

SOLO CRIADO E OUTORGA ONEROSA DO DIREITO DE CONSTRUIR: ASPECTOS PROEMINENTES

SPACE ADRIFT AND ONEROUS DISPOSAL
OF DEVELOPMENT RIGHTS:
PROMINENT FEATURES

Raquel Bastos Ferreira¹

Milton Carlos Rocha Mattedi²

Resumo

O presente artigo objetiva abordar os instrumentos urbanísticos do solo criado e, de forma especial, da outorga onerosa do direito de construir, buscando-se definir seus principais contornos, natureza jurídica e normatização no direito pátrio a partir da perspectiva histórica com a qual se reveste a formação e consolidação de tais ferramentas no direito brasileiro e alienígena. Intenciona contribuir para uma interpretação que harmonize e equilibre os princípios, direito e garantias insculpidos na Constituição da República de 1988, notadamente o direito de propriedade e o cumprimento de sua função social, de modo coibir abusos, sejam individuais, sejam por parte do Poder Público, e a viabilizar o máximo atendimento aos interesses da coletividade.

Palavras-chave: Direito Civil; Outorga Onerosa do Direito de Construir; Solo Criado.

Abstract

This article aims to address the urban law instruments of the space adrift and, particularly, the onerous disposal of development rights, seeking to

¹ Pós-Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMG, Minas Gerais.

² Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMG. Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMG, Minas Gerais.

define its main outlines, legal basis and regulation on Brazilian urban law, starting from the historical perspective of its origins and development, both in Brazilian and in foreign law. The present work intends to contribute to an interpretation that harmonizes and balances the principles, rights and guarantees sculptured in the Brazilian Constitution of 1988, specifically about property rights and the fulfillment of its social function, in order to curb abuses, whether of individuals, whether on the part of the Public Administration, and to foster the most suitable attendance to the interests of the collectivity.

Keywords: Civil Law; Onerous Disposal of Development Rights; Space Adrift.

Introdução

É inerente ao ser humano o anseio pela segurança propiciada pela aquisição de bens. A importância de suprir as necessidades vitais do homem a partir da apropriação de bens é notória, especialmente diante da possibilidade de escassez dos mesmos. Diante disso, a busca pela sobrevivência e a garantia da manutenção das conquistas de cada indivíduo integrante de uma comunidade tornam-se alavancas da evolução do próprio homem e de seu grupamento social.

Hodiernamente percebe-se que o direito de propriedade é um dos maiores pilares do desenvolvimento da sociedade humana, sendo a sua importância e extensões afirmadas por PEREIRA:

A propriedade tem sido objeto das investigações de historiadores, sociólogos, economistas, políticos e juristas. Procuram todos lhe fixar o conceito, determinar-lhe a origem, caracterizar-lhe os elementos, acompanhar-lhe a evolução, justificá-la ou combatê-la.³

A propriedade sempre foi tutelada pelas constituições dos Estados Soberanos. A princípio visava garantir a própria existência do ser humano, sua liberdade individual contra, inclusive, o Poder Público. A noção de propriedade absoluta e ilimitada, vivida pelo Direito Romano, reconhecia o bem apenas como um instrumento para benefício de seu detentor. Protegia-se a propriedade e o direito à propriedade.

³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. p. 81.

A Revolução Francesa e a formação do Código Napoleônico de 1804 foram as fontes das quais se abeberou primeiramente nosso Direito Civil. Diante do êxito da burguesia frente ao poder real e, conseqüentemente, do reconhecimento da liberdade econômica e igualdade social, o Código Napoleônico teve uma inegável vertente individualista e patrimonialista. Tais características foram sem dúvida absorvidas pelo Código Civil brasileiro de 1916.

Com a evolução das sociedades, notadamente em seu aspecto econômico, houve um alargamento do conceito de propriedade, que não mais comportava somente os bens imóveis e móveis, mas também outros, tais como a propriedade intelectual. Em contraposição, o progresso também trouxe no seu bojo outros direitos e interesses, notadamente os direitos sociais, muitos dos quais vieram a se contrapor à ideia de absolutismo do direito de propriedade na concepção romana.

Ao inaugurar uma nova era em nosso ordenamento jurídico pátrio, a Constituição da República de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã, reforçou essa visão coletiva da propriedade em contraponto à vertente individualista. Os princípios sobre os quais a Constituição repousa buscam a proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais e sociais como pilares na fundação de uma sociedade para todos. Passa-se a buscar a proteção do interesse coletivo sobre o individual, do ser humano em detrimento do patrimônio.

O Código Civil brasileiro de 2002 considerou em seu texto os valores constitucionais e apresenta viés mais coletivo e social, concentrando sua atuação na proteção do ser humano em detrimento dos seus bens. O enfoque de interesse desloca-se do patrimônio para a pessoa, com base no fundamento da República Federativa do Brasil da dignidade da pessoa humana, constante do art.3º da Constituição da República de 1988, havendo sensível mudança no direito civil contemporâneo.

Faz-se imperiosa a busca pelos fundamentos constitucionais. A propriedade deixa de ser um direito absoluto para tornar-se um instrumento de bem-estar social e de proteção aos valores fundamentais. Tal mudança de paradigma corrobora-se nos ensinamentos de LEÃO, que afirma a alteração na concepção do conceito de propriedade, *in verbis*:

A propriedade vem sofrendo neste século grandes transformações. Paradoxalmente, contudo, a metamorfose que nela se opera (por força de posições dogmáticas que remontam ao final do século passa-

do) não tem sido suficiente à satisfação das necessidades do homem como também não tem conseguido evitar os conflitos sociais.⁴

Como consequência, a propriedade passou a ser não somente um direito a ser desfrutado, mas também um dever, uma responsabilidade. Enquanto dever, a propriedade é obrigada a atender sua função social, a ser um instrumento de desenvolvimento e benefício coletivo. Caso não o seja, impõe-se ao Estado a tomar as medidas necessárias para que aquele bem torne-se útil para a sociedade, inclusive podendo expropriá-lo de seu legítimo proprietário. De forma clara e objetiva, MALUF sintetiza o pensamento atual sobre a propriedade, afirmando seus limites:

Contudo, o direito de propriedade não mais se reveste do caráter absoluto e intangível, de que outrora se impregnava. Está ele sujeito, na atualidade, a numerosas limitações, impostas pelo interesse público e privado, inclusive pelos princípios de justiça e do bem comum.⁵

Assim, paulatinamente, a propriedade vem deixando de ser um instituto de direito privado para tornar-se um instrumento de paz, equidade e desenvolvimento social. É notório o movimento tornar mais público o direito privado, com a inserção de valores sociais exigidos da esfera privada pela Constituição da República.

Sobre a propriedade urbana tem recaído maiores reflexões jurídicas hodiernamente, em virtude da enorme densidade populacional das grandes cidades e a multiplicação de conflitos decorrentes desse movimento. A carência crescente de espaços urbanos e a inevitável aproximação física dos indivíduos é geradora de crescentes tensões sociais.

Após a revolução industrial houve um grande movimento de êxodo das populações rurais em direção aos grandes centros urbanos. Tal movimento populacional visava a uma busca de oportunidade e melhores condições de vida. Entretanto, esse movimento não deixou de criar profundos problemas sociais. As recém-criadas metrópoles não estavam preparadas para suportar o peso social imposto de forma rápida e surpreendente. SEABRA FAGUNDES coloca a situação de forma clara:

⁴ LEÃO, Adroaldo. *O uso do solo urbano*. Revista Forense, v. 278, Rio de Janeiro, Forense, 1982, p. 125.

⁵ MALUF, Carlos Alberto Debus. *Limitações ao Direito de Propriedade: de acordo com o Código Civil de 2002 e com o Estatuto da Cidade*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 15.

Com o crescimento demográfico das populações citadinas e a aparição de novas técnicas na construção civil, surgiram os chamados edifícios de apartamentos. [...] surgiram problemas [...] no concernente à coletividade exterior, isto é, ao bairro e à cidade, pelos reflexos, sobre os seus habitantes da sobrecarga incidente nos serviços públicos (água, luz, telefone, saneamento, transporte etc.) e da afetação das condições de salubridade (arejamento, isolamento, lazer etc). [...] seu uso indiscriminado passa a influir negativamente, de modo flagrante e grave, na qualidade da vida urbana.⁶

O êxodo rural e o movimento de urbanização das cidades, principalmente nos países da América Latina, foi algo bastante intenso, conquanto tardio em comparação com os países europeus. Ante a tal cenário, não conseguiram o ordenamento jurídico pátrio e o Estado brasileiro acompanhar as transformações na velocidade em que se deram.

O Estado brasileiro observou passivamente durante décadas todo esse movimento de intensa urbanização das cidades. Seus problemas estruturais, tais como acesso a água potável, canalização e tratamento de esgoto, instalação de rede elétrica e de gás, interligação viária e transporte público, além de escolas, postos de saúde e segurança pública foram se avolumando. As condições de vida dos habitantes das cidades brasileiras tornaram-se cada vez piores.

A multiplicação de conflitos e a incapacidade estatal de responder adequadamente a eles fez com que juristas e doutrinadores voltassem sua atenção aos desafios vividos na seara urbanística. Começam a surgir então os primeiros debates em terra pátria sobre o direito urbanístico e a busca para a solução das lides urbanas. MARQUES NETO corrobora esse posicionamento e afirma sobre a consolidação doutrinária do direito urbanístico mesmo antes de qualquer regulamentação normativa:

O direito urbanístico brasileiro é um raro caso de ramo jurídico que se criou e consolidou muito antes do advento, no direito positivo, de um diploma contendo regras claras e consolidadas a lhe servir de bases. Embora o país tenha se urbanizado rápida e drasticamente, passando a conviver com enormes concentrações urbanas – e seus desafiadores problemas –, até há pouco não tínhamos uma lei

⁶ FAGUNDES, M. Seabra. *Aspectos jurídicos do solo criado*. Revista Forense, v. 260, Rio de Janeiro, Forense, 1977, p. 01.

urbanística que reunisse os marcos disciplinadores da ocupação do solo urbano.⁷

O direito urbanístico vem regulamentar as relações jurídicas advindas do uso e ocupação do solo urbano. Para tanto, torna-se indispensável à limitação do direito de propriedade como ferramenta destinada a que os habitantes dos centros urbanos possam usufruir dos seus bens mantendo um mínimo de qualidade de vida.

A propriedade urbana passa a ter fundamental importância por sua forma de utilização e não mais por aquilo que pode produzir em benefício individual de seu proprietário.

É fato que atualmente a aglomeração imobiliária é algo inevitável em nossa realidade urbana. Igualmente verdadeiro que o uso intenso do solo urbano gera inúmeras situações potencialmente conflituosas que devem ser disciplinadas.

SEABRA FAGUNDES, afirma as dificuldades de se disciplinar o direito urbanístico e, conseqüentemente, o solo criado:

A disciplina do solo criado se depara com três forças negativas: o crescimento populacional dos centros urbanos (populações autóctone e migratória) a exigir, cada vez com maior ímpeto, a construção vertical; a ambição de lucro pelo aproveitamento de cotas de solo natural, sem qualquer consideração pelas más repercussões sobre a coletividade vizinha; direito de disponibilidade da terra pelo seu proprietário.⁸

Dessa forma, é imprescindível o estudo e a compreensão do direito urbanístico no que tange os institutos do solo criado e a outorga onerosa do direito de construir, na medida em que, enquadrados nos chamados *ônus urbanísticos*, constituem instrumentos de regulação e aproveitamento socialmente adequados da propriedade urbana, para a melhor solução de conflitos urbanísticos e desenvolvimento social das cidades.

E, considerando-se ser insustentável a atribuição exclusiva ao Poder Público da responsabilidade (inclusive financeira) pelo atendimento às sempre crescentes demandas urbanas, devem ser tais ferramentas analisadas sob a ótica do

⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Outorga onerosa do direito de construir (solo criado)*. In: DALLARI, Adilson Abreu (Coord.). *Estatuto da Cidade – Comentários a Lei Federal 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 221.

⁸ FAGUNDES, M. Seabra. *Aspectos jurídicos do solo criado*. Revista Forense, v. 260, Rio de Janeiro, Forense, 1977, p. 01.

princípio da equidistribuição dos benefícios e ônus do processo de urbanização⁹, uma das bases do direito urbanístico pátrio.

Acerca de tal princípio, afirma PINTO:

As transformações urbanas devem ser financiadas, na medida do possível, pelos seus beneficiários diretos e não pelo conjunto dos cidadãos ou por uns poucos prejudicados. As obras públicas valorizam os terrenos privados tanto quanto as benfeitorias que neles forem edificadas. Permitir que esta valorização seja apropriada livremente constituiria um verdadeiro enriquecimento sem causa. A recíproca também é verdadeira. Impor sobre alguns poucos proprietários o ônus de preservar suas edificações intactas ou seus terrenos inedificáveis em benefício de um patrimônio paisagístico ou ambiental que beneficia todos é igualmente injusto.

A técnica adotada no direito urbanístico para viabilizar essa internalização de custos e benefícios é a imposição de ônus urbanísticos aos proprietários, em troca da incorporação aos seus terrenos de porções quantificadas de direito de construir.¹⁰

No presente trabalho objetiva-se adentrar nos instrumentos urbanísticos do solo criado e, de forma especial, da outorga onerosa do direito de construir, buscando-se definir seus principais contornos, natureza jurídica e normatização no direito pátrio, partindo-se da evolução histórica que tiveram tais ferramentas no direito brasileiro e alienígena.

Compreender os mencionados aspectos permite mais adequada interpretação aplicação do solo criado e da outorga onerosa do direito de construir, com vistas a que cumpram sua finalidade precípua de servir ao desenvolvimento da política urbana e ao interesse da coletividade, não se permitindo um exercício do direito de propriedade à exaustão, isto é, de forma ilimitada, nem o abuso do poder público na restrição, por quaisquer meios, ao direito individual de propriedade.

⁹ Tal princípio encontra-se expresso no Estatuto da Cidade, senão vejamos: “Art. 2º *A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:*

[...]

IX – justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização”.

¹⁰ PINTO, Victor Carvalho Pinto. *Direito Urbanístico*. Plano Diretor e Direito de Propriedade. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 272.

1 Arcabouço Jurídico do Solo Criado e da Outorga Onerosa do Direito de Construir

A incipiência das investigações da doutrina pátria acerca do direito urbanístico torna imprescindível a busca por parâmetros e experiências em legislação estrangeira sobre a forma de regulação urbana intensa, realizada, notadamente, por meio do instrumento do solo criado. Sobre o tema, vislumbra-se inicialmente duas experiências bem sucedidas: a norte-americana, com o *space adrift*; e, especialmente, a francesa, com a *plafond légal de densité*.

Com relação à experiência francesa, esta se encontra bem próxima dos parâmetros brasileiros adotados atualmente para a figura do solo criado. Os ensinamentos de SILVA resumem de forma bastante sucinta a questão:

Na França, a Lei 75-1.328, de 31.12.1975, estabeleceu que ‘uma densidade igual a 1,0 constitui o limite legal de densidade. Para a cidade de Paris, esse número é fixado em 1,5’. Além desse limite, chamado *plafond légal de densité* (teto legal de densidade), o exercício do direito de construir se subordinava ao interesse coletivo. Toda construção de densidade excedente ao *plafond légal* era subordinada ao pagamento, pelo beneficiário da autorização de construir, de uma soma igual ao valor do terreno.¹¹

De acordo com a legislação francesa, o direito de construir até o limite legalmente fixado seria direito inerente ao proprietário do imóvel, sendo reconhecido de forma geral. Contudo, após esse limite, o direito do proprietário individualmente considerado passa a segundo plano, sendo o interesse social fator determinante na autorização da construção. Com isso, o direito de construção acima do limite geral estaria condicionado a algo que beneficiasse a comunidade e não apenas ao proprietário do imóvel. Já no que toca ao pagamento efetuado pelo proprietário, este corresponderia apenas a autorização de construir acima do limite legal.

Contudo, por diversos motivos, a legislação francesa foi alterada, sendo dada competência às Comunas para estabelecer sobre a estipulação e alteração do índice de densidade em contraposição à limitação genérica legalmente prevista.

Já a experiência norte-americana aborda outro aspecto de grande importância para a melhor compreensão do solo criado. Nela a abordagem faz-se de forma a diferenciar o direito de propriedade e o direito de construir.

¹¹ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 254.

Seu escopo principal diz respeito à possibilidade de transferência a terceiros de potenciais de construção nas hipóteses de imóveis tombados pelo patrimônio histórico. Dessa forma, preservava-se o direito daqueles que tinham seu imóvel tombado e abria-se espaço para edificações mais modernas e densas em outras áreas. Recorrendo-se novamente aos ensinamentos de SILVA:

Nos EUA a experiência do solo criado decorreu do chamado ‘Plano de Chicago’. Com o nome de *Space Adrift* (Espaço Flutuante), o instituto tem sido aplicado, especialmente no seu mecanismo de transferência, para o fim de preservar o patrimônio histórico. Por esse sistema os proprietários de imóveis que o Poder Público definir com o de interesse histórico ficam autorizados a alienar o direito de construir que lhes couber no terreno onde se acham tais imóveis, e que não podem ser demolidos para erguerem-se no respectivo terreno construções modernas e elevadas.¹²

No Brasil, somente no ano de 1975 o tema do solo criado foi tocado e começado a ser debatido. Tal fato ocorreu em um seminário interno do Grupo Executivo da Grande São Paulo – GEGRAN. Os pioneiros que enfrentaram as dificuldades do tema em busca das soluções dos conflitos crescente foram Eros Grau, Antônio Carlos Cintra do Amaral e Jorge Bartholomeu Carneiro da Cunha.¹³

Os renomados juristas traçaram várias importantes considerações sobre o tema do solo criado e da lacuna na legislação urbanística. Conquanto não tenham prosperado de forma imediata tais considerações, como se desejava e necessitava, serviram como alicerce e fator desencadeador para a promoção e o desenvolvimento de inúmeros debates surgidos a seguir sobre o tema.

O passo seguinte para o desenvolvimento jurídico da figura do solo criado no ordenamento pátrio foi dado pelos seminários e grupo de estudos de administração pública da Fundação Prefeito Faria Lima, antigo Centro de Estudos e Pesquisas em Administração Municipal – CEPAM. A partir daí, surgiram em diversas localidades congressos e seminários sobre o tema. Tais estudos e a produção cada vez mais intensa de debates entre grandes juristas e estudiosos do urbanismo serviram de base para a produção da importante “Carta de Embu”.

A importância jurídica dessa Carta como marco no desenvolvimento do urbanismo é notória. Nas palavras de SILVA, “*O documento mais importante*

¹² SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 255.

¹³ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 256.

*sobre o solo criado é a Carta de Embu, elaborada com a participação de juristas, arquitetos, urbanistas e economistas.*¹⁴

Depois da edição da Carta de Embu surgiram as primeiras normas de direito urbanístico. Contudo, a disposição sobre as figuras o solo criado e a outorga do direito de construir somente vieram a ser legalmente disciplinadas com a edição do Estatuto da Cidade (Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001).

O Estatuto da Cidade é resultado de “*um período de mais de uma década de elaborações, negociações, idas e vindas em torno de um projeto de lei complementar ao capítulo de política urbana da Constituição*”¹⁵¹⁶.

Acerca de seu significado e relevância, bem argumenta CYMBALISTA:

O Estatuto abarca um conjunto de princípios – no qual está expressa uma concepção de cidade e de planejamento e gestão urbanos – e uma série de instrumentos que, como a própria denominação define, são meios para atingir as finalidades desejadas. Entretanto, delega – como não podia deixar de ser – para cada um dos municípios, a partir de um processo público e democrático, a explicitação clara destas finalidades. Neste sentido, o Estatuto funciona como uma espécie de ‘caixa de ferramentas’ para uma política urbana local. É a definição da ‘cidade que queremos’, nos Planos Diretores de cada um dos municípios, que determinará a mobilização (ou não) dos instrumentos e sua forma de aplicação. É, portanto, no processo político e no engajamento amplo (ou não) da sociedade civil, que repousará a natureza e a direção de intervenção e uso dos instrumentos propostos no Estatuto¹⁷.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 257.

¹⁵ Ao tratar do processo de elaboração do Estatuto da Cidade, assim dispõe Renato Cymbalista: “*Esse projeto de lei (Projeto de Lei no 5.788/90), que ficou conhecido como o Estatuto da Cidade, foi finalmente aprovado em julho de 2001, e está em vigência a partir de 10 de outubro desse mesmo ano. A partir de agora, o capítulo de política urbana da Constituição de 1988, em combinação com o Estatuto da Cidade e o texto da Medida Provisória nº 2.220/01, dão as diretrizes para a política urbana do país, nos níveis federal, estadual e municipal. Por outro lado, vários municípios não esperaram a promulgação desta lei federal para instaurar práticas e implementar os princípios expressos na Constituição, de tal forma que, durante a década de 90, enquanto se discutia e construía o Estatuto, acontecia em âmbito local, um processo rico de renovação no campo da política e do planejamento urbanos. A redação, finalmente aprovada e sancionada, de certa maneira, incorpora esta experiência local, consagrando práticas e instrumentos já adotados, além de abrir espaço para outros que, por falta de regulamentação federal, não puderam ser implementados*”.

¹⁶ CYMBALISTA, Renato. *Estatuto da Cidade: guia para implementação pelos municípios e cidadãos*. Brasília: Instituto Pólis, 2001, p. 21.

¹⁷ CYMBALISTA, Renato. *Op. Cit.*, pp. 21-22.

Trata-se de essencial instrumento a todos aqueles engajados na transformação da cidade rumo à superação de uma ordem urbanística excludente, patrimonialista e predatória; é igualmente, o início de uma trajetória rumo à implementação de seus preceitos, universalizando-se a aplicação de seus princípios na reconstrução do país.

Noutro giro, não se pode deixar de assinalar que a discussão sobre os conceitos de direito de propriedade e direito de construir surgidas, principalmente, com o estudo do direito comparado norte-americano foi de fundamental importância para o desenvolvimento da reflexão crítica das bases de nossa legislação urbanística nascente, notadamente sobre a outorga onerosa do direito de construir.

Tal diferenciação se faz especialmente relevante para a melhor compreensão e definição dos limites e contornos do solo criado e da outorga onerosa do direito de construir. São três as correntes doutrinárias que travaram as principais discussões sobre o tema.

A primeira corrente aproximava-se do direito romano e incluía o direito de construir como algo inerente ao direito de propriedade. De acordo com essa visão, não poderia haver a separação do direito de construir, porque sendo assim restaria descaracterizado e tolhido o próprio direito de propriedade. Ainda preservava-se a visão tradicional do direito absoluto e ilimitado do proprietário em servir-se do bem, independentemente das repercussões jurídicas, econômicas e sociais que essa utilização causasse na comunidade. Tal corrente doutrinária é melhor explicitada nas palavras de MARQUES NETO:

Num pólo erigiu-se a doutrina mais aproximada do direito civil (na sua tradição romanística), segundo a qual o direito de propriedade implicaria a plenitude do direito de construir, sendo este inerente aos atributos de fruição e gozo do bem integrante do domínio privado.¹⁸

O mesmo autor, prossequindo o seu pensamento, vai além, afirmando que tal corrente considera inconstitucional qualquer limitação ao direito de construir em virtude da garantia constitucional da propriedade. Somente poderiam ser aceitas pequenas restrições, não sendo aceito o instituto do solo criado:

¹⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Outorga onerosa do direito de construir (solo criado)*. In: DALLARI, Adilson Abreu (Coord.). *Estatuto da Cidade – Comentários a Lei Federal 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 223.

Por essa acepção **seria inconstitucional, porquanto írrita ao direito de propriedade, qualquer imposição de normas urbanísticas que condicionassem o direito de construir** à prévia outorga pelo Poder Público, quanto mais a título oneroso. O máximo que, nessa linha de entendimento, se admitia era a fixação de restrições gerais ditadas pelo direito de vizinhança ou por posturas municipais concernentes ao zoneamento ou a condições sanitárias das edificações. Adotada essa linha de pensamento, não **haveria lugar no ordenamento jurídico para o instituto do solo criado** [...]. (GRIFOS NOSSOS)¹⁹

Já a segunda corrente foi apoiada no ordenamento pátrio por Antônio Carlos Cintra do Amaral, Eros Roberto Grau e Jorge Bartholomeu Carneiro da Cunha. Segundo tal visão, haveria uma distinção completa entre a propriedade e o direito de construir. Não caberia fazer uma relação direta e imediata, causa e consequência, entre aqueles direitos. O direito de construir seria algo separado do direito de propriedade, devendo ser autorizado pelo Poder Público. Nesse sentido, MARQUES NETO doutrina:

Nesse sentido, haveria uma separação entre duas dimensões, sendo subtraída dos atributos de uso, gozo e disponibilidade da propriedade urbana a prerrogativa de sobre ela construir qualquer edificação. **O direito de construir sobre ou sob a propriedade não integraria o domínio da coisa, sendo titularizado pela coletividade**, e, como tal, somente o poder público poderia outorgá-lo ao proprietário, observadas as normas urbanísticas.²⁰ (GRIFOS NOSSOS)

Tal corrente representa o oposto da primeira. Para aquela corrente inicial não haveria que se discutir sobre restrições administrativas, pois o direito de construir iria além do direito de propriedade. Dessa forma, o solo criado não seria um direito do proprietário, mas simplesmente uma concessão do Poder Público. Em contraposição, a segunda corrente afirma não ser inerente o direito de construir à propriedade.

¹⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Outorga onerosa do direito de construir (solo criado)*. In: DALLARI, Adilson Abreu (Coord.). *Estatuto da Cidade – Comentários a Lei Federal 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 223.

²⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Outorga onerosa do direito de construir (solo criado)*. In: DALLARI, Adilson Abreu (Coord.). *Estatuto da Cidade – Comentários a Lei Federal 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 224.

Por fim, a terceira corrente busca uma conciliação entre as duas anteriores, buscando trilhar um caminho intermediário. Ela considera que, apesar do direito de construir ser integrante do direito de propriedade, não teria um caráter absoluto. Tal direito deve obediência às limitações legais e administrativas impostas pelo Poder Público na defesa dos interesses da coletividade. Novamente recorrendo-se aos bons ensinamentos de MARQUES NETO:

[...] inobstante reconhecer que o direito de propriedade envolve a utilização e disposição do bem, caberia à legislação estipular os limites do uso e desta disponibilidade, donde adviria a um só tempo o reconhecimento dos direitos inerentes à propriedade, mas exercíveis nos limites da lei.²¹

Essa última corrente tem como seu principal expoente Celso Antônio Bandeira de Mello, ilustre pensador e crítico do direito, além de administrativista de escol.

Atribui-se a ela a vantagem de respeitar o direito de propriedade e do proprietário de construir, sem que seja abandonado o respeito aos interesses sociais e da coletividade. Assim, estaria em consonância com os valores da Constituição da República de 1988, protegidos nos artigos 5º, inciso XXIII, 170, inciso III, e 182, §2º²², e que resguardam a propriedade, desde que tenham sua função social efetivada.

Não obstante constitua a base na qual está assentada a doutrina brasileira tradicional, a corrente que considera a inerência do direito de construir à propriedade, atribuindo-se às limitações impostas pelo poder público legitimidade

²¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Outorga onerosa do direito de construir (solo criado)*. In: DALLARI, Adilson Abreu (Coord.). *Estatuto da Cidade – Comentários a Lei Federal 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 225.

²² “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social”.

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

[...]

III - função social da propriedade”.

“Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

[...]

§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”.

em razão do poder de polícia estatal, não foi acolhida pelo Estatuto da Cidade, no entender da doutrina mais moderna.

Nesse sentido esclarece PINTO:

Dentre todas as inovações trazidas pelo Estatuto da Cidade, a mais relevante para o direito urbanístico brasileiro é, sem dúvida alguma, a separação entre o direito de propriedade e o direito de construir. Tal providência desde há muito reivindicada pelos profissionais do setor, decorre claramente dos institutos da outorga onerosa do direito de construir, da operação urbana consorciada e da transferência do direito de construir.

A doutrina brasileira tradicional está assentada, entretanto, sobre o pressuposto de que o direito de construir seria uma faculdade do direito de propriedade, cujo exercício poderia ser restringido pelo Poder Público, com fundamento no poder de polícia. Assim sendo, faz-se necessário empreender um amplo esforço de reformulação teórica, a fim de identificar e revisar todas as consequências do modelo conceitual adotado pelo Estatuto da Cidade²³.

CYMBALISTA, em idêntico sentido, justifica a existência da outorga onerosa do direito de construir em dois princípios: direito de superfície (consistente na separação do direito de propriedade do direito de construir) e a função social da propriedade²⁴.

Para o mencionado autor, o direito de propriedade não implica poder ilimitado sobre ela. A existência mesma de normas urbanísticas já constituem, *de per se*, limitadores ao exercício desse direito. Assim é que em certas regiões de uma cidade é vedada a instalação de determinado tipo de indústria ou comércio de grande porte, por exemplo.

Todavia, o Estatuto da Cidade vai além de tais limitações ao tornar o direito de construir (na superfície, espaço aéreo ou subsolo do terreno) independente do direito de propriedade. É dizer, além de restringir a propriedade, aquilo que se pode fazer sobre o sob ela pode ser apartado dela e concedido a

²³ PINTO, Victor Carvalho Pinto. *Direito Urbanístico*. Plano Diretor e Direito de Propriedade. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 251.

²⁴ CYMBALISTA, Renato. *Estatuto da Cidade: guia para implementação pelos municípios e cidadãos*. Brasília: Instituto Pólis, 2001, p. 65.

outro, sem que isso represente a transferência, sob qualquer forma, da própria propriedade²⁵.

Abre-se espaço ao fenômeno denominado por PINTO de *patrimonialização do direito de construir*, entendendo-se este como “objeto de direito distinto do terreno, mas que se incorpora a ele mediante o atendimento de ônus urbanísticos, representados por contrapartidas dos proprietários em favor do Poder Público”²⁶.

2 Outorga Onerosa do Direito de Construir

Importante ao iniciar o estudo da outorga onerosa do direito de construir é expor seus limites e conceitos. Para tanto, também se faz necessário uma rápida exposição do que seja solo criado, instrumento que está estritamente ligado à outorga onerosa do direito de construir. DA SILVA, citando Eros Roberto Grau, expõe de forma clara e sucinta a delimitação dos contornos do solo criado:

A noção de solo criado desenvolveu-se inicialmente a partir da observação da possibilidade de criação de área horizontal, mediante a 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 natural.²⁷

Tal delimitação não se confunde com a ocupação do espaço aéreo. Pode-se ter a ocupação do espaço aéreo sem a criação do solo, como nos casos de torres e antenas. Da mesma forma, pode-se ter o solo criado sem a ocupação do espaço aéreo. Neste caso, tem-se como exemplo a utilização do subsolo.

Imprescindível a exposição do conceito de solo criado feito por Hely Lopes Meirelles, citado por MARQUES NETO:

Dizia o administrativista que “considera-se ‘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 desse coeficiente, até o limite que as normas edilícias admitirem, **o proprietário não**

²⁵ CYMBALISTA, Renato. *Estatuto da Cidade: guia para implementação pelos municípios e cidadãos*. Brasília: Instituto Pólis, 2001, p. 65.

²⁶ PINTO, Victor Carvalho Pinto. *Direito Urbanístico*. Plano Diretor e Direito de Propriedade. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 252.

²⁷ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 250.

terá o direito originário de construir, mas poderá adquiri-lo do Município, nas condições gerais que a lei local dispuser para a respectiva zona.”²⁸ (GRIFOS NOSSOS)

MEIRELLES define o solo criado e o diferencia da outorga onerosa do direito de construir, sendo aquele a construção além dos limites básicos e este a autorização do poder público para fazê-lo. Com efeito, essa diferenciação entre outorga onerosa e solo criado é de suma importância para a correta compreensão do instituto.

SILVA complementa tal delimitação de forma objetiva:

[...] o proprietário do lote (ou quem de direito) poderá construir acima daquele coeficiente, mas, nesse caso, sua faculdade de construir não será um direito que decorra da propriedade do terreno; por isso, o direito de construir acima do coeficiente único estabelecido terá que ser adquirido do Poder Público por via de concessão, ou do particular por via de compra ou outra forma que a lei dispuser.²⁹

MARQUES NETTO apóia esse entendimento, reafirmando a necessidade da diferenciação:

A outorga onerosa do direito de construir não substitui ou se confunde com a noção de solo criado. A onerosidade da outorga é, na verdade, uma consequência do estabelecimento do instituto do solo criado. Afinal, somente faz sentido prever a possibilidade de outorga onerosa [...] se preexistir a noção de que a edificação para além desses parâmetros constitui criação de solo à qual não corresponde um direito subjetivo particular.³⁰

O próprio Estatuto da Cidade fornece embasamento para tal distinção quando disciplina os parâmetros do solo criado no artigo 28 e as delimitações da outorga onerosa do direito de construir no artigo 30. Assim, fundamentados os

²⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Outorga onerosa do direito de construir (solo criado)*. In: DALLARI, Adilson Abreu (Coord.). *Estatuto da Cidade – Comentários a Lei Federal 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 221.

²⁹ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 251.

³⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Outorga onerosa do direito de construir (solo criado)*. In: DALLARI, Adilson Abreu (Coord.). *Estatuto da Cidade – Comentários a Lei Federal 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 232.

conceitos e diferenciações, deve analisada a disciplina do solo criado e da outorga onerosa do direito de construir dentro do Estatuto da Cidade.

O *caput* do artigo 28 da Lei Federal nº 10.527, 10 de julho de 2001, permite à municipalidade a adoção o instituto do solo criado, fixando alguns parâmetros e dispondo de conceitos que serão analisados a seguir.

Art. 28 – O **plano diretor poderá fixar áreas** nas quais o direito de construir poderá ser exercido **acima do coeficiente de aproveitamento** básico adotado, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário. (GRIFOS NOSSOS)

O supracitado artigo atribui ao plano diretor a competência para a instituição e aplicação do solo criado. O plano diretor é norma de fundamental importância para o desenvolvimento e regulamentação da política urbana, exigido pela Constituição da República de 1988 em seu artigo 182, § 1º³¹.

Sobre seus papel e significado assim se manifesta CYMBALISTA:

Cabe ao Plano Diretor cumprir a premissa constitucional da garantia da função social da cidade e da propriedade urbanas. Ou seja, é justamente o Plano Diretor o instrumento legal que vai definir, no nível municipal, os limites, as faculdades e as obrigações envolvendo a propriedade urbana. Tem, portanto, uma importância imensa. O Plano Diretor deverá explicitar de forma clara qual o objetivo da política urbana. Deve partir de um amplo processo de leitura da realidade local, envolvendo os mais variados setores da sociedade. A partir disso, vai estabelecer o destino específico que se quer dar às diferentes regiões do município, embasando os objetivos e as estratégias. A cartografia dessas diretrizes corresponde a um macrozoneamento, ou seja, a divisão do território em unidades territoriais que expressem o destino que o município pretende dar às diferentes áreas da cidade³².

³¹ “Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana”.

³² CYMBALISTA, Renato. *Estatuto da Cidade: guia para implementação pelos municípios e cidadãos*. Brasília: Instituto Pólis, 2001, p. 41.

Conclui-se, destarte, que, mais do que documento técnico, hermético ou genérico, distante dos conflitos reais de marcam as cidades, o Plano Diretor constitui espaço de debate amplo dos cidadãos e de opções, mais conscientes e negociadas, por certa estratégia de intervenção no meio urbano. É, em síntese, processo de construção coletiva da “cidade que queremos”³³.

Retornando-se à análise do instituto do solo criado, conclui-se que o Estatuto da Cidade apenas faculta ao Município sua adoção. CARVALHO FILHO sintetiza de forma clara o teor do *caput* do artigo 28, contudo, sem maiores avanços:

De acordo com o dispositivo, o Município poderá apontar, no plano diretor, as áreas em que será viável ao proprietário ou ao titular do direito de construir a realização de edificações acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado, desde que o interessado se pronuncie a oferecer contrapartida pelo benefício recebido.³⁴

MARQUES NETO aponta, de forma didática e prática, os passos a serem seguidos pela municipalidade no plano diretor para a adoção do solo criado:

Será no plano diretor, portanto, que deverão estar contidas as definições para implementação do solo criado. A saber: [...] definir o coeficiente de aproveitamento básico [...] deverá estabelecer as áreas da cidade – à luz das premissas e dos objetivos urbanísticos eleitos pelo plano – em que seria admitida a edificação para além do coeficiente básico. [...] definir um segundo patamar de aproveitamento [...] adstringindo a própria possibilidade de outorga onerosa de potencial construtivo pelo poder público [...].³⁵

Como se vê, a definição das áreas nas quais serão aceitos limites de densidade de construção maiores é parte de um planejamento de políticas públicas urbanas sobre a capacidade e a conveniência de aproveitamento daquelas áreas. Já o coeficiente de construção é definido e delimitado conforme os parâmetros estabelecidos pelos seguintes parágrafos do artigo 28 do Estatuto da Cidade:

³³ CYMBALISTA, Renato. *Estatuto da Cidade: guia para implementação pelos municípios e cidadãos*. Brasília: Instituto Pólis, 2001, p. 41.

³⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2005, p. 195.

³⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Outorga onerosa do direito de construir (solo criado)*. In: DALLARI, Adilson Abreu (Coord.). *Estatuto da Cidade – Comentários a Lei Federal 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 234.

Art. 28 – [...]

§ 1º - Para os efeitos desta Lei, coeficiente de aproveitamento é a relação entre a área edificável e a área do terreno.

§ 2º - Plano diretor poderá fixar coeficiente de aproveitamento básico único para toda a zona urbana ou diferenciado para áreas específicas dentro da zona urbana.

§ 3º - O plano diretor definirá os limites máximos a serem atingidos pelos coeficientes de aproveitamento, considerando a proporcionalidade entre a infra-estrutura existente e o aumento da densidade esperado em cada área.

Para a melhor compreensão do coeficiente de aproveitamento, é importante salientar a existência de pelo menos dois tipos. O coeficiente básico para construções que não necessitam da outorga onerosa, podendo ser construído dentro das limitações legais e administrativas gerais. E o coeficiente máximo, que limita a própria outorga e a exige quando ultrapassado o coeficiente básico.

O parágrafo 1º do dispositivo define o coeficiente de aproveitamento como a razão entre a área edificável e a área do terreno, não gerando maiores indagações.

Já o parágrafo 2º abre um grande leque de oportunidades para a gestão urbanística pela municipalidade: prevê a possibilidade de o poder público estabelecer o coeficiente básico para a totalidade da zona urbana de forma linear ou, dentro da zona urbana, fazer-se a diferenciação de áreas onde se deseja ou se comporte um maior ou menor aproveitamento. Tal fato é imprescindível para melhor adequação dos anseios da organização urbana.

Em relação à primeira hipótese, a de estabelecimento de um coeficiente de aproveitamento básico único, CYMBALISTA esclarece sobre sua forma de fixação e exemplifica:

O coeficiente de aproveitamento básico deve ser estabelecido de forma a acomodar a maior parte da produção das edificações da cidade, variando portanto de cidade para cidade. Por exemplo, o coeficiente de aproveitamento básico a ser adotado poderá ser 1, se a maior parte das edificações existentes se enquadrarem nesse índice. Alternativamente ao estabelecimento de um coeficiente básico se pode estabelecer uma densidade básica (expressa em habitantes por hectare ou por metro quadrado). O Plano Diretor de Natal, por exemplo, optou por

este caminho ao estabelecer uma densidade básica de 180 hab/ha para os usos residenciais e a cobrança de solo criado para densidades acima deste patamar³⁶.

Já no tocante à segunda situação, na qual se diferenciam as áreas nas quais haverá maior ou menor aproveitamento, defende PINTO que, observados os limites da infraestrutura existente, diretriz geral de política urbana (art. 2º, VI, *d*, do Estatuto da Cidade),

Há muitas situações em que o adensamento de determinada área é recomendável, independentemente de uma vinculação específica e imediata com quaisquer obras de reforço na infraestrutura. Tal adensamento pode ser justificado por diversos motivos, como a ampliação da oferta imobiliária, a equalização da qualidade de vida entre os bairros da cidade ou a decisão de evitar a expansão horizontal da cidade.³⁷

Por fim, o parágrafo 3º tem seus objetivos bem expostos por CARVALHO FILHO:

Desse modo, não há como deixar de averiguar se os serviços componentes da infra-estrutura poderão dar suporte à demanda oriunda da construção. De fato, o aumento exagerado de moradores, ou de usuários, pode acarretar indesejável colapso na execução de serviços públicos, como energia, saneamento básico, água, transportes, educação, assistência médica etc. Ademais, o Estatuto, como já vimos, estabelece, em várias passagens, a importância da proporcionalidade entre infra-estrutura e demanda para fins de política urbana.³⁸

O instituto da outorga onerosa do direito de construir é propriamente disciplinado pelo artigo 30 do Estatuto da Cidade, a seguir exposto:

³⁶ CYMBALISTA, Renato. *Estatuto da Cidade: guia para implementação pelos municípios e cidadãos*. Brasília: Instituto Pólis, 2001, p. 69.

³⁷ PINTO, Victor Carvalho Pinto. *Direito Urbanístico*. Plano Diretor e Direito de Propriedade. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 283.

³⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2005, p. 201.

Art. 30 – Lei municipal específica estabelecerá as condições a serem observadas para a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso, determinando:

I – a fórmula de cálculo para a cobrança;

II – os casos passíveis de isenção do pagamento da outorga;

III – a contrapartida do beneficiário.

SILVA sustenta que a previsão do instituto no Estatuto da Cidade seguiu o sistema francês³⁹, com a diferença de que se exige, na disciplina brasileira da matéria, que lei municipal específica deverá fixar o preço e condições⁴⁰.

O primeiro ponto a ser observado é que a regulamentação da outorga onerosa do direito de construir deve ser feita por meio de lei municipal específica sobre o tema. Haveria uma afronta ao texto do Estatuto da Cidade e fraude legislativa, caso o instituto fosse normatizado ou ocultado dentro de leis diversas. Nesse posicionamento encontra-se CARVALHO FILHO que expõe seu pensamento:

Tal diploma, é bom que se diga, representa verdadeira complementação da lei que aprovou o plano diretor. Mas são dois diplomas. O plano diretor tem a incumbência de apontar as áreas em que será admissível a outorga onerosa de um ou de outro direito, ao passo que a lei municipal específica é que deverá estabelecer as condições a serem atendidas para a prática dos atos de outorga.⁴¹

O inciso I do artigo 30 determina que seja estipulada a fórmula de cálculo para a cobrança. Deve-se entender que a lei deu amplo campo de atuação

³⁹ Ao detalhar as características do sistema francês, assim se manifesta José Afonso da Silva: “*De fato, como já previsto supra, no § 55, na França, a Lei 75-1.328, de 31.12.1975, estabeleceu que uma densidade igual a 1,0 constituía o limite legal de densidade. Para a cidade de Paris, esse número era fixado em 1,5. Além desse limite, chamado plafond légal de densité (teto legal de densidade), o exercício do direito de construir se subordinava ao interesse coletivo. Toda construção de densidade excedente ao plafond légal era subordinada ao pagamento, pelo beneficiário da autorização para construir, de uma soma igual ao valor do terreno. Quer dizer, o proprietário do terreno teria direito de construir até uma vez a área do lote (uma e meia, em Paris). Se quisesse construir além desse coeficiente, onde as normas urbanísticas o permitissem, teria que adquirir da Municipalidade esse direito, ao preço do solo natural*” (SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 265).

⁴⁰ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 265.

⁴¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2005, p. 203.

à municipalidade. Contudo, tal liberdade não é ilimitada. A Administração Pública está permanentemente amarrada aos princípios gerais e a proteção tanto da coletividade quanto do indivíduo. Dessa forma, o legislador municipal deve observar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e finalidade como limitadores de sua atuação.

No inciso II do artigo 30 não há maiores indagações. Dá ao legislador municipal a liberdade de disciplinar alguns casos onde o poder público poderá isentar o indivíduo da onerosidade da outorga. Contudo, tais casos de isenções devem ser bastante restritos para que o instituto não reste completamente desfigurado e inutilizado como instrumento de controle e organização urbanística.

Por fim, o inciso III do referido artigo exige que a municipalidade, previamente, estipule as formas de contraprestação do beneficiado. Em princípio, seria a contrapartida feita por meio de pagamento pecuniário ao poder público. Contudo, tais valores devem ser utilizados para a melhoria de toda a coletividade.

Dessa forma, conhecendo-se a conduta estatal com relação ao recolhimento e distribuição de suas verbas, seria mais interessante que abrisse a oportunidade da contrapartida ser efetuada por outros meios não-pecuniários. Seriam exemplos dessas formas: (i) a recuperação de áreas degradadas, (ii) a regularização de áreas ocupadas por comunidades de baixa renda e (iii) o investimento no desenvolvimento social. Tal entendimento é corroborado pelo próprio Estatuto da Cidade em seu artigo 31, que determina a destinação de caráter essencialmente social dos fundos arrecadados pela outorga onerosa, *in verbis*:

Art. 31 – Os recursos auferidos com a adoção da outorga onerosa do direito de construir e da alteração de uso serão aplicados com as finalidades previstas nos incisos I a IX do art. 26 desta lei.

A esfera privada certamente irá gerir tais recursos de forma mais eficiente e desburocratizada, cabendo ao poder público municipal o controle e a fiscalização dos projetos apresentados, bem como da verificação de sua execução.

Considerações finais

Certo é concluir o presente trabalho sustentando-se que, perante o ordenamento jurídico pátrio, o reconhecimento do direito de construir de forma independente à propriedade não exime a que o proprietário continue a exercer seu poder sobre bens, sendo-lhe garantidos os atributos do domínio, ou seja, podendo usar, gozar, fruir e dispor do mesmo.

Contudo, especialmente após a Constituição da República de 1988, a propriedade passa a ter saliente característica de mecanismo para o alcance do bem-estar social. Há uma mudança completa na forma de exercício da propriedade. O paradigma sai da esfera individual e absoluta romana, passando à busca da propriedade como instrumento de desenvolvimento coletivo.

Com isso, não mais pode ser aceita a propriedade com fins egoístas, sem uma finalidade que beneficie a sociedade como um todo. No ordenamento pátrio, os fins econômicos não podem justificar-se em detrimento do aspecto social.

O ser humano é descoberto no centro de importância do direito necessitando de proteção, qualidade de vida e dignidade. E a propriedade deve contribuir para o desenvolvimento social. Tal visão constitucional foi reconhecida e regulamentada pela Lei Federal nº 10.257 de 10 de julho de 2001, Estatuto da Cidade.

Nesse contexto, o solo criado e a outorga onerosa do direito de construir tornam-se importantes instrumentos de política urbana, auxiliando na organização das metrópoles. Eles se tornam fonte de desenvolvimento social, sendo mecanismos de prevenção e solução de diversos problemas sociais urbanísticos, na medida em que se fundam no princípio da equidistribuição dos benefícios e ônus do processo de urbanização.

Referências

- BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988.
- BRASIL, *Estatuto da Cidade*. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001.
- BRASIL, *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2005.
- COSTA, José Marcelo Ferreira. *Solo criado: Aspectos jurídicos do direito de propriedade e do direito a edificar*. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, vol. 6, tomo II, São Bernardo do Campo, Faculdade de São Bernardo do Campo, 2000.
- CYMBALISTA, Renato. *Estatuto da Cidade: guia para implementação pelos municípios e cidadãos*. Brasília: Instituto Pólis, 2001.
- FAGUNDES, M. Seabra. *Aspectos jurídicos do solo criado*. Revista Forense, v. 260, Rio de Janeiro, Forense, 1977.
- FERNANDES, Edésio (organizador). *Direito Urbanístico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- GIL, A. Carlos. *Como Elaborar Projetos de Pesquisa*. São Paulo: Atlas, 1996.

- HENRIQUES, Antônio e MEDEIROS, João Bosco, *Monografia no Curso de Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- LEÃO, Adroaldo. *O uso do solo urbano*. Revista Forense, v. 278, Rio de Janeiro, Forense, 1982.
- LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- MALUF, Carlos Alberto Debus. *Limitações ao Direito de Propriedade: de acordo com o Código Civil de 2002 e com o Estatuto da Cidade*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Outorga onerosa do direito de construir (solo criado)*. In: DALLARI, Adilson Abreu (Coord.). *Estatuto da Cidade – Comentários a Lei Federal 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- MEDAUAR, O; ALMEIDA, F. (Org.) *Estatuto da Cidade. Lei nº. 10.257, de 10.07.2001. Comentários*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Ed. Saraiva. 2003.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MUKAI, Toshio. *O Estatuto da Cidade. Anotações à Lei 10.257, de 10-07-2001*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- OLIVEIRA, Aluísio P. de; CARVALHO, Paulo C. P. *Estatuto da Cidade. Anotações à Lei 10.257, de 10.07.2001*. Curitiba: Juruá, 2002.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, vol. IV.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PINTO, Victor Carvalho Pinto. *Direito Urbanístico. Plano Diretor e Direito de Propriedade*. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil, Direito das Coisas*. Ed. Saraiva, 2004.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- _____. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2012.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direitos Reais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, vol. 5.

Submetido em: 13/10/14.

Aprovado em: 13/02/15.