Maria da. Solo Criado. São Paulo: Migalhas, 2014.

_____. Direito Urbanístico: estudos fundamentais. Odete Medauar, Vitor Rhein Schirato, Luiz Felipe Hadlich Miguel, Bruno Grego-Santos (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2019.

GRAU, Eros Roberto. Aspectos jurídicos da noção de solo criado. In: O Solo Criado/Carta de Embu. São Paulo: Fundação Prefeito Faria Lima; Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal (CEPAM), 1977.

MARICATO, Erminia; FERREIRA, João Sette Whitaker. **Operação Urbana Consorciada: diversificação urbanística participativa ou aprofundamento da desigualdade?** In: OSÓRIO, Letícia Marques (org.). Estatuto da Cidade e reforma urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras. Porto Alegre/São Paulo, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens Públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas.** Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Outorga onerosa do direito de construir (solo criado).** In: Dallari, Adilson Abreu; Ferraz, Sérgio (Coords). Estatuto da Cidade: comentário à Lei Federal 10.257/2001. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MARÓSTICA STROHER, Laisa Eleonora. **A constituição social da financeirização urbana no Brasil: o papel das Operações Urbanas com Cepac.** Tese de Doutorado. Universidade Federal do ABC. Santo André, 2019.

MARTINS REFINETTI, Maria Lucia; MAGAMI, Douglas Tadashi. Solo Criado em São Paulo: terra virtual produzindo espaço e desigualdade. **Cadernos da Metrópole.** São Paulo, v. 25, n.56, pp.143/163.

REZENDE, Vera F.; FURTADO, Fernanda; OLIVEIRA, Maria Tereza C.; JORGENSEN JR, Pedro. A outorga onerosa do direito de construir e o solo criado: uma necessária avaliação das matrizes conceituais. **Revista Brasileira de Estudos Urbanos e Regionais.** Recife, v. 11, n. 2, 2009, pp. 51-71.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. **Aspectos jurídicos do solo criado.** Rio de Janeiro, Revista de Direito Administrativo, nº 129, 1977.

SÃO PAULO (Município) (2014). Lei n. 16.050, de 31 de julho. Aprova a Política de Desenvolvimento Urbano e o Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo e revoga a Lei n. 13.430/2002. Disponível em: <https://gestaourbana.prefeitura.sp.gov.br/marco-regulatorio/plano-diretor/>. Acesso em: 2 jun 2019.

ⁱ E dos demais direitos urbanísticos que a lei autoriza o acesso aos particulares por meio das operações urbanas.

ⁱⁱ STF, RE 387047/SC –Relator: Ministro Eros Grau, data de julgamento: 06/03/2008, DJe; 30/04/2008

ⁱⁱⁱ Lei municipal nº 10.239, de 09 de dezembro de 1986

^{iv} Segundo COSTA (200x), as operações urbanas integradas são aquelas que ocorrem pela iniciativa do Município ou mediante proposta da iniciativa privada. Neste último caso, a expressiva maioria dos proprietários de lotes ou glebas poderão apresentar propostas de interesse público, desde que sejam por eles financiada a infraestrutura necessária à viabilização do empreendimento.

^v O CC em seu art. 1228 prevê que “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”. O art. 1.299, que trata do direito de construir, prevê que “O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprovar, salvo o direito dos vizinhos e regulamentos administrativos.

^{vi} As mencionadas operações urbanas foram instituídas pelas seguintes leis municipais, respectivamente: Lei nº 1.091/1991, Lei nº 11.732/1995, Lei nº 11.774/1995 e Lei nº 12.349/1997.

^{vii} Lei nº 11.732, de 14 de março de 1995 – art. 1º e art. 2º.

viii Há, entretanto, diversas pesquisas críticas a este instrumento, demonstrando que o suposto sucesso de arrecadação não se converteu efetivamente em melhorias e transformações urbanas que atendessem à população mais vulnerável. Sobre isso, ver MARÓSTICA STROHER (2019).

ix Lei municipal nº 16.050, de 31 de julho de 2014.

x Art. 141, XVI do PDE de 2014.

xi O art. 7º, §1º da Lei nº 13.769/2004 prevê que os CEPACs serão convertidos, a critério do seu detentor, em quantidade de metros quadrados de área adicional de construção computável no caso de aumento de potencial construtivo, estabelecidos em função de um lote específico.

xii Apelação nº 1013904-47.2019.8.26.0053 julgada pela 3ª Câmara de Direito Público, em 19 de fevereiro de 2021.