

SOLO CRIADO: ASPECTOS JURÍDICOS DO DIREITO DE PROPRIEDADE E DO DIREITO A EDIFICAR

José Marcelo Ferreira Costa
Advogado

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Urbanismo e atividade urbanística. 3. O direito de propriedade. 3.1. Origem. 3.2. Constituição federal de 1988: direito de propriedade e o princípio da função social. 4. Competência constitucional em matéria urbanística e plano diretor. 5. Direito a edificar: o solo criado como instrumento de política urbana. 5.1. Definição de solo criado. 5.2. Natureza jurídica: limitação administrativa ao direito de construir. 5.3. Instrumentos do solo criado. 5.3.1. O coeficiente de edificabilidade. 5.3.2. A transferência do direito de construir. 5.3.3. A outorga onerosa. 6. Considerações finais. Bibliografia.

1 – Introdução

O presente trabalho versa a respeito do solo criado, tendo como objetivo maior analisar os aspectos do direito de propriedade e do direito a edificar. A intenção é destacar a relevância teórica e prática do assunto, mormente no terreno do Direito Urbanístico, uma vez que o desenfreado adensamento nas cidades, principalmente em países pouco desenvolvidos, clama por medidas disciplinadoras do uso e ocupação do solo urbano.

Recentes dados apontam que a América Latina, por volta do ano 2015, será a região mais urbanizada do mundo e no Brasil 89% da população estará morando nas cidades.¹ Logo, compete ao Poder Público salvaguardar o interesse coletivo dos que vivem nas cidades controlando os desequilíbrios do meio ambiente urbano.

O tema escolhido suscita alguns pontos mercedores de acurado exame. Estes serão devidamente enfrentados a partir da eleição de certas premissas, principalmente no que tange a perda da visão individualista e absoluta do direito de propriedade.

Ao início, destacar-se-á a definição de urbanismo. Na seqüência, a atividade urbanística revela-se como exercício de uma função pública, onde os órgãos competentes intervem na propriedade privada para ordenar os espaços habitáveis no meio urbano em prol do interesse coletivo.

Abordar-se-á, outrossim, a origem do direito de propriedade e o seu condicionamento à função social, conforme os preceitos colecionados na Constituição Federal de 1988. Serão traçadas oportunas considerações sobre o panorama da natureza jurídica de direito

¹ ALBERTO VOURVOULIAS, *The Laboratory of Urbanism (O Laboratório do Urbanismo)*. *Time Magazine*. New York: 24-5-1999, pp. 36-37.

público (da propriedade), demonstrando-se que ao direito privado cabe apenas o disciplinamento das relações intersubjetivas entre particulares.

Num segundo momento, a análise percorre as competências auferidas aos entes políticos, em matéria de Direito Urbanístico, hospedadas na Lei Fundamental de 1988. O estudo do direito posto, *hic et nunc*, descortinará que a omissão da União em editar um plano nacional de política urbana, não impede que os Municípios criem normas para regulamentar o uso dos espaços urbanos mediante o Plano Diretor.

Ao discorrer sobre o solo criado, além da sua definição e natureza jurídica, abordar-se-ão seus instrumentos essenciais: o coeficiente de edificabilidade, a transferência do direito de construir e a outorga onerosa.

Em suma, apesar da temática do solo criado não ter recebido da literatura jurídica e dos governantes, a atenção merecida, as breves considerações aqui aduzidas almejam oferecer alguma contribuição ao estudo do instituto em guisa, tendo em vista incitar a elaboração de mecanismos que aperfeiçoem o disciplinamento das condutas ou situações no sistema jurídico-positivo brasileiro.

2 – Urbanismo e atividade urbanística

Estudar o urbanismo e a atividade urbanística impõe, por imprescindíveis, comentários a respeito da função estatal.

Com o advento do constitucionalismo, o Estado foi organizado sob a égide de concepções liberais que impunham atividades bastante limitadas às questões de controle social e segurança da ordem nacional (Estado de Polícia ou do *Laissez-faire*). Com efeito, a ideologia predominante no século XX contrapôs o modelo não-intervencionista do século passado, ampliando consideravelmente as atribuições desempenhadas pelo Estado.² Substituiu-se o *racionalismo formal* do século XIX por uma *racionalidade teleológica* ou *material* (século XX), onde as ações estatais se voltaram a fins de transformação social.

O Estado moderno – no sentido quantitativo e não temporal – passou a desenvolver atividade consubstanciada na existência de funções públicas consagradas como dever jurídico destinado à realização de fins voltados ao interesse coletivo.³

Sendo assim, a atividade urbanística é ação pertinente ao exercício de uma função pública, onde os órgãos do Poder intervêm na propriedade privada visando ordenar os espaços habitáveis no meio ambiente urbano.

Compõe a atividade urbanística: **a)** planejamento urbanístico; **b)** ordenação urbanística de áreas de interesse especial e da atividade edilícia e **c)** instrumentos de intervenção

² Para KELSEN, o Estado "é uma comunidade criada por uma ordem jurídica nacional (em contraposição a uma internacional). O Estado como pessoa jurídica é uma personificação dessa comunidade ou ordem jurídica nacional que constitui essa comunidade" (Teoria Geral do Estado e do Direito, pp. 261-2). O Estado é um fenômeno jurídico, uma pessoa jurídica ou uma corporação politicamente organizada, cuja função principal é o exercício do poder voltado à realização dos interesses do seu povo.

³ RENATO ALESSI leciona: "função estatal é o exercício do poder que se destina à realização de interesses coletivos, enquanto objeto de um dever jurídico". Sistema Istituzionale del Diriritto Amministrativo Italiano, p. 8.

urbanística. Todos estes itens de política urbana convergem ao funcionamento eficaz e pleno desenvolvimento social das cidades e buscam, em última análise, assegurar os objetivos destacados no texto da Carta de Atenas em 1933: habitação, atividade profissional, livre circulação e áreas de lazer.

Nesta esteira, o insigne administrativista Hely Lopes Meirelles⁴ aduz ser o urbanismo: “o conjunto de medidas estatais destinadas a organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade”.

Dentro do que se propõe com o presente trabalho, e uma vez delimitado o objeto de estudo relativo aos problemas de ordem urbana, oportunamente destacar-se-ão instrumentos utilizados pelo Poder Público para humanizar, ordenar e harmonizar os espaços citadinos.

3 – O direito de propriedade

3.1 – Origem

Ao longo da história o direito de propriedade sofreu consideráveis transformações. Em rápidas linhas é possível sintetizar suas configurações.

O direito de propriedade remonta aos primórdios da humanidade. O Código de Hamurabi, talvez o mais antigo documento legislativo, já previa a perda da propriedade para quem não a cultivasse. Em Roma, a propriedade, embora fosse individual, era comum à família, lastreando-se na religião, motivo pelo qual não se permitia o confisco dos bens do devedor em proveito do credor, cujas posses não respondiam pelo adimplemento das dívidas.⁵

Na Idade Média, período marcado por arbitrariedades dos integrantes da nobreza e do clero, senhores proprietários absolutos das terras, a situação restou desenhada entre os que tinham propriedade e os que nela apenas trabalhavam.

Todavia, o modelo absolutista sofreu profundas mudanças ao final do século XVIII. Os ideais político-liberais de homens como Jonh Locke⁶, representante de aspirações burguesas e defensor da conservação e utilização da propriedade privada, purgavam pela criação de leis que assegurassem a todos o livre desfrute de seus bens privados. As visões lockeanas exerceram influência profunda sobre os que fizeram a Revolução Francesa de 1789. Por conseqüência, o direito de propriedade figurou na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* como sagrado e inviolável por ser o prolongamento da personalidade humana.

No início do presente século, sem negar os direitos individuais do proprietário, aos poucos foram sendo introduzidas idéias de cunho social e bem-estar coletivo. A guisa de exemplificação citem-se as Constituições de Weimer (1917) e do México (1919), diplomas legais pioneiros a positivar tais concepções.

⁴ Direito Municipal Brasileiro, p. 377.

⁵ ADILSON ABREU DALLARI, Desapropriação para Fins Urbanísticos, pp. 28-9.

⁶ JONH LOCKE, Segundo Tratado sobre o Governo, pp. 82-101.

Por decorrência, inúmeros foram os Estados a perfilharem em suas Cartas Magnas os ideais de defesa dos interesses de toda a coletividade, como forma de combater o autoritarismo privado e a dominação econômica de poucos detentores da propriedade.

Em síntese, o pós Primeira Grande Guerra revela a deflagração da constante busca pela garantia e preservação do direito de propriedade, mas lhe acrescentando o dever de cumprir uma função social em contraposição ao princípio absoluto e individualista de pleno uso, disposição e gozo.⁷

3.2 – Constituição Federal de 1988: Direito de propriedade e o princípio da função social

A natureza jurídica do direito de propriedade é relativa ao direito público, pois a Constituição traça sua ideologia em alusão ao regime jurídico que lhe será atribuído.⁸ Por assim dizer, enganam-se os que defendem sê-lo de direito privado.⁹ Cabe ao direito civil, tão somente, o disciplinamento das relações intersubjetivas entre particulares quanto ao uso, gozo e disposição (*jus utendi, jus fruendi e jus abutendi*).

De conformidade com o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, positivou-se o direito de propriedade com a ressalva de que ela deve atender a sua função social. É o que se desprende da leitura do art. 5º, incisos XXII e XXIII, da vigente Carta Magna, *in verbis*:

Art. 5º: *omissis*;

XXI – é garantido o direito de propriedade;

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;

Mais adiante, ao tratar dos princípios gerais da atividade econômica, o art. 170, incisos I e II, reitera-se explicitamente os propósitos do legislador constituinte em condicionar a propriedade à função social. Destaquem-se o *caput* e incisos do artigo em comento para que se visualize a finalidade lógico-jurídica traçada pela norma constitucional:

⁷ As seguintes Constituições do Brasil positivaram a função social da propriedade: 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988.

⁸ "O Direito Constitucional delimita a ação do Estado, através do governo, de modo negativo, estabelecendo-lhe barreiras, em favor dos direitos proclamados e assegurados aos indivíduos e aos grupos sociais menores, por esses formados, como, ainda, de modo positivo, prescrevendo o seu programa ideológico em prol da coletividade. Por conseguinte, assinala a compreensão e extensão da liberdade e igualdade dos indivíduos, fixa os contornos da propriedade e giza a ingerência do Estado no terreno social." Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Princípios Gerais de Direito Administrativo, Vol. I, p. 3.

⁹ Eis a sempre clara lição do Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello: "dependendo do tratamento dispensado ao direito de propriedade um Estado será socialista ou capitalista, com todas as implicações jurídicas daí decorrentes. Trata-se, portanto, de um direito nodular à caracterização político-social do Estado e, por isso, de todo o quadro jurídico da sociedade; logo um Direito Público por excelência." Novos Aspectos da Função Social da Propriedade no Direito Público, In: RDP nº 84, pp. 39-45.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I – omissis;
- II – a propriedade privada;
- III – função social da propriedade;

Por expressivo, a significação colhida dos enunciados prescritivos constitucionais, ora transcritos, é de que garante-se o direito de propriedade privada a todos, desde que utilizada a fins outros que não os exclusivos do proprietário.¹⁰

Dentre os inúmeros juristas que dispensaram atenção ao tema da função social da propriedade, o ilustre Carlos Ari Sundfeld¹¹ mencionou que, ao ser juridicizado o princípio da função social, o legislador constitucional “trouxo para o Direito Privado algo até então tido por exclusivo do Direito Público: o condicionamento do poder à uma finalidade.” Todavia, *data venia*, esta afirmação merece ponderações.

O exercício de funções é comum tanto ao direito público como ao direito privado. Esclareça-se: a função é o exercício de poder, enquanto objeto de um dever jurídico, em prol de interesses coletivos (função pública) ou do interesse de particular ou particulares (função privada).

Ora, agregou-se ao direito de propriedade o dever jurídico de agir em vista do interesse coletivo, ou seja, o direito subjetivo individualista do proprietário privado foi submisso ao interesse comum, imprimindo-lhe o exercício de uma função social, ou se preferir, voltada ao interesse coletivo.¹²

O direito de propriedade¹³ privada no Brasil foi submetido ao vetor de interesse ou utilidade social. Lembrando que não se autoriza a supressão ou o esvaziamento, por via legislativa, de seu conteúdo essencial mínimo sem a devida indenização, sob pena de se incorrer em inconstitucionalidade, bem como ameaça frontal a corolários do Estado Democrático de Direito.

¹⁰ LÚCIA VALLE FIGUEIREDO assinala que “hoje a propriedade deverá atingir a sua função social. Isto significa que temos que compatibilizar o direito individual com o direito difuso (metaindividual – transindividual). Licenças Urbanísticas, In: RDP n° 90, p. 190.

¹¹ FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE, in: Temas de Direito Urbanístico I, p. 5

¹² Para HELY LOPES MEIRELLES, “a função social da propriedade não elimina o direito subjetivo do indivíduo, mas procura conciliar o seu interesse com as necessidades da sociedade. In: RDP n.º 73, Direito Urbanístico – Competências Legislativas, p. 101

¹³ Versando sobre a distinção entre propriedade e direito de propriedade Celso Antônio Bandeira de Mello ensina: “convém desde logo observar que não se deve confundir liberdade e propriedade com direito de liberdade e direito de propriedade. Estes últimos são as expressões daqueles, porém, rigorosamente falando, não há limitações administrativas ao direito de liberdade e ao direito de propriedade – é a brilhante observação de Alessi – uma vez que estas simplesmente integram o desenho do próprio perfil do direito. São elas, na verdade, a fisionomia normativa dele. Há, isto sim, limitações à liberdade e à propriedade”. Apontamentos sobre o Poder de Polícia, In: RDP n° 9, p. 55.

4 – Competência constitucional em matéria urbanística e plano diretor

Segundo Konrad Hesse a Constituição é “uma ordem jurídica fundamental da coletividade que consagra as linhas básicas do Estado e estabelece diretrizes e limites ao conteúdo da legislação futura”.¹⁴ Nesta esteira, e perfilhando a teoria kelseniana¹⁵, a Constituição é a matriz de validade de qualquer ato jurídico, onde todas as ações concretas do Poder Público e dos cidadãos às suas prescrições devem respeito.¹⁶

Tal como alhures salientado, por uma questão de corte epistemológico, o presente estudo monográfico tem por objeto o solo criado e a sua relação entre o direito de propriedade e o direito a edificar. Portanto, a análise permanecerá no âmbito das competências constitucionais dos entes político-federativos em matéria urbanística, bem como aquelas reservadas aos Municípios destinadas à ordenação do solo urbano e criação do Plano Diretor.

Em corrida de olhos pelo texto constitucional, constata-se que do art. 21, incisos IX e XX, a União retira competência para elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos. Outrossim, no art. 24, inciso I, há expressa competência para a União, Estados e Distrito Federal legislar, concorrentemente, sobre direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico, lembrando que, nestes casos, a União Federal limita-se a estabelecer normas gerais.

Pertinente é a indagação: há competência conferida aos Municípios para legislar sobre direito urbanístico na Constituição Federal de 1988?

A tal árido questionamento é possível apresentar a seguinte resposta: apesar de não haver norma expressa firmando a competência do Município para legislar sobre direito urbanístico, esta é viável diante do art. 30, incisos I, II e VIII, da Carta Política de 1988, quando se reconhece ao ente municipal a faculdade de: a) legislar sobre assuntos de interesse local; b) suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; c) promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo.

Igualmente, ao tratar da política urbana (art. 182, Constituição Federal de 1988), o legislador constituinte impôs ao Município a criação de um plano diretor, obrigatório às cidades com mais de vinte mil habitantes, com fins de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus cidadãos, figurando o plano como o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

¹⁴ KONRAD HESSE, A Força Normativa da Constituição (trad. Guilmar Ferreira Mendes), 1991.

¹⁵ HANS KELSEN, Teoria Pura do Direito, pp. 215 e ss.

¹⁶ As normas e os princípios constitucionais não são sugestões ou mesmo conselhos, mas prescrições de condutas a serem por todos observadas. Inclusive as normas programáticas, que segundo José Afonso da Silva “são aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos por seus órgãos (legislativos, executivos e jurisdicionais), como programas das respectivas atividade, visando à realização dos fins sociais do Estado”. Aplicabilidade das Normas Constitucionais, p. 129.

Dessarte, e pelas razões sustentadas, os iniciados na matéria concordam que compete à União estabelecer as diretrizes gerais referentes à política de desenvolvimento e ocupação do território urbano e, ao Município, a suplementação das normas federais, adequando-as aos assuntos de interesse local, seja através do plano diretor ou mesmo de outro instrumento de cunho normativo. À falta de normas nacionais lançadas pela União ou mesmo de um plano elaborado pelo Estado-membro, o Município poderá exercer competência legislativa plena para atender as suas peculiaridades e interesses locais.¹⁷

5 – Direito a edificar: Solo criado como instrumento de política urbana

5.1 – Definição de solo criado

Para definir solo criado deve-se, em primeiro lugar, apontar suas características mais importantes.¹⁸

Até bem pouco tempo, o direito de propriedade era absoluto, podendo o dono utilizá-la da forma que lhe aprouvesse, sendo um resquício da antiga idéia romana de que o domínio do solo se estendia em profundidade *usque ad inferos* e em altura *usque ad sidera*. Na verdade, esta concepção sofreu consideráveis modificações e limitações.

Além disto, o crescente adensamento das cidades e o avanço tecnológico experimentado pela engenharia civil resultou a construção de pisos adicionais, para cima ou para baixo, não especados diretamente no solo natural.¹⁹

¹⁷ GERALDO ATALIBA diferencia lei nacional de lei federal. Esta vincula todo o aparelho administrativo da União e todas as pessoas que a ele estejam subordinadas ou relacionadas, em grau de sujeição, na qualidade de seus administrados e jurisdicionados, sem acolher os Estados, Municípios, Distrito Federal, e suas autarquias. Aquela (nacional) é categoria jurídico-positiva mais ampla e transcende às distinções estabelecidas em razão das circunstâncias políticas e administrativas, consubstanciando-se em um produto legislativo global. Normas Gerais de Direito Financeiro, RDP nº 10, pp. 49-55.

¹⁸ AGUSTÍN GORDILLO esclarece que para definir devemos, em primeiro lugar, apontar suas características mais importantes, uma vez que “las palabras no son más que rótulos de las cosas: posemos rótulos a las cosas para hablar de ellas, y por onde las palabras no tienen más relación con las cosas, que la que tiene los rótulos de las botellas con las botellas mismas. Cualquier rótulo es conveniente, en la medida en que nos pongamos de acuerdo acerca de él y lo usemos de manera consecuyente”. *Jonh Hospers apud Agustín Gordillo, Tratado de Direito Administrativo, Tomo I, p. 1-3.*

¹⁹ São de merecido destaque as precisas palavras de Eros Roberto Grau, afirmando que “a noção de solo criado desenvolveu-se inicialmente a partir da observação da possibilidade de criação artificial de área horizontal, mediante a sua construção sobre ou sob o solo natural. Compreendia-se assim o solo criado como o resultado da criação de áreas adicionais utilizáveis, não apoiadas diretamente no solo ou sobre o solo natural. Não se confunde, no entanto, a noção – mesmo quando nestes termos entendida – com a ocupação de espaço aéreo sem a criação de solo, visto que pode haver ocupação de espaço aéreo sem criação de solo; seria o caso de construção de uma torre de grande altura, sem pavimento intermediários, ou de nave de uma catedral gótica também de grande altura, mas sem nenhum plano utilizado no intermediário. Por outro lado, pode haver criação de solo sem ocupação de espaço aéreo: seria o caso das construções no subsolo que ocupam um espaço subterrâneo”. *Op. cit.*, p. 57.

Ante essa situação fática, o Poder Público nas grandes cidades, no Brasil e no mundo, constatou que a *ampla liberdade para edificar* desencadeava sérios problemas à comunidade, já que construir indiscriminadamente “influía negativamente, de modo flagrante e grave, na qualidade da vida urbana. Seja em uma sobrecarga de serviços públicos (água, luz, telefone, saneamento, etc.), seja nas condições de salubridade (arejamento, isolamento, lazer, etc.)”.²⁰

Visando a melhoria da qualidade de vida no meio ambiente urbano, forçou-se a criação de instrumento jurídico de controle do solo como uma forma de ordenar o crescimento vertical acelerado nas cidades.

A idéia central lançada por juristas de diversos países como “França, Espanha, Itália e Alemanha, teve por base a distinção do direito de propriedade do solo e do direito de construir”,²¹ supondo-se que este último, por pertencer à coletividade, só poderia ser reconhecido ao proprietário por concessão ou autorização da Administração.

Eis que surge a figura do coeficiente de edificabilidade único, permitindo ao titular do terreno erigir construções até o limite instituído em lei, ou seja, o direito de construir acima deste limite passaria a pertencer a coletividade.²²

Como resultante destas confluências, surge o instituto jurídico do *solo criado*, cuja terminologia é aceita nas lições de doutrina e nas manifestações de jurisprudência.²³

Sua definição não foi formulada por se acolher a patenteadora por Hely Lopes Meirelles.

Para o ilustre jurista, solo criado é “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 dispuser para a respectiva zona”.²⁴

²⁰ SEABRA FAGUNDES, Aspectos Jurídicos do Solo Criado, In: RDA n° 129, p. 2.

²¹ MARIA MAGNÓLIA LIMA GUERRA, Aspectos Jurídicos do Uso do Solo Urbano, p. 70.

²² JUNIA VERNA FERREIRA DE SOUZA esclarece: “Não se trata de fazer separação absoluta entre o direito de propriedade e o direito de construir. O direito de construir subsiste, porém, limitado pelo coeficiente único estabelecido. Solo criado: Um Caminho para Minorar os Problemas Urbanos. In: Temas de direito urbanístico II, p. 165.

²³ No debate promovido pelo IDEPE – Instituto Internacional de Direito Público e Empresarial, o catedrático da USP José Carlos Figueiredo Ferraz considera a expressão solo criado imprópria, pois “não se cria solo”. E prossegue: “pode-se criar, digamos, áreas edificáveis, mas o solo é um programa físico que está lá, não posso criar um solo criado. De modo que é uma designação imprópria”. Conferências e Debates. In: RDP n° 87, p. 145.

²⁴ HELY LOPES MEIRELLES, Direito de Construir, p. 106.

5.2 – Natureza Jurídica: limitação administrativa ao direito de construir

Para que se cumpra a função social da propriedade urbana, as exigências fundamentais expressas no plano diretor devem ser atendidas. Assim sendo, ao elaborar seu planejamento, o Município pode se valer das três formas de atuação estatal: as limitações administrativas, as servidões administrativas e as desapropriações.

Como esclarecido, o direito de propriedade perdeu sua visão individualista e ganhou conotação social, portanto, o ente municipal através do plano diretor poderá, ao disciplinar o uso e ocupação do solo urbano, impor limitações urbanísticas ao direito de construir em prol dos interesses do proprietário e da coletividade, tendo sempre em vista a realização da justiça social.

Assinale-se que a figura jurídica do solo criado está profundamente ligada às regras do zoneamento, enquanto espécie de limitação administrativa que disciplina o uso da propriedade imobiliária mediante delimitação de áreas categorizadas em vista das ocupações urbanas nela admitidas.

Sob este prisma, é certo que as limitações administrativas provocam alterações patrimoniais ao proprietário, mas por serem apenas limitações deixam o direito de propriedade ileso, não gerando indenizações. É a inferência precisa do Prof. Adilson de Abreu Dallari: “as limitações nada retiram do proprietário, é a forma mais branda de atuação estatal à propriedade privada”.²⁵

O administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello discorrendo sobre as limitações administrativas, arremata idéias afirmando que “nas limitações (veda-se comportamento – poder de polícia) o dano social é evitado ou reversamente o interesse público é obtido, pelo simples ajustamento do exercício da propriedade ao bem comum”. E prossegue o preclaro professor: “portanto as limitações são gerais e abstratas, não incidem sobre determinado bem – mas por toda uma porção genérica de bens. Seu objetivo é impedir um uso que seria nocivo, anti-social, danoso ao todo.”²⁶

Impor um limite por via legislativa ao direito de edificar por razões de interesse coletivo, consubstancia-se no exercício do poder de polícia administrativa, numa abstenção ou um *non facere*, uma vez que se busca manter o equilíbrio entre os solos públicos e privados da urbe.

Em linhas gerais, o objetivo traçado na lei que institui o solo criado mira, apenas, desenhar limites jurídicos às edificações, evitando-se uma sobrecarga exorbitante na malha de equipamentos públicos (rede de saneamento, água, luz, entre outros) produzida por empreendimentos imobiliários fora do planejamento.

²⁵ Servidões Administrativas, In: RDP 59- 60, pp. 88-99.

²⁶ CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, Tombamento e Dever de Indenizar, In: RDP n.º 81, pp. 64-73.

5.3 – Instrumentos do solo criado

A preocupação dos juristas com o solo criado é anterior à vigente Carta. Os problemas gerados com o adensamento indiscriminado e realizado por grandes construções nos terrenos urbanos de há muito se fazem presentes no nosso cenário.

Não obstante, em dezembro de 1976 o CEPAM – Fundação Prefeito Faria Lima – promoveu seminário que culminou na chamada “Carta de Embú”, documento subscrito por uma leva de notáveis juristas, onde várias conclusões ali inferidas serviram de referencial ao instituto do solo criado.²⁷

O advento da Constituição Federal de 1988 forçou novo debate a respeito do tema, desta vez à luz do novel ordenamento constitucional-positivo. Assim, o Instituto Internacional de Direito Público e Empresarial – IDEPE, em seminário sobre “Iniciativa privada e serviços públicos”, realizado em Curitiba entre os dias 7 e 9 de dezembro de 1990, tratou de aperfeiçoar as conclusões outrora lançadas em documentos como a “Carta de Embú”.²⁸

Por oportuno, adiante serão analisados alguns dos seus instrumentos tidos como mais relevantes.

²⁷ São estas as conclusões da “Carta de Embú”:

1. É constitucional a fixação, pelo Município, de um coeficiente único de edificação para todos os terrenos urbanos.
 - 1.1. A fixação desse coeficiente não interfere com a competência municipal para estabelecer índices diversos de utilização dos terrenos, tal como já se faz, mediante de legislação de zoneamento.
 - 1.2. Toda edificação acima do coeficiente único é considerado solo criado, quer envolva ocupação de espaço aéreo, quer a do subsolo.
2. É constitucional exigir, na forma da lei municipal, como condição de criação de solo, que o interessado entregue ao Poder Público áreas proporcionais ao solo criado; quando impossível a oferta destas áreas, por inexistentes ou por não atenderem às condições legais para tanto requeridas, é admissível sua substituição pelo equivalente econômico.
 - 2.1. O proprietário de imóvel sujeito a limitações administrativas, que impedem a plena utilização do coeficiente único de edificação, poderá alienar a parcela não utilizável do direito à construir.
 - 2.2. No caso de imóvel tombado, o proprietário poderá alienar o direito de construir correspondente à área ou ao coeficiente único de edificação.

²⁸ O seminário realizado pelo IDEPE propôs:

1. Estabelecer um potencial de edificação (que seria uma vez a área do terreno). O excedente (solo criado) seria vendido pelo Poder Público, para sua utilização.
2. A transferência de solo criado entre imóveis deve restringir-se à mesma zona de uso, mantendo-se a média da densidade de edificabilidade.
3. Paralelamente, poderiam ser utilizados outros instrumentos, tais como aumento de impostos, realismo na fixação do valor venal dos imóveis, tributação progressiva das áreas vazias.
4. Solo Criado não é solo expropriado: pressupõe apenas uma limitação administrativa, dando ao Poder Público possibilidade de estimular ou desestimular a edificação, conforme o caso.
5. Plano Diretor, para cada Município, como instrumento básico, permitindo a edificação vertical onde for conveniente ao interesse público.
6. Solo Criado não exclui a contribuição de melhoria: tem a vantagem de poder ser cobrado no momento em que se cria o solo adicional e não no momento que se termina a obra pública”. In: RDP, nº 87, p. 151.

5.3.1 – O coeficiente de edificabilidade

Apesar da Constituição Federal de 1988 não positivizar expressamente em seu texto a figura jurídica do solo criado, a Carta Maior previu a competência concorrente à União, Distrito Federal e Estados para legislar sobre matéria urbanística. Já quanto aos Municípios prescreve-se competência para legislar sobre assuntos de interesse local, suplementar a legislação federal e a estadual no que couber e, conforme prescrições legais, elaborar o plano diretor (plano básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana).

Logo, deverá a lei nacional instituir os parâmetros de um coeficiente de edificabilidade único para o todo território nacional, visando ofertar tratamento jurídico igualitário para todos os Municípios da federação, pois “a adoção de um coeficiente único de aproveitamento para todo o país evitará disparidades de Município para Município, geradoras de tratamentos desiguais de proprietários de uns para outros”.²⁹

Ora, a solução acima apontada é a *mais útil*, pois a União lança mão de um limite único para tratar de maneira uniforme a todos, em detrimento da idéia preconizada por alguns juristas de se facultar a cada Município a liberdade de instituir seu coeficiente único, ensejando a permanência do caos e da insegurança jurídica em que vivemos.

5.3.2 – A transferência do direito de construir

A transferência do direito de construir, tal como salienta Nelson Saule Júnior, “é o instrumento destinado a compensar os proprietários de imóveis considerados de interesse para preservação de seu valor histórico, cultural, arqueológico, ambiental, ou destinado à implantação de programas sociais”.³⁰ Cite-se, *exempli gratia*, os casos de tombamento, área de mananciais, de interesse urbanístico, etc.

Nessas situações, o proprietário impedido de construir por lei poderá transferir o potencial de edificabilidade do terreno para outro de sua propriedade ou aliená-lo a interessados, desde que a operação de transferência seja efetuada entre imóveis inseridos na mesma zona urbana. Com esta medida, obtém-se a manutenção do potencial da área sem comprometer diretamente a malha de equipamentos públicos oferecidos à coletividade.³¹

Cumpre salientar que José Afonso da Silva³² afirma ser a transferência do direito de construir um componente desnecessário ao solo criado. Entre outras alegações, o respeitável doutrinador se posiciona pela incompetência do Município em regulamentar o negócio da compra e venda entre os proprietários, visto ser matéria inclusa na competência legislativa da União (Constituição Federal, art. 22, inciso I).

²⁹ JOSÉ AFONSO DA SILVA, *op. cit.*, p. 236.

³⁰ NELSON SAULE JÚNIOR, *Novas Perspectivas do Direito Urbanístico Brasileiro. Ordenamento Constitucional da Política Urbana. Aplicação e Eficácia do Plano Diretor*, p. 301.

³¹ *No Município de São Paulo a transferência do direito de construir imóveis preservados é regulamentada pela Lei nº 9.752/84, devendo a transferência ser realizada por meio de instrumento público.*

³² *Op. cit.*, p. 235.

Inquestionável é a proposição de que a União detém competência para legislar sobre direito civil. Entretanto, não se corrobora do entendimento defendido pelo renomado constitucionalista quando afirma não ser a transferência do direito de construir componente do solo criado. Ambos estão intimamente ligados.

A solução apresentada abriga a competência da União para regulamentação da transferência do direito de construir. A lei federal deverá disciplinar o procedimento para que sua efetiva viabilização proceda-se em conjunto com as áreas delimitadas pelas zonas instituídas no plano diretor de cada cidade.

5.3.3 – Outorga onerosa

A outorga onerosa é instrumento voltado à aquisição de solo, por parte dos particulares, diretamente do Poder Público Municipal, nos casos onde há pretensão de edificar acima do limite estabelecido pelo coeficiente único.

O Plano Diretor é o meio jurídico cabível para regulamentar a permissão ao interessado a opção de compra do potencial de edificabilidade de imóveis que não a utilizarão (através da transferência), ou do próprio Poder Público (pela outorga onerosa).³³

Na presente matéria, perfilhando a lição abalizada de Carlos Ari Sundfeld³⁴ de que *em ciência é útil especular*, ousa-se firmar ser possível o Poder Público *vender solo* ao particular interessado mediante outorga onerosa, também nos casos quando já se esgotou todo o potencial de edificabilidade da área de zoneamento. É o exemplo do particular pretender construir em determinada área, onde já se consumiu todo o potencial da zona, bem como não havendo mais solo a ser transferido.

Em tais possíveis situações, soluciona-se a problemática facultando-se o Poder Público outorgar onerosamente a edificação, se e somente se o particular-interessado adimpler valores suficientes a serem revertidos diretamente no suprimento de novos equipamentos urbanísticos.

É dizer: não é de interesse público que as novas instalações e ampliações recaiam sobre os cofres do Município, uma vez que este já ofereceu equipamentos suficientes ao funcionamento dos imóveis situados em determinada zona. Os custos a respeito da instalação de novos equipamentos deverão ser arcados e compensados pelos empreendedores da construção, e não pela coletividade.

Admitida a outorga onerosa por lei, sua natureza jurídica é de instrumento de política urbanística. Exclui-se do plano de ordem tributária, por não gerar ato compulsório de obrigação ao particular como por exemplo o imposto de propriedade territorial urbana (IPTU).

³³ O Plano Diretor da Cidade do Natal (RN), Lei Complementar n.º 7/94, autoriza o Poder Executivo municipal a receber como forma de pagamento da outorga onerosa imóveis que sejam de interesse da municipalidade.

³⁴ *Op. cit.*, p. 3.

Sobre o assunto clara é a lição de Eros Roberto Grau, ao referir a outorga onerosa como ônus de construir acima do coeficiente de aproveitamento único a ser suportando pelo proprietário do imóvel. Assim, caso alguém deseje construir fora do limite (legalmente imposto) deverá arcar o ônus que não se confunde com obrigação ou sanção de pagar por este direito.³⁵

6 – Considerações finais

As conclusões aduzidas são decorrências inexoráveis do presente estudo. Logo, sintetizando o que fora exposto, tem-se que:

1. A atividade urbanística consubstancia-se no exercício de uma função pública, onde os órgãos do Poder realizam intervenções na propriedade privada visando ordenar os espaços habitáveis no meio ambiente urbano.

2. O direito de propriedade remonta a antigüidade. Todavia, no presente século, sem negar os direitos individuais do proprietário, aos poucos foram sendo introduzidas as idéias de cunho social e bem-estar coletivo.

3. Após a Primeira Grande Guerra surge a concepção de se garantir a preservação do direito de propriedade, adicionando-lhe o dever de cumprir uma função social em contraposição ao princípio absoluto e individualista de pleno uso, disposição e gozo.

4. A natureza jurídica do direito de propriedade é relativa ao Direito Público, pois a Constituição traça sua ideologia acerca do regime jurídico que lhe será atribuído.

5. De conformidade com o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, foi positivado o direito de propriedade com a ressalva de que ela deve atender a sua função social.

6. Solo criado é toda área edificável além do coeficiente único de aproveitamento do lote, legalmente fixado para o local. Ou seja, é um acréscimo ao direito de construir, além do coeficiente básico de aproveitamento estabelecido pela lei. Ultrapassando o coeficiente legalmente imposto 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 dispuser para a respectiva zona.

7. O solo criado tem natureza jurídica de limitação administrativa, referente ao exercício do poder de polícia administrativa, numa abstenção ou um *non facere*.

8. São instrumentos essenciais ao solo criado: o coeficiente de edificabilidade, a transferência do direito de construir e a outorga onerosa

9. Admitida a outorga onerosa por lei, sua natureza jurídica é de um instrumento de política urbanística e não tributária, por não gerar ato compulsório de obrigação ao particular, ou seja, é ônus que não se confunde com obrigação ou sanção de pagar por este direito.

³⁵ EROS ROBERTO GRAU, A Outorga Onerosa do Plano Diretor de São Paulo. Ônus e Não Obrigação. Parecer emitido para consulta da Secretaria de Planejamento do Município de São Paulo – 1991.

Bibliografia

- ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*. 3ª ed. Milão: Guiffré, 1960.
- ATALIBA, Geraldo. *Normas Gerais de Direito Financeiro e Tributário e Autonomia dos Estados e Municípios*. In: Revista de Direito Público nº 10.
- DALLARI, Adilson Abreu. *Desapropriação para Fins Urbanísticos*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- _____. *Servidões Administrativas*. In: Revista de Direito Público, nº 59- 60.
- FAGUNDES, Seabra. *Aspectos Jurídicos do Solo Criado*. In: Revista de Direito Administrativo, nº 12.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Licenças Urbanísticas*. In: Revista de Direito Público, nº 90.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1974.
- Eros Roberto Grau. *Direito Urbano: Regiões Metropolitanas, Solo Criado, Zoneamento e Controle Ambiental, Projeto de Desenvolvimento urbano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983.
- _____. *A Outorga Onerosa do Plano Diretor de São Paulo. Ônus e Não Obrigação*. Parecer emitido para consulta da Secretaria de Planejamento do Município de São Paulo, 1991.
- GUERRA, Maria Magnólia Lima. *Aspectos Jurídicos do Uso do Solo Urbano*. Fortaleza: 1981.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição* (trad. Guilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Estado e do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- _____. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1994.
- LOCKE, Jonh. *Segundo Tratado sobre o Governo*. São Paulo: Abril, 1983.
- EIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 6ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1990.
- _____. *Direito de Construir*. 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983.
- _____. *Direito Urbanístico – Competências Legislativas*. In: Revista de Direito Público, nº 73.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- _____. *Novos Aspectos da Função Social da Propriedade no Direito Público*. In: Revista de Direito Público, nº 84.
- _____. *Apontamentos sobre o Poder de Polícia*. In: Revista de Direito Público, nº 9.

- _____. *Tombamento e Dever de Indenizar*. In: Revista de Direito Público, nº 81.
- _____. *Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social*. In: Revista de Direito Público, nº 57-58.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1969.
- SAULE JÚNIOR, Nelson. *Novas Perspectivas do Direito Urbanístico Brasileiro. Ordenamento Constitucional da Política Urbana. Aplicação e Eficácia do Plano Diretor*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- _____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª ed., rev. empl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SOUSA, Junia Verna Ferreira de. *Solo Criado: Um Caminho para Minorar os Problemas Urbanos*. Temas de Direito Urbanístico II (org.: Adilson Abreu Dallari e Lúcia Valle Figueiredo). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Função Social da Propriedade*. Temas de Direito Urbanístico I (org.: Adilson Abreu Dallari e Lúcia Valle Figueiredo). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.