

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA E O SOLO CRIADO

*Vanyelza Mesquita Bueno**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Breve relato histórico do Direito de Propriedade. 2.1 Surgimento do Direito de Propriedade; 2.2 Conceito de Propriedade. 3 O princípio da função social da propriedade. 3.1 O Princípio da Função Social da Propriedade; 3.2 A Constitucionalização do Direito Civil; 3.3 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; 3.4 A "Repersonalização" do Ordenamento Jurídico. 4 A evolução Constitucional brasileira na disciplina do Direito de Propriedade e sua função social nas Constituições de 1824-1988. 5 O Estatuto da Cidade. 6 Solo criado. 6.1 Origem e Conceito; 6.2 O Solo Criado no Estatuto da Cidade. 7 Da outorga onerosa do direito de construir. 7.1 Coeficiente de Aproveitamento; 7.2 Alteração do Uso do Solo; 7.3 Condições para Outorga Onerosa; 7.3.1 Fórmula de cálculo para cobrança; 7.3.2 Casos passíveis de isenção; 7.3.3 A contrapartida do usuário e sua natureza; 7.4 A Destinação dos Recursos Obtidos. 8 Transferência do direito de construir. 9 Conclusão.

Palavras-chave: Propriedade urbana, Solo criado, Estatuto da Cidade.

1 INTRODUÇÃO

Intimamente ligada à subsistência e, portanto, à própria vida do homem, a propriedade desde os tempos mais remotos tem sido importante objeto de investigação por parte dos estudiosos dos mais variados ramos da ciência. Entre os estudiosos do Direito, o tema vem merecendo destaque, principalmente em razão da gradativa alteração atribuída ao instituto, partindo-se do pressuposto de direito absoluto e exclusivo, influenciado pela concepção individualista, preconizada pela orientação romana, até o estágio do Direito hodierno, consagrador de sua função social.

A propriedade de hoje, certamente, não é mesma de antigamente e, as profundas mudanças por ela sofrida, exsurtem do processo denominado de Constitucionalização do Direito Civil, em prol da sua "repersonalização", concebida pela valorização da pessoa humana sobre os direitos patrimoniais.

A propriedade não é uma instituição única, mas sim, expressão genérica, compreendida por outras diferenciadas. Assim, devido à amplitude

* Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Maringá - PR. Trabalho apresentado como resultado da integração entre o Programa de Mestrado e o curso de Graduação de Direito da UEM.

do tema, o presente estudo desenvolverá uma análise centralizado na propriedade urbana e no cumprimento de sua função social.

Neste sentido, buscar-se-á compreender as formas pelas quais o ordenamento jurídico dispõe para o alcance deste desiderato.

Muito embora, a Constituição Federal de 1988 tenha consagrado o referido princípio e no Capítulo destinado a Política Urbana delineado com clareza os instrumentos que se colocavam à disposição para o alcance deste fim, faltavam-lhes a regulamentação exigida pela própria Carta Magna.

Neste contexto, entrou em vigor a Lei n.º 10.257/2001, denominada de Estatuto da Cidade (EC), promulgada para regulamentar os Art(s) 182 e 183 da CF e assegurar o uso da propriedade urbana em benefício do bem coletivo, da segurança e do bem-estar do cidadão, bem como do equilíbrio ambiental (Art.1º, parágrafo único, EC), com o objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais das cidades e da propriedade urbana (Art.2º, EC).

Nestes termos, diante das maneiras disponibilizadas pelo Estatuto da Cidade para a efetivação da função social da propriedade urbana, apontam-se a outorga onerosa do direito de construir e a transferência do direito de construir, como objetos deste estudo. Os instrumentos ora mencionados compreendem o instituto denominado, genericamente, de solo criado, que preconizado desde a década de 70, ganhou maior aplicabilidade com o advento do Estatuto da Cidade.

2 BREVE RELATO HISTÓRICO DO DIREITO DE PROPRIEDADE

2.1 Surgimento do Direito de Propriedade

Para uma melhor compreensão do tema, inicialmente, faz-se necessário uma breve abordagem histórica acerca da evolução do conceito de direito de propriedade. Destaca-se que este conceito está estritamente ligado com o momento histórico de cada povo, decorrente diretamente da sua organização política.

Consoante a lição de Darcy Bessone¹, a propriedade evolui, da coletividade para o indivíduo, através de três estágios sucessivos. A concepção de propriedade no Direito Romano também evolui da coletividade ao indivíduo, passando pela família, como etapa intermediária. No entanto, há divergência doutrinária quanto a sua concepção originária, pois segundo alguns autores, até nos tempos mais antigos, a propriedade sempre foi absoluta e exclusiva, centrada no indivíduo. Neste sentido, cita-se

¹ BESSONE, Darcy. *Direitos Reais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p.17.

Padelletti: “Sendo de rejeitar-se a suposição de que, em época histórica, ou na que imediatamente a precedeu, não tenha existido senão uma propriedade comunal, e que a propriedade privada se estabeleceu com a admissão da plebe no Estado”².

Todavia, esta opinião não procede entre os doutrinadores que sustentam o coletivismo originário da propriedade na Roma primitiva, ou pelo menos, a fase de comunhão familiar. Portanto, seguindo as orientações de Clóvis Beviláqua³, distingue-se três modalidades de utilização da terra nos primeiros tempos de Roma.

A primeira modalidade denomina-se comunhão agrária, em que todos os membros da tribo podem utilizar-se do solo, explorando-o em comunidade e dividindo os frutos cultivados. Em seguida, surge a propriedade familiar centralizada na figura do pater familias. O patriarca dirige a cultura do imóvel, no entanto, não pode alienar em vida nem transmitir por testamento, uma vez que o bem é da família e não dele, pessoalmente. Derradeiramente tem-se a modalidade denominada de propriedade individual.

Arnoldo Medeiros discorre sobre os aspectos particulares da propriedade, neste período: “[...] corresponde a uma espécie de soberania territorial, constituindo uma esfera jurídica fechada dominada pelo pater família, cuja autoridade inicialmente sofria restrições. A ordem jurídica do Estado não penetrava nos limites domus, gozando a propriedade quiritária inclusive de imunidade fiscal, pois a cobrança do imposto seria uma diminuição à onipotência política do chefe de família”⁴.

Com o decorrer dos tempos, com o crescimento da população e com a extensão do domínio político sobre os povos vencidos, o Direito Romano foi se modificando e juntamente com ele a concepção de direito de propriedade. Levando ao desaparecimento dos regimes coletivos e familiares, subsistindo exclusivamente o individual.

O regime, então vigente, caracteriza-se pela livre disposição pelo proprietário de seu patrimônio e o direito absoluto de prevalecer contra todos.

Sobre a propriedade individual do Direito Romano, ensina-nos o doutrinador Darcy Bessone que no “Direito Romano mais antigo, a propriedade se referia às coisas móveis, que se transferiam, de mão em mão, através da mancipatio. Registrou-se curiosa evolução, pela qual a mancipatio passou a ter por objeto, principalmente os imóveis (terras e acessórios, incluindo escravos, animais de carga e tração, instrumentos agrícolas). Ela

² PADELETTI apud BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Coisas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 103.

³ BEVILÁQUA, Clóvis, op. cit., p. 103.

⁴ MEDEIROS, Arnoldo apud OLIVEIRA, José Lopez. *Curso de Direito Civil - Direito das Coisas*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980, p. 76.

era uma solenidade em que, na presença do libripens (porta-balança), se transmitia a propriedade, com o testemunho de cinco pessoas, que, segundo alguns romanistas, representavam as cinco classes romanas”⁵.

Por fim, ressaltando o caráter individual da propriedade romana, importante são as palavras de Darcy Bessone⁶: “No direito romano, a propriedade foi tipicamente individualista. A própria expressão domínio indica a dominação da coisa, considerada absoluta. Entendiam os romanos que a propriedade conferia ao proprietário a plenitude do uso, gozo e disposição”.

Ademais, muito embora segundo alguns autores a propriedade romana inicialmente tenha se exercitado de maneira coletivista, o caráter individualista foi o que efetivamente predominou sobre a concepção de propriedade, assim considerada como exclusiva e absoluta.

Na Idade Média a propriedade perde o seu caráter unitário e exclusivista.

A partir do século XVIII, a escola do Direito Natural passa reclamar leis que definam o conceito de propriedade, restaurando-se, então, o conceito romanista de propriedade unitária. Como consequência, o Código de Napoleão traça a conhecida concepção extremamente individualista do instituto. Assim, dispunha o artigo 544 do referido diploma legal Francês: “A propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas do modo mais absoluto, desde que não se faça uso proibido pelas leis ou regulamentos”⁷.

Importante destacar que as idéias revolucionárias juntamente como o referido Código repercutiram em todos os ordenamentos jurídicos baseados no Diploma Civil Francês.

O individualismo exagerado pregado pelos romanos e reafirmado pelo Código Francês, perde força no século XIX com a revolução e o desenvolvimento industrial, bem como, pela introdução das doutrinas socializantes acerca do conceito de propriedade.

A concepção que parecia então inatingível tem-se alterado para alcançar o conceito de propriedade como função social. Atualmente, este instituto evolui para um tipo que muito se distancia da concepção tradicional, ganhando este importante conteúdo social, que até então não possuía.

2.2 Conceito de Propriedade

O conceito de propriedade tem propiciado certas discussões que se alastram ao longo do tempo, tendo em vista, que tanto a legislação nacional

⁵ BESSONE, Darcy, op. cit, p.19.

⁶ Ibidem, p. 23.

⁷ BESSONE, Darcy. Direitos Reais apud VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direitos Reais*. São Paulo: Atlas. 1995, p. 113.

como a estrangeira, até então, não definiram o que realmente seja propriedade. A doutrina, identicamente, se abstém de proferir um conceito definido, limitando-se a afirmação de ser uma dominação jurídica, representando o direito real mais amplo, compreendido pelo domínio do indivíduo sobre determinada coisa, a qual encontra-se submetida à vontade do proprietário.

Neste sentido, assim, Silvio Rodrigues conceitua a propriedade: “Trata-se como é óbvio, de um direito real, ou seja, de um direito que recai diretamente sobre a coisa e que independe para o seu exercício, de prestação de quem quer que seja. Ao titular de tal direito é conferida a prerrogativa de usar, gozar e dispor da coisa, bem como reivindicá-la de quem quer que injustamente a detenha”⁸.

Nota-se que o conceito conferido a propriedade, confunde-se com as faculdades que dela refletem a favor do proprietário. Desta forma, afirma-se que tanto o Código Civil de 1916 como o de 2002 abstiveram-se em defini-la, se preocupando somente em determinar as faculdades conferidas ao seu titular, enumerando em traços gerais os poderes do proprietário. Aliás, este é o sentido que deflui do artigo 524 CC/1916 e do artigo 1.228, CC/02, em que decorre-se da propriedade direitos em favor do seu titular compreendidos pelo *jus utendi* (direito de usar), *jus fruendi* (direito de gozar), *jus abutendi* (direito de dispor) e o *jus reivindicandi* (direito de reaver o bem do poder de quem injustamente o possua).

Diante de tais direitos é possível identificar a natureza do direito de propriedade que há tempos foi compreendida como um direito absoluto, exclusivo e perpétuo.

A característica absoluta do direito de propriedade compreende-se pelo poder mais amplo que o titular possui sobre a coisa de desfrutar e dispor dela como bem entender. O caráter absoluto da propriedade se completa com a exclusividade, isto é, o exercício do direito de propriedade sem concorrência com outro titular, já que o direito de um proprietário sobre determinado bem exclui o direito de outro sobre o mesmo bem, ressalvando a hipótese de condomínio. Ainda, se diz que o direito de propriedade é perpétuo, uma vez que subsiste independente do seu exercício.

Tais características incorporadas pela nossa legislação são resultado em primeiro plano da forte influência romanística acompanhado posteriormente pelas normas insculpidas pelo Direito Francês, consagrador do princípio individualista da propriedade, conferindo ao seu titular uso exclusivo, perpétuo e absoluto.

No entanto, atualmente as características ora apontadas não se apresentam com a mesma feição do direito romano e napoleônico, até

⁸ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil - Direito das Coisas*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 73.

porque com o transcurso do tempo, acompanhado por mudanças políticas, sociais e econômicas, o direito de propriedade sofreu importantes transformações e ganhou nova visão, tendo o individualismo inicialmente apregoado, cedido lugar ao novo papel funcional do instituto.

Dai a afirmação da indiscutível relativização das características e faculdades acima explicitadas, pois com o advento da Constituição Federal/88, tornou-se inadmissível que sob uma óptica egoísta, tais faculdades transgridam os interesses coletivos em exaltação ao particular e ao individual, uma vez que a palavra de ordem da atualidade é a funcionalização da propriedade.

Seguindo a nova concepção da propriedade privada, instituída pela ordem constitucional vigente, o Código Civil/2002, muito embora, mais uma vez, somente tenha determinado as faculdades inerentes ao direito de propriedade, preocupou-se em seu artigo 1.228, § 1.º⁹, em condicionar o seu exercício as finalidades econômicas e sociais da propriedade privada.

A atual concepção conferida ao instituto é decorrência lógica da aplicação do Direito Civil interpretado à luz da Constituição Federal, a qual condiciona o exercício do direito de propriedade ao cumprimento do princípio da função social.

3 O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

3.1 O Princípio da Função Social da Propriedade

Foi Léon Duguit, em 1911, quem criou a teoria da propriedade-função, oferecendo outra perspectiva ao direito de propriedade, negando-lhe o seu caráter subjetivo.

O eminente doutrinador defendia a idéia de que os direitos só se justificavam em razão de seu fim social, obrigando o proprietário a disponibilizar a sua propriedade no sentido do bem-estar social.

O célebre mestre, citado por Orlando Gomes, explica, lapidarmente, o assunto: "A propriedade deixou de ser direito subjetivo do indivíduo e tende a se tornar a função social do detentor da riqueza mobiliária e imobiliária; a propriedade implica para todo detentor de uma riqueza a obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza social e para a interdependência social. Só o proprietário pode executar uma certa tarefa social. Só ele pode aumentar a riqueza geral utilizando a sua própria; *a propriedade não é, de modo algum, um direito intangível e sagrado, mas um*

⁹ Art. 1.228, § 1º, CC/02: "O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas".

direito em contínua mudança que deve modelar sobre as necessidades sociais às quais deve responder”¹⁰ (grifou-se).

É oportuno esclarecer que as novas concepções propostas por Duguit, não eram totalmente inéditas, pois tiveram como embasamento inicial o positivismo jurídico de Augusto Conte, que em obra publicada em 1850, ensinava que a propriedade deveria ser considerada “uma indispensável função social, destinada a formar e administrar os capitais, pelos quais, cada geração prepara os trabalhos da seguinte”¹¹.

Preconizada, há tempos, por Conte e Duguit, a propriedade-função ocupa hoje o centro do novo discurso proprietário em nosso ordenamento jurídico, tendo sido, especialmente, elevada ao rol dos princípios constitucionais inseridos na Carta Magna de 1988, a ser estudado em capítulo específico.

E, a partir de tal concepção desenvolve-se o entendimento de que o princípio da função social, na sua concreção, resulta na colocação de certas imposições, quer sejam negativas ou positivas, ao exercício do direito, imprimindo ao seu proprietário o dever de fazer ou deixar de fazer algo para o alcance do bem coletivo: “O que mais releva enfatizar, entretanto, é o fato de que o princípio da função social da propriedade impõe ao proprietário - ou a quem detém o poder de controle, na empresa - o dever de exercê-lo em benefício de outrem e não, apenas, de não o exercer em prejuízo de outrem. Isto significa que a função social da propriedade atua como fonte da imposição de comportamentos positivos - prestação de fazer, portanto, e não, meramente, de não fazer - ao detentor do poder que deflui da propriedade”¹².

Ainda, quanto ao tema é interessante esclarecer que embora alguns doutrinadores entendam que a função social é uma limitação ao direito de propriedade, sustenta-se que ela não se confunde com os sistemas de restrições da propriedade.

Assim, no dizer de Orlando Gomes, a função social não se confunde com as limitações do direito de propriedade, pois atingem o exercício do direito de propriedade, ao passo que a função social afeta a própria substância do direito proprietário, constituindo-se no seu fundamento, na sua justificação, na sua *ratio*: “As limitações, os vínculos, os ônus e a própria relativização do direito de propriedade constituem dados autônomos que atestam suas transformações no direito contemporâneo, mas que não

¹⁰ GOMES, Orlando. *Direitos Reais* apud GASPAR, Walter. *Resumo de Direito das Coisas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996, p. 71.

¹¹ CONTE, Augusto apud CARNEIRO, Ruy de Jesus Marçal. *Organização da Cidade - Planejamento Municipal - Plano Diretor - Urbanificação*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 36.

¹² PELINGIERI, Pietro apud CORTIANO JUNIOR, Eroulthes. *O Discurso Proprietário e suas Rupturas: Prospectiva e Perspectivas do Ensino do Direito de Propriedade*. 2001. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 95.

consubstanciam um princípio geral que domine a nova função do direito com reflexos na sua estrutura e no seu significado e que seja a razão pela qual se assegura ao proprietário a titularidade do domínio”¹³.

Nesta mesma esteira, José Afonso da Silva, afirma que “limitações dizem respeito ao exercício do direito, ao proprietário, enquanto a função social interfere com a estrutura do direito mesmo”¹⁴.

Sem embargos à discussão doutrinária apresentada, na realidade, fundamental é compreender que a função social da propriedade faz parte da essência e do conteúdo do direito de propriedade, de sorte, que passa a integrar seu conceito jurídico, determinando a ocorrência de profundas alterações em sua estruturação, caracterizada pelas modernas tendências na busca do equilíbrio entre o interesse individual e social¹⁵.

3.2 A Constitucionalização do Direito Civil

As profundas alterações sofridas pelo instituto da propriedade exsurtem da decadência da dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado denominada Constitucionalização do Direito Civil, em prol da sua “repersonalização”, concebida pela supremacia da pessoa humana sobre os direitos patrimoniais.

Pelo processo de Constitucionalização do Direito Civil entende-se que os novos valores propugnados pela ordem constitucional vigente são considerados como princípios supremos de todo ordenamento jurídico, devendo nortear toda a nossa legislação e qualquer disposição em contrário deve ser afastada, sob pena de afetar a unidade do sistema jurídico, tornando-se, deste modo, inaceitável a contraposição entre o direito público e o direito privado.

As normas constitucionais supremas estendem sua incidência a todo o sistema jurídico vigente, alcançando áreas classicamente consideradas como privadas. O conteúdo normativo da Constituição vincula tanto os entes privados tanto quanto os entes públicos, de modo que seus contornos

¹³ GOMES, Orlando apud CORTIANO JUNIOR, Eroulthes. *O Discurso Proprietário e suas Rupturas: Prospectiva e Perspectivas do Ensino do Direito de Propriedade*. 2001. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 95-96.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1982, p. 65.

¹⁵ Na lição de Frederico Spantigati, citado por da Silva, a função social da propriedade urbana “constitui um equilíbrio entre o interesse privado e o interesse público que orienta a utilização do bem e predetermina seus usos, de sorte que se pode obter, nos modos de vida e nas condições de moradia dos indivíduos, um desenvolvimento pleno da personalidade. Nesta construção está claro que o interesse do indivíduo fica subordinado ao interesse coletivo por uma boa urbanização, e que a estrutura interna do direito de propriedade é um aspecto instrumental no respeitante ao complexo sistema da disciplina urbanística”. (SPANTIGATI, Frederico apud SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1982, p. 68)

moldam e adequam inafastavelmente a legislação, importando, necessariamente, na interpretação das disposições normativas enumeradas pelo Código Civil à luz do texto constitucional¹⁶.

No tocante ao direito de propriedade assevera José Afonso da Silva que “[...] as profundas transformações impostas às relações de propriedade privada, sujeita, hoje, à estreita disciplina do Direito Público, que tem sua sede fundamental nas normas constitucionais. Em verdade a Constituição assegura o direito de propriedade, mas não é isso, pois como assinalamos, estabelece também seu regime fundamental, de tal sorte que o Direito Civil não disciplina a propriedade, mas tão-somente as relações civis a ela referentes”¹⁷.

A releitura dos estatutos fundamentais do Direito Privado é útil e necessária para a compreensão da superação do sistema clássico que se projetou para as instituições e funções da vida privada, especialmente no aspecto tocante a propriedade.

Portanto, cumpre ressaltar que o processo de constitucionalização importou em relevantes consequências à ordem jurídica nacional, posto que o direito de propriedade passou a ser interpretado segundo os postulados inerentes ao diploma constitucional, isto é, focalizando a função social a ser cumprida em respeito à dignidade da pessoa humana.

3.3 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Na atualidade, outra não é a importância conferida ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, pois há uma expressiva tendência dos ordenamentos em reconhecer o ser humano como o centro e o fim do Direito. Essa inclinação encontra-se consagrada pela adoção, como valor básico do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana.

O constitucionalismo brasileiro, não ficou alheio ao tema e desde de 1934, tem procurado abarcá-lo no texto constitucional. Neste sentido, o legislador constituinte de 1988 o consagrou, estabelecendo que o Estado Democrático de Direito que instituiu apresentava, como fundamento, a dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III, CF).

O texto constitucional em seu Art. 5º, III, afirma que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, assim, importa concluir que o Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em função do Estado. Aliás, de maneira pioneira, o legislador constituinte, para reforçar a idéia anterior, colocou, topograficamente, o

¹⁶ Ibidem, p. 43.

¹⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 276.

capítulo dos direitos fundamentais antes da organização do Estado, destacando a sua importância.

Neste contexto, toda e qualquer ação do ente estatal deve ser avaliada, sob pena de inconstitucional e de violar a dignidade da pessoa humana. Ela é, assim, paradigma avaliativo de cada ação do Poder Público e um dos elementos imprescindíveis de atuação do Estado brasileiro.

A dignidade da pessoa humana é, por conseguinte, o núcleo essencial dos direitos fundamentais e, segundo Jorge Miranda é “a fonte ética, que confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais”¹⁸. Daí falar-se, em consequência, na centralidade dos direitos fundamentais dentro do sistema constitucional, que eles apresentam não apenas um caráter subjetivo, mas também cumprem funções estruturais e, segundo Francisco Fernandes Segado constituem “condições necessárias para a atuação do Estado constitucional democrático”.¹⁹

Como consequência lógica, a interpretação dos demais preceitos constitucionais e legais há de fazer-se à luz daquelas normas constitucionais que proclamam e consagram direitos fundamentais.

Como visto, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é considerado como fundamental e, portanto apresenta indiscutível função de diretriz hermenêutica, isto é, vincula a interpretação de todo ordenamento jurídico em conformidade com o seu conteúdo, para o fim de traduzir a repulsa constitucional às práticas, imputáveis aos poderes públicos ou aos particulares, que visem a expor o ser humano, enquanto tal, em posição de desigualdade perante os demais, a desconsiderá-lo como pessoa, reduzindo-o à condição de coisa, ou ainda a privá-lo dos meios necessários à sua manutenção.

3.4 A “Repersonalização” do Ordenamento Jurídico

Como consequência da consagração constitucional da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, decorreu o fenômeno denominado de “repersonalização” ou “transpersonalização” do Direito, atualmente inserido como ponto central da ordem jurídica vigente, todavia, nem sempre a pessoa humana ocupou esse papel de destaque.

¹⁸ MIRANDA, Jorge apud SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.Br/doutrina/texto>>. Acesso em: 03 dez. 2002 às 21h.

¹⁹ SEGADO, Francisco Fernandes apud SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.Br/doutrina/texto>>. Acesso em: 03 dez. 2002 às 21h.

Segundo nos informa Gustavo Tepedino, o direito romano não tratou dos direitos da personalidade aos moldes hoje conhecidos, de modo que esta categoria constitui-se construção recente, fruto de elaborações doutrinárias germânica e francesas da segunda metade do século XIX²⁰.

Compreendem-se, sob a denominação de direitos de personalidade, os direitos atinentes à tutela da pessoa humana considerados essenciais à sua dignidade e integridade. Em outras palavras são “os direitos supremos do homem, aqueles que garantem a ele a fruição de seus bens pessoais. Em confronto com os direitos a bens externos, os direitos da personalidade garantem a fruição de nós mesmos, asseguram ao indivíduo a senhoria da sua pessoa, a atuação das próprias forças físicas e espirituais”.²¹

A partir da Constituição Federal de 1988 o Direito brasileiro deixa de enfatizar a preocupação com os interesses patrimoniais para dar ênfase aos interesses existenciais do indivíduo.

Em respeito ao texto constitucional que consagrou a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil (Art. 1º, III, CF), elevando-o à categoria de princípio fundamental, parece lícito considerar a personalidade não como um novo reduto de poder do indivíduo, no âmbito em que se exerce a sua titularidade, mas como valor máximo do ordenamento, capaz de submeter toda lei e atividade pública ou privada a novos critérios de validade.

Diante da nova realidade jurídica posta pela CF/1988 destoava o Código Civil/1916, pois redigido à luz do Estado Liberal era essencialmente patrimonialista. O próprio livro que tratava do Direito de Família, colocava o patrimônio à frente dos valores pessoais, em 151 dos 290 artigos.

Entretanto, já o novo Código Civil, seguindo as orientações constitucionais, colocou o ser humano como centro das relações jurídicas. A preocupação fundamental deixa de ser a proteção ao patrimônio da pessoa, para resgatar sua dignidade, ou seja, resgatar a pessoa como ser ontológico. Neste sentido, dedicou um capítulo específico aos direitos da personalidade (Art(s) 11 a 21), dentre os princípios gerais que devem orientar a doutrina e a jurisprudência pátria.

Neste novo contexto, é que se visualiza o fenômeno da “repersonalização” do ordenamento jurídico vigente, compreendido pelo deslocamento de enfoque das legislações do aspecto patrimonial para a pessoa humana, de modo que o Direito Civil passa a centrar-se na dignidade da pessoa humana em detrimento da patrimonialidade. Daí a se dizer que a

²⁰ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.24.

²¹ Ibidem, p. 30.

despatrimonialização²² do direito civil é, portanto, sua “repersonalização”, cujo valor máximo é a pessoa e não a proteção ao patrimônio.

E de acordo com essas novas diretrizes, valoriza-se mais o interesse coletivo do que o individual, assim, considerando o texto constitucional vigente, tem-se que o direito individual não pode ser exercido, nem mesmo concebido em prejuízo da coletividade, o que demonstra a sua supremacia na política social contemporânea.²³

Portanto, é de acordo com os postulados constitucionalmente consagrados que a nova propriedade urbana deve ser interpretada, de maneira que não possa mais ser visualizada senão atrelada à dignidade da pessoa humana, e a efetivação de sua função social.

4 EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA NA DISCIPLINA DO DIREITO DE PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL NAS CONSTITUIÇÕES DE 1824 - 1988

Influenciado pela concepção individualista e absoluta preconizada pelo Direito Romano, nosso ordenamento jurídico, durante muitos anos, seguiu a risca a orientação romanística de propriedade, no particular aspeto de direito individual inviolável.

Segundo Luiz Edson Fachin²⁴ é consenso doutrinário que as Constituições brasileiras, desde 1824 até 1934, consagraram a característica individualista do instituto, orientada pela linha do art. 17 da Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão.²⁵

A primeira Constituição brasileira, outorgada em 1824 durante o período imperial, apresentava normas transpostas quase que literalmente da declaração francesa de 1789. A Carta Imperial enfeixava em seu cerne, o direito de propriedade, garantindo-o em toda sua plenitude.

Sem maiores alterações formais, a primeira Constituição Republicana de 1891 tratou da matéria no artigo 72, § 17, nos seguintes termos: “O direito de propriedade mantém-se em toda sua plenitude, salvo a

²² Para Pietro Perlingieri, “a despatrimonialização é a tentativa de reconstrução do direito civil, não como tutela das situações patrimoniais, mas como um dos instrumentos garantidores do desenvolvimento livre e digno da pessoa humana”. (PERLINGIERI, Pietro apud BERCOVICI, Gilberto. A Constituição de 1988 e a Função Social da Propriedade. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 06, jul./set. 2001, p. 69-84).

²³ ARONE, Ricardo, op cit., p. 45.

²⁴ FACHIN, Luis Edson apud MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao Direito de Propriedade*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 70.

²⁵ “Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização” (Ibidem, p.70).

desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia”²⁶.

A partir do final do século XIX e início do século XX, o mundo passou por uma intensa transformação, sobretudo, no que diz respeito aos novos valores econômicos e ideais jurídicos determinados pelo fim da Primeira Grande Guerra.

Este período refletiu em expressivo desenvolvimento legislativo, com o surgimento de inúmeras disposições, quer no Direito Civil ou Administrativo, que atingiam frontalmente noções e conceitos fundamentais atinentes ao direito de propriedade, expressando claramente os novos propósitos da ordem política e jurídica que se iniciavam.

Historicamente, entre todas as Constituições do mundo, a primeira adotar a função social da propriedade foi a Constituição de Weimar, que por influência Soviética, em 11 de agosto de 1919, inscreveu, enfaticamente, em seu texto, que a propriedade obriga.

A partir, destes momentos históricos, teve-se na legislação brasileira a promulgação de importantes leis e Códigos, tais como, o de Caça e Pesca, Florestal, de Minas e de Águas, os quais representaram verdadeiras exceções aos princípios básicos do nosso Código Civil, então vigente, objetivando atenuar a característica individual do direito de propriedade, possibilitando o maior aproveitamento desses recursos em benefício do interesse nacional comum.

Influenciada pelos novos ideais, foi promulgada a Carta Magna de 1934, que ocasionou verdadeira revolução referente aos princípios norteadores do direito de propriedade, pois assim, prescrevia em seu artigo 113, §17: “É garantido o direito de propriedade, *que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo*, na forma que a lei determinar”²⁷ (grifou-se).

Nos mesmos moldes das garantias estabelecidas pela Constituição de 1934, a Carta Magna de 10 de novembro de 1937, por sua vez, também assegurou o papel social da propriedade, determinando a sua regulamentação, por meio de leis ordinárias que condicionavam o seu uso e exercício.

Elaborada após a fase ditatorial do Estado Novo, a Carta Constitucional de 18 de setembro de 1946 foi profundamente influenciada pelas idéias decorrentes do final da Segunda Guerra Mundial, cujos princípios visavam atender os valores de natureza econômicos-sociais. Assim, foi conservado no texto constitucional a evolução jurídica-social nas mesmas linhas, anteriormente, traçadas por outras Constituições.

²⁶ Ibidem, p. 70.

²⁷ Ibidem, p. 71.

O diploma magno de 1946 contemplou a função social da propriedade, passando de uma concepção liberal para subordiná-la a fins que ultrapassavam o domínio voluntarístico do proprietário. Embora, garantida como direito fundamental, à propriedade privada foram impostas limitações.

A Constituição de 1946 conferiu a este instituto, inequivocamente, um caráter altamente socializante, atribuindo-lhe verdadeira função social, pois permitiu a desapropriação além dos casos comuns por interesse sociais e condicionou o uso da propriedade ao bem-estar social, admitindo a sua justa distribuição com igual oportunidade para todos.

Nestes termos, assinala Albenar Ribeiro da Cunha que “[...] a diretiva traçada pela Constituição de 1946 não se afastou do que já haviam assentado as Constituições de 1934 e 1937 - no tocante ao direito de propriedade - conferindo a este um sentido social amplo, claro, elevado, distanciado do conceito esposado pelo Código Civil - restrito, exclusivista, ilimitado”²⁸.

Em 1967, seguindo a orientação da evolução jurídica - constitucional, a nova Carta Magna ressaltou entre os princípios fundamentais da ordem econômica e social, a finalidade de realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, a função social da propriedade, mantida “ipsis literis” pela Constituição de 1969²⁹.

Da análise ora realizada acerca da evolução constitucional, nota-se que está definitivamente consagrado em nosso direito, o princípio da função social da propriedade, segundo proclama-se não apenas vantagens para o proprietário, mas também lhe impõe obrigações, sujeitando e condicionando o seu uso ao interesse geral.

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho “[...] isto significa que a propriedade não é a da concepção absoluta, romanística, e sim a propriedade encarada como uma função eminentemente social [...]. Reconhecendo a função social da propriedade, a Constituição não nega o direito exclusivo do dono sobre a coisa, mas exige que o seu uso seja condicionado ao bem-estar geral. Não ficou, portanto, o constituinte longe da concepção tomista, segundo a qual o proprietário é um procurador da comunidade para a gestão de bens destinados a servir a todos, embora pertençam a um só”³⁰.

O legislador constituinte, neste mesmo caminho, acompanhando a evolução socializadora da propriedade, disciplinou a matéria na Constituição de 1988 e, em uma formalização inédita na história constitucional pátria, inverteu a ordem das normas constitucionais, antecedendo as disposições

²⁸ CUNHA, Albenar Ribeiro apud MALUF, Carlos Alberto Dabus, op. cit., p.75.

²⁹ Ibidem, loc. cit.

³⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 166.

definidoras de direitos às de organização estatal. Regulamentou, portanto, os direitos e garantias fundamentais antes mesmo de organizar o exercício do poder público, numa clara demonstração do interesse pela realização da cidadania, o que lhe valeu a alcunha de Constituição Cidadã³¹.

Seguindo a linha garantidora dos direitos sociais, consignou em seu artigo 5º, XXII, a garantia ao direito de propriedade, sem torná-la, no entanto, intangível sob a ótica do Poder Público, pois previu e regulamentou as hipóteses de ingerência estatal nos bens de domínio particular, quando necessário para consecução do bem comum.

Consigne-se que mesmo mantendo a norma constitucional do direito da propriedade, vinculou-a ao atendimento do bem-estar social, assegurando deste modo, a sua função social, pois assim, consagrou em seu artigo 5º, inciso XXIII, o que se segue: “A propriedade atenderá a sua função social”.

Além de prevista como direito individual, a propriedade foi também incluída na qualidade de princípio da ordem econômica, ficando, portanto, condicionada à consecução dos seus objetivos, quais sejam, assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Portanto, com o advento da Constituição de 1988, atualmente, mais do que em outros tempos, a propriedade ganhou cunho eminentemente socializante, não mais devendo ser encarada como um direito individualista, mas sim, concebido em favor do bem comum.

A propósito manifesta-se Gustav Radbruch que “[...] hoje, mais firmemente do que ontem, quando aparecia de forma esmaecida, o princípio da ‘função social da propriedade’ está efetivamente encartado na Lei Maior, em topografia apropriada, permitindo que o Estado possa fazer valer o primado do interesse coletivo no exercício e utilização da propriedade privada, diminuindo, por via de consequência, a força individual desta, consolidando, portanto, a supremacia do interesse público sobre o particular”³².

Desta feita, a consagração do princípio da função social impõe a propriedade um novo paradigma, compreendido pelo seu condicionamento ao cumprimento de um fim social previamente definido em lei, considerando a supremacia do interesse público sobre o particular.

Todavia, não quis o legislador constitucional ao prever tal princípio, desnaturar tão importante instituição, suprimindo-lhe conteúdo mínimo³³, de

³¹ MOTTA, Maria Clara de Mello. *Concelto Constitucional de Propriedade: Tradição ou Mudança?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 48.

³² RADBRUCH, Gustav apud CARNEIRO, Ruy de Jesus Marçal, op. cit., p. 39.

³³ Segundo José Afonso da Silva “[...] o princípio da função social não autoriza a suprimir, por via legislativa, a instituição da propriedade privada. Por outro lado, em concreto, o princípio também não autoriza esvaziar a propriedade de seu conteúdo essencial mínimo, sem

modo, que concretamente assegurou entre os direitos e garantias fundamentais o direito de propriedade, somente condicionando-a a uma missão social.

Neste sentido, Gustavo Tepedino manifesta o seu entendimento salientando que a "propriedade constitucional não se traduz numa redução quantitativa dos poderes do proprietário, que a transforme em uma 'mini-propriedade', mas ao reverso, revela uma determinação conceitual qualitativamente diversa, na medida em que a relação jurídica da propriedade, compreendendo interesses não-proprietários (igualmente ou predominantemente) merecedores de tutela, não pode deixar de ser examinada. [...] se tais observações forem verdadeiras, como parecem, redimensiona-se também o discurso sobre o 'conteúdo mínimo da propriedade', às vezes considerado como núcleo inatacável de poderes remanescentes, um verdadeiro confim além do qual o direito não mais poderia ser 'violado', ou 'reduzido' pelo legislador ordinário"³⁴.

No entanto, mesmo diante da forte dicção constitucional, o princípio da função social, com base no caput do Art. 182/CF, carecia para o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e para garantia do bem-estar de seus habitantes, de lei posterior que a regulamentasse. A partir de 10.07.2001 com o advento do Estatuto da Cidade as diretrizes gerais destinadas a Política Urbana foram especificadas, de modo a disciplinar as diversas maneiras pelas quais a propriedade urbana cumpre a sua função social.

5 ESTATUTO DA CIDADE

Na busca de uma vida melhor o homem migra do campo para a cidade. Ao longo do século XX o Brasil passou por um acelerado processo de ocupação urbana, quase sempre desacompanhada de um procedimento de urbanização adequado e de instalação de equipamentos públicos que viabilizassem esse adensamento, agravando o quadro de exclusão social, marginalização e violência.

Nota-se que a sociedade brasileira passou e ainda passa por uma rápida e intensa urbanização, gerando como consequência nefasta aos redores das cidades cosmopolitas cinturões de pobreza e miséria, sem as mínimas condições de habitabilidade.

O que se observa deste processo acelerado é que os municípios não estavam e não estão preparados para tamanha demanda. Não havia e não há,

indenização, porque este está assegurado pela norma de sua garantia". (SILVA, José Afonso. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 66.)

³⁴ TEPEDINO, Gustavo, op. cit., p. 286.

infra-estrutura suficiente para acolher a imensidão de pessoas que a cada ano se aglomeram em volta dos grandes centros urbanos. Neste contexto, surge o processo de favelização, concentrando a população urbana em volta da periferia, sem qualquer infra-estrutura e condições dignas de sobrevivência.

Portanto, diante do caos urbano, provocado pelo crescimento desordenado das regiões urbanas e pelo inchaço populacional nos grandes centros, surge a necessidade da interferência jurídica na relação homem e cidade, na tentativa de viabilizar um desenvolvimento equilibrado.

A ordenação do espaço exsurge como crucial neste milênio, em decorrência do surgimento de megacidades e da cornubação³⁵. Desta maneira, se a finalidade do Direito é determinar regras que permitam aos homens a vida em sociedade, o Direito Urbanístico impõe-se como prevenção ao surgimento de conflitos decorrentes do crescimento das cidades e remédio para os problemas que já se instalaram pela ausência ou deficiência de planejamento³⁶.

Assim, surge um cenário de leis voltadas para o planejamento urbano, dentre elas, após quase onze anos em tramitação, entra em vigor a festejada Lei n.º 10.527 de 10.07.2001, denominada de Estatuto da Cidade³⁷.

O EC regulamentou os Art(s) 182 e 183 da CF, estabelecendo normas gerais para os Municípios efetivarem, segundo as suas características e necessidades locais, o disposto em seu Plano Diretor.

No dizer de Régis Fernando de Oliveira a edição da lei teve como pressuposto o exercício do direito de propriedade condicionando a uma finalidade³⁸. Desta forma, ao determinar a utilização dos imóveis urbanos direcionados a um fim social, a norma impõe ao proprietário uma obrigação de fazer, asseverando ser a função social um dos fundamentos de legitimação da propriedade.³⁹

Na expressão de Cleide Previtalli Cais: “a função social da propriedade, consagrada sem meias palavras pela Constituição vigente, representa, em síntese, a ligação das normas urbanísticas com as normas sociais”⁴⁰.

³⁵ É o entrelaçamento da malha urbana de várias cidades, fazendo com que os aglomerados urbanos unam-se formando uma megalópole.

³⁶ SÉGUIN, Elida, op. cit., p. 21.

³⁷ O legislador ordinário não ignorou a história de produção das cidades e suas desastrosas consequências, e na tentativa de reverter este quadro, elaborou o EC, que por meio de vários instrumentos pretende intervir nesta realidade e transformá-la, buscando alcançar a sustentabilidade urbano - ambiental e a justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização dentre os objetivos do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade.

³⁸ OLIVEIRA, Régis Fernandes, op. cit., p. 9.

³⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Temas de direito urbanístico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p.21.

⁴⁰ PREVITALLI, Cleide apud CARNEIRO, Ruy de Jesus Marçal, op. cit., p. 38.

Consoante ao estudo já realizado acerca da evolução do instituto da propriedade, no panorama atual, observa-se que seu papel primordial, instituído pela Lei Maior, é a consecução de um fim social. No que diz respeito à propriedade urbana, este desiderato será alcançado mediante a observação das diretrizes gerais e aplicação dos instrumentos da política urbana estabelecidos pelo EC.

6 SOLO CRIADO

6.1 Origem e Conceito

Devido ao progressivo e desordenado desenvolvimento urbano, propiciado pela ausência de planejamentos das cidades, onde, no Brasil, a ênfase foi à industrialização e não ao planejamento, surgem inúmeros problemas sociais, entre eles a inadequada utilização do solo urbano, que urge por solução. Aliando a este desenvolvimento, o avanço tecnológico, compreendido pela arte que o homem possui de construir e captar espaços propiciou em nossos dias o surgimento de edificações em pisos artificiais, sobrepostos ou subpostos, como unidades autônomas, a partir do solo natural, gerando como consequência nefasta o desequilíbrio ecológico e destruição da dimensão humana das cidades. Desta maneira, na tentativa de solucionar tais problemas, através de um melhor ordenamento na utilização do solo urbano e no direito de edificar surgem as primeiras idéias acerca do solo criado.

A origem do instituto remonta a década de 70, em que muito se discutiu sobre o assunto. No Brasil os primeiros que cogitaram a respeito do tema foram Eros Roberto Grau, Antônio Carlos Cintra do Amaral e Jorge Bartholomeu Carneiro da Cunha, em seminário realizado no início de 1975, do antigo Grupo Executivo da Grande São Paulo - GEGRAN⁴¹.

A formulação mais acabada do conceito de solo criado é de autoria de Eros Grau, Grau, que a desenvolveu inicialmente a partir da observação da possibilidade de criação artificial de área horizontal, mediante a sua construção sobre o solo natural. Compreendia-se assim o solo criado como o resultado da criação de áreas adicionais utilizáveis, não apoiadas diretamente sobre o solo natural⁴².

Nas palavras do referido mestre é “o resultado de construção praticada em volume superior ao permitido nos limites do coeficiente único de aproveitamento. Tudo quanto se construa, pois, além do quantum

⁴¹ SILVA, José Afonso. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 1982, p. 238.

⁴² GRAU, Eros Roberto, op. cit., p. 57.

convencionado em tal coeficiente, inclusive no andar térreo, é entendido como solo criado”.⁴³

Seabra Fagundes o define como sendo “o solo constituído por pesos superpostos sobre o solo natural ou a ele sobreposto”.⁴⁴

Hely Lopes Meirelles considera solo criado “toda área edificável além do coeficiente único de aproveitamento do lote, legalmente fixado para o local. O solo criado será sempre um acréscimo ao direito de construir, além do coeficiente básico de aproveitamento estabelecido pela lei. Acima deste coeficiente, até o limite que as normas edilícias admitirem, o proprietário não terá o direito originário de construir, mas poderá adquiri-lo do Município, nas condições gerais que a lei local o dispuser para a respectiva zona”.⁴⁵

Conforme lição de José Afonso da Silva⁴⁶, o conceito do referido instituto procura conjugar quatro mecanismos, entre eles, citam-se: 1) coeficiente de aproveitamento único; 2) vinculação a um sistema de zoneamento rigoroso; 3) transferência do direito do construir; 4) proporcionalidade entre os solos públicos e privados.

Diante disso, tem-se que a idéia central de solo criado pressupõe a adoção de um coeficiente único de aproveitamento do solo, portanto, partindo-se deste ponto conclui-se que é o excesso de construção superior ao limite estabelecido em função do coeficiente único de aproveitamento. É possível defini-lo como sendo a criação de áreas adicionais de piso utilizáveis acima ou abaixo do solo natural, além do coeficiente legalmente fixado.

Neste sentido, todo o aproveitamento de terreno, no subsolo ou no espaço aéreo, envolvendo a criação de solo, desde que consentida pela lei, importa ao beneficiário na obrigação de dar à comunidade uma contraprestação pelo excesso de construção superior ao limite estabelecido em função do coeficiente único de aproveitamento. Ressalta-se ainda, que o beneficiário poderá haver o direito de construir ensejador do solo criado de

⁴³ Ibidem, p. 57. Ainda, importa ressaltar, que segundo os ensinamentos de Eros Graus, a idéia de coeficiente único não se confunde com as de índice de aproveitamento, tomados pela legislação de zoneamento municipal, pois ainda que a dotado o coeficiente único para todo um município, mesmo assim, a legislação de zoneamento poderá, tendo em vista razões de urbanismo, fixar índices de aproveitamento, em áreas diversas desse mesmo território, maiores ou menores do que aquele coeficiente.

⁴⁴ FAGUNDES, Seabra apud SAULE JÚNIOR, Nelson. *Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro. Ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do plano diretor*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 285.

⁴⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de Construir*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 106.

⁴⁶ SILVA, José Afonso. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 1982, p. 233.

qualquer particular que tenha direito de construir cedível ou do próprio poder público.

Importa concluir que a sua instituição tem como elemento condicionante o princípio da função social, que através de normas urbanísticas pretende controlar o uso do solo urbano, limitando a densidade populacional e propiciando, conseqüentemente, melhores condições de vida nos centros urbanos.

6.2 O Solo Criado no Estatuto da Cidade

Decorridos um quarto de século dos primeiros estudos ventilados na Carta de Embu, datada de 1975, a festejada Lei Federal nº. 10.257/2001 institui, sem contudo utilizar-se desta expressão, o solo criado, como um dos instrumentos destinados a realização da política urbana.

O Estatuto da Cidade reforçou a idéia de que o contorno do direito de propriedade esta sendo gradativamente alterado, atribuindo-lhe deveres, além dos direitos e proteções tradicionais. Esta mudança passou a obrigar o proprietário a cumprir o seu papel social, transformando o princípio constitucional da função social da propriedade urbana de norma constitucional programática em norma de eficácia plena, possibilitando a adoção de medidas de preservação e conservação.

Pois bem, estamos diante da implementação do instituto do solo criado, no entanto, como outrora citado, o legislador não o fez utilizando-se desta expressão, mas apenas dos princípios que o regem e, ao invés de disciplinar a matéria de forma única, preferiu dividir o instituto em dois instrumentos da política urbana, denominados de outorga onerosa do direito de construir e transferência do direito de construir, que a seguir serão individualmente estudados.

7 DA OUTORGA ONEROSA DO DIREITO DE CONSTRUIR

A sua definição decorre essencialmente da compreensão do instituto do solo criado. Assim, sendo este último a criação de solos artificiais, possibilitando ao proprietário do terreno edificar acima ou abaixo dos limites do solo natural, a outorga onerosa do direito de construir nada mais é do que uma consequência da instituição do solo criado, pois o exercício do direito de construir acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado (solo criado), somente poderá ser realizado mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário (outorga onerosa).

Da redação do Art. 28, EC entende-se que a outorga onerosa do direito de construir em si pressupõe a possibilidade de alienação pelo

município ao proprietário do terreno este direito, sob a eufenística expressão “mediante contrapartida do beneficiário”.

Na realidade o que importa esclarecer é que a outorga onerosa é uma das facetas do solo criado, possibilitando ao proprietário do terreno que tem o seu direito de propriedade e o exercício do direito de construir legalmente restringido pela lei, possa exercê-lo além do coeficiente pré-estabelecido, mas somente por meio de contrapartida destinada ao poder público⁴⁷ ou ainda ao particular que tenha potencial construtivo cedível.

7.1 Coeficiente de Aproveitamento

Seguindo as orientações da Carta de Embu, o § 1º do Art. 28/EC define o coeficiente de aproveitamento do solo como sendo a relação entre a área edificável e a área do terreno. Com a definição apresentada pretende o legislador conferir ao proprietário do terreno à autorização para além de edificar em sua propriedade no limite legalmente estabelecido, à possibilidade de transpor este coeficiente, criando-se solos artificiais.

Da redação do dispositivo legal em apreço, é preciso ter em mente a existência de duas hipóteses de coeficiente de aproveitamento apontadas por Floriano de Azevedo Marques Neto⁴⁸. Segundo o autor, o Art. 28, *caput*, refere-se ao coeficiente de aproveitamento básico, isto é, aquele potencial construtivo explorável pelo particular independente de outorga do Poder Público, por ser decorrente do próprio direito de propriedade conferido ao seu titular e, os demais parágrafos aos coeficientes de aproveitamento decorrentes da outorga onerosa do direito de construir, até os limites máximos previstos no plano diretor, a seguir a ser estudado.

Note-se que o legislador ao prever o coeficiente de aproveitamento básico, não determinou o quantum a ser aplicado em todo o território nacional. Severas críticas são feitas a esta omissão legislativa, basicamente, elas se referem à possibilidade do surgimento de tratamento desigual destinado aos proprietários de imóveis urbanos, pois o valor econômico do bem será variável de acordo com seu potencial construtivo.

Por outro lado, a não fixação de um único coeficiente de aproveitamento para todo o território nacional não é assim, tão odiosa, pois

⁴⁷ Referente ao exercício do solo criado pelo setor público, Eros Grau esclarece: “[...] não poderá ceder ao particular senão os direitos de criar solos inerentes ao solo de sua propriedade; em outros termos, instituída a noção de solo criado, não poderá o setor público transacionar direitos de criar solo que materialmente não possua. [...] o volume de direito de direitos de criar solo que poderão ser negociados pelo setor público é limitado pelo seu estoque de tais direitos - ou seja, que não poderá o setor público, artificialmente, criar direitos para serem postos em mercado; em outros termos: que o coeficiente único de aproveitamento também se aplica à propriedade estatal de solo urbano.”(GRAU, Eros Roberto. *Direito Urbano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 80-81).

⁴⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, op. cit., p. 236.

conforme as orientações de Nelson Saúle Junior⁴⁹, diante das diferenças regionais que se afunilam nas cidades brasileiras, nos aspectos físicos-territoriais, social, político e econômico, é mais conveniente que as comunidades locais e regionais, para a promoção do desenvolvimento urbano local, de forma integrada com o processo de desenvolvimento regional e nacional, fiquem com a responsabilidade de defini-lo.

No que se refere à outra hipótese de coeficiente de aproveitamento inicialmente apontada, o § 3º, Art. 28/EC, incumbiu ao plano diretor a tarefa de definir os limites máximos a serem atingidos por este coeficiente, o qual deverá levar em consideração a proporcionalidade entre a infra-estrutura existente e o aumento de densidade esperado em cada área, isto é, não deve ter em conta infra-estrutura projetada ou potencialmente a ser desenvolvida, mas sim, a infra-estrutura no momento da definição dos limites máximos pelo plano diretor.

Para esta fixação deve ser verificada da proporcionalidade entre a infra-estrutura existente e o crescimento da densidade esperado de cada área.

7.2 Alteração do Uso do Solo

Compreende-se por outorga onerosa de alteração do uso do solo a faculdade conferida ao Poder Público municipal de fixar áreas, por meio do plano diretor, nas quais poderá ser permitida a alteração do uso do solo, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário.

Consoante ao estabelecido pelo Art. 29/EC, tem-se que dependendo das circunstâncias, será permitida a alteração do uso do solo, assim, por exemplo, uma área exclusivamente residencial poderá comportar a instalação de uma indústria, mediante a autorização do Poder Público, nos termos fixados pelo plano diretor, através de uma contrapartida prestada pelo particular.

Futuramente, certo será que tal situação implicará em acirradas discussões entre o Poder Público e os particulares, devendo, portanto, o Poder Público Municipal avaliar as condições e as consequências desta permissão, se nefasta à população não deverá se concedida, por sua vez, se autorizada, o Município exigirá uma contrapartida.

7.3 Condições para Outorga Onerosa

O exercício do solo criado pode ser exercido tanto entre particulares, como, entre particulares e o poder público. Quanto a negociação a ser realizada no primeiro caso, nenhum óbice pode ser oposto, entretanto, concernente a participação do setor público, emerge questão fundamental a

⁴⁹ SAÚLE JUNIOR, Nelson, op. cit., p. 289-290.

ser discutida, que refere-se a maneira pela qual será concretizada a transferência do potencial construtivo ao particular.

Neste aspecto, mais uma vez, o legislador federal se omitiu, deixando para a lei municipal especificar as condições a serem observadas pela outorga onerosa do direito de construir e de alteração do solo.

7.3.1 Fórmula de cálculo para cobrança

Importante questão prevista no Art. 30, I, do EC, refere-se à forma de cálculo para cobrança da outorga do direito de construir. No entanto, mais uma vez o legislador federal não estabeleceu parâmetros a serem seguidos pelo município para realização da cobrança, incumbido ao Poder Público Municipal elaborar esta fixação.

Desta forma, vários podem ser os critérios utilizados pelo Poder Público, entre eles citam-se a possibilidade de fixação de uma parcela do valor venal do imóvel até uma estimativa de mercado do potencial econômico atribuível ao solo criado⁵⁰ ou de um valor correspondente a da construção na área normal do terreno, multiplicando-se pelo número de andares a serem edificadas.

Bem assim, caso a transferência do potencial construtivo seja realizado mediante a sua alienação por outros particulares o parâmetro a ser seguido para a cobrança pode ser a estimativa do mercado imobiliário considerado em cada cidade.

7.3.2 Casos passíveis de isenção

Prevê o inciso II, do Art. 30, do EC, a possibilidade de isenção do pagamento da outorga, cumprindo a lei municipal estabelecer os casos passíveis de tal isenção.

Floriano de Azevedo Marques Neto⁵¹ aponta que os casos de isenção poderão decorrer de duas hipóteses, uma objetiva e outra subjetiva. A situação objetiva pode ser evidenciada através das próprias condições do local a que se pretende construir acima coeficiente básico, isto é, um local peculiar em que se justifique promover o adensamento, carecendo que se desonere a criação de

⁵⁰ Para Florianio de Azevedo Marques Neto "o valor máximo exigível pelo Poder Público não poderá exceder, em valor unitário do metro quadrado de solo criado, o valor unitário do terreno. Nos casos de outorga do direito de construir acima do coeficiente básico de aproveitamento para o proprietário do imóvel, o valor correspondente a todo o potencial de solo criado (ou seja, a diferença entre o coeficiente básico e o limite máximo na área do terreno) não poderia exceder, no total, o valor do imóvel. Isso porque, sendo o direito de construir dependente do direito de propriedade (integrando-se a ele ou não), seria difícil sustentar que o valor do acessório (solo criado) exceda o valor do principal (o respectivo terreno)". (MARQUES NETO, Florianio de Azevedo, op. cit., p. 241.)

⁵¹ Ibidem, p. 242.

solo. Por sua vez, a situação subjetiva pode ser configurada devido ao caráter filantrópico do proprietário do bem e a finalidade social da construção, que assim receberá a outorga, independente de contraprestação ao se utilizar do solo criado.

Portanto, evidenciada tais situações a serem previstas em lei municipal específica, o particular que pretender edificar acima dos limites estabelecidos pelo plano diretor poderá se isentar do pagamento para a construção do solo criado. Todavia, o posicionamento quanto à possibilidade de isenção não é tão pacífica quanto se apresenta, pois existem doutrinadores que apontam a sua inconstitucionalidade.

7.3.3 A contrapartida do usuário e sua natureza

O legislador ao elaborar o Estatuto da Cidade previu em seu Art. 30, III, a determinação por lei municipal da contrapartida a ser prestada pelo beneficiário da outorga onerosa do direito de construir. Utilizando-se de expressão tão genérica possibilita uma série de maneiras para o pagamento deste ônus, mais amplo do que a simples pecúnia.⁵²

No entanto, uma vez sendo a contrapartida exigida em dinheiro, surge interessante discussão em torno de sua natureza. Quanto ao tema evidencia-se dois fortes posicionamentos, para uns a receita apresenta natureza tributária e para outros, natureza de preço público.

Entre aqueles que defendem a natureza tributária⁵³, cita-se Seabra Fagundes, nos termos que se seguem: "Será próprio, sim gravar com ônus maior, e até mesmo bem maior do que o usual, as construções que, pela superposição de múltiplos pisos, importam sobregarga extraordinária aos equipamentos e serviços públicos locais. *Mas isso através de tributo*, e não como uma espécie de transação, eticamente espúria, entre o Poder Público e o proprietário, à custa daquilo que se considerou, tendo em vista o interesse coletivo como limite máximo de superposição de pisos e, conseqüentemente, de habitabilidade da área"⁵⁴ (grifou-se).

Todavia, outros doutrinadores não comungam da mesma opinião, sustentando que tal receita possui natureza de preço público.

⁵² O projeto original da Lei 10.257/01, neste aspecto, era mais claro, prevendo quatro hipóteses de contrapartida: ativos financeiros, bens imóveis, execução de obras e serviços relevantes para o desenvolvimento urbano municipal e créditos relativos a indenizações não pagas pelo município. Quanto a supressão destas hipóteses manifesta-se Floriano de Azevedo Marques Neto: "provavelmente a supressão das hipóteses de contrapartidas deveu-se à preocupação do legislador em não restringir a margem de liberdade para que os Municípios estabeleçam os ônus que aceitaram receber pela outorga." (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, op. cit., p. 242.)

⁵³ Também conjuga deste mesmo entendimento Ruben Tedeschi Rodrigues, conforme citado anteriormente.

⁵⁴ FAGUNDES, Seabra apud RODRIGUES, Ruben Tedeschi. *Outorga Onerosa do Direito de Construir (Solo Criado)*. Campinas: Millennium, 2002, p. 191.

Nestes termos, tem-se o posicionamento de Eros Grau: "Tributos, são receitas que encontram sua causa na lei, daí a sua definição como receitas legais. No caso em espécie, estamos diante de um ato de aquisição de um direito, não-compulsório. Trata-se de ato voluntário, no qual o requisito da vontade das partes - setores público e particular - substitui o requisito da imposição legal. A remuneração correspondente, pois, é contratual e não legal"⁵⁵.

Considerando os posicionamentos acima apontados, bem como o conceito de tributo⁵⁶ e preço público⁵⁷, entende-se que a natureza jurídica do pagamento do solo criado não se compreende em um tributo, como instrumento da receita tributária, haja vista que a aquisição do direito de construir acima do coeficiente básico ou a mudança do solo não possui caráter de compulsoriedade inerente aos tributos.

A outorga onerosa do direito de construir é um instrumento destinado a promoção da política urbana e, sendo a sua onerosidade decorrente da necessidade de se compensar a coletividade pelo ônus decorrentes do adensamento, não se confunde com o tributo, por não ser um ato compulsório, mas sim facultativo.

7.4 A Destinação dos Recursos Obtidos

Por fim, ao prever o instrumento da política urbana em análise, o legislador estabeleceu no Art. 31/EC a destinação que será dada à receita arrecada proveniente da alienação pelo Poder Público do direito de construir e da alteração do uso do solo. Assim, nos termos do mencionado artigo os

⁵⁵ Eros Roberto Grau em parecer emitido sobre consulta da Secretaria de Planejamento do Município de São Paulo, em 13/12/90, reforçando o entendimento acima transcrito, o eminente autor assim se manifesta: "trata-se de uma outorga, licença remunerada do exercício do direito de construir acima do coeficiente de aproveitamento único. A licença remunerada como um preço público, cujo pagamento, pelo particular, constitui um ônus do direito de construir acima do coeficiente de aproveitamento único". (GRAU, Eros Roberto apud SAÚLE JUNIOR, Nelson, op. cit., p. 290).

⁵⁶ Artigo 3º, CTN: "Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção se ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada".

⁵⁷ Cf. MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 321-324. "O preço público, assim, seria remuneração correspondente a um serviço público não especificamente estatal, vale dizer, uma atividade de natureza comercial ou industrial". A seguir acrescenta o caráter facultativo do preço público, ao afirmar: "à liberdade que tem o Poder Público na fixação do preço público correspondente a liberdade do cidadão de utilizar, ou não o serviço correspondente". Portanto, sendo o solo criado uma opção do proprietário que pretende construir além do coeficiente básico, a remuneração decorrente da utilização deste instituto não poder ser definida como tributo, porquanto se apresenta de forma facultativa e não compulsória.

recursos auferidos serão aplicados nas finalidades enumeradas pelo Art. 26 do mesmo diploma legal⁵⁸.

Em verdade, o dispositivo retro mencionado apresenta suma importância para o sucesso da implantação deste instrumento destinado a consecução dos objetivos da política urbana, pois poderá evitar que os recursos auferidos com a alienação do potencial construtivo se transformem em receitas públicas desvinculadas do cumprimento das finalidades de ordenação e planejamento urbano.

8 TRANSFERÊNCIA DO DIREITO DE CONSTRUIR

A transferência do direito de construir é o instrumento destinado a compensar os proprietários de imóveis considerados de interesse para a preservação por seu valor histórico, cultural, arqueológico, ambiental ou destinado à implantação de programas sociais.

Visualiza-se, pois, o caráter retribuidor ou compensador empregado ao instituto, pois confere ao proprietário que tem o seu potencial construtivo reduzido ou até mesmo aniquilado, em função das características de seu imóvel urbano a possibilidade de exercer em outro local, ou alienar, mediante escritura pública, o seu direito de construir.

O seu fundamento jurídico encontra-se regulamentado pelo Art. 35/EC, que pressupõe a existência de uma lei municipal, permitindo que, através de escritura pública, um particular venda para outro sua capacidade edilícia ociosa, ou ainda, exercite-a em outro local.

Todavia, para que este permissivo legal se aplique, se faz necessário que o imóvel urbano, privado ou público seja destinado ao atendimento das finalidades públicas enumeradas nos incisos I a III deste artigo.

9 CONCLUSÃO

A visão contemporânea conferida à propriedade urbana, núcleo deste artigo, não pode mais ser analisada sobre o prisma puramente privatista, porquanto em decorrência da Constitucionalização do Direito Civil, matérias que, ao longo de muito tempo, foram discutidas no âmbito do direito privado, passaram a ser regulamentadas pelo direito público, precisamente

⁵⁸ As finalidades apontadas neste artigo são: 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 e 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; IX- outras finalidades de interesse social de utilidade pública, definidas no plano diretor.

na esfera da Constituição Federal, o que nos leva a entendê-la sobre uma óptica publicista, direcionada a cumprir e a atender ao princípio da função social, nos termos determinados pela nossa Lei Maior.

A Carta Constitucional, ao tratar dos direitos individuais, afirmou o direito de propriedade, mas, ao mesmo tempo o condicionou a realização da função social que, atualmente, é indiscutível a essência deste direito e de seu conteúdo.

Muito embora, o Art. 182, § 2º, CF, dispusesse textualmente que “propriedade urbana cumpre sua função social quando atende as exigências fundamentais de ordenação expressas no plano diretor”, faltava-lhe a determinação dos instrumentos específicos para conferir operatividade ao plano diretor.

Portanto, é neste contexto que se compreende o advento do Estatuto da Cidade, aprovado para estabelecer as finalidades e os objetivos comuns, que deverão orientar as políticas urbanas de todos os municípios.

Assim, após longo processo de ocupação desordenada das cidades brasileiras, quase sempre desacompanhado de procedimento de urbanização e de instalação de equipamentos públicos que viabilizassem esse adensamento, na tentativa de amenizar este quadro, herdado deste os tempos coloniais, o legislador federal disponibilizou aos municípios instrumentos, através do Estatuto da Cidade, a serem implementados por seus respectivos planos diretores para priorizarem o desenvolvimento social das cidades, bem como da propriedade urbana.

Desta feita, forçoso é reconhecer a real importância do Estatuto da Cidade. Relevadas as imperfeições e omissões comuns às produções legislativas, teve o indiscutível mérito de introduzir no ordenamento jurídico nacional, o solo criado, que outrora já fora previsto em algumas legislações municipais, todavia esbarrava-se sempre em questionamentos, em face da ausência de respaldo de lei federal que o autorizasse.

Instituído o solo criado, como mecanismo de intervenção na propriedade urbana, destinado ao cumprimento de sua função social, cumpre agora ao legislador municipal providenciar a sua concretização e efetivação, para beneficiar toda a sociedade, no sentido de promover o desenvolvimento social das cidades.