OUTORGA ONEROSA DO DIREITO DE CONSTRUIR

SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA*

I – O direito urbanístico — II – Os instrumentos da política urbana — A) Enumeração — B) A natureza jurídica dos instrumentos e respectiva legislação reguladora — C) O abrangente campo do Estatuto da Cidade — IV – A outorga onerosa do direito de construir

I – O direito urbanístico

1. Ao lado dos tradicionais Direitos Privado e Público, o *tertium genus* da contemporaneidade jurídica é o Direito Social.

1.1. Como é próprio desse mais recente ramo jurídico, ao invés de considerar o sujeito de direito, enquanto indivíduo; ou, no contexto estatal, na qualidade de governante ou governado; o *ius sociale* o tem na condição de membro da sociedade, de um grupo social, de uma classe, de um conjunto comunitário.

1.2. A par da atuação da chamada sociedade civil organizada, das instituições desta, há, é certo, forte presença do Poder Público, na sua função de participação social, de velamento e efetivação de direitos transindividuais — difusos, coletivos, comuns de todos — e individuais indisponíveis.

1.3. Nesta sua atividade, o Estado exerce a função legislativa, ao editar as normas de Direito Social, e a função jurisdicional, ao julgar os respectivos litígios.

Mas diferentes parcelas da função administrativa também interferem: a atuação, através do exercício do poder normativo regulatório; e por meio da prática de atos administrativos concretos.

É a participação, a chamada intervenção estatal no domínio social, inclusive econômico.

* Professor Titular de Direito Administrativo. Advogado. Desembargador Federal, aposentado, Ex-membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

2. A parte, do Direito Social, que engloba a propriedade imobiliária urbana, é o Direito Urbanístico, cujo autonomia a CF/88 proclamou, ao nominá-lo, diferenciando-o de outros ramos jurídicos, no art. 24, I.

2.1. O Direito Urbanístico é a disciplina jurídica do urbanismo e da atividade urbanística, que objetivam a adaptação e a organização do espaço natural, fazendo-o fruível por uma comunidade citadina, no desenvolvimento das funções elementares da habitação, do trabalho da recreação, da saúde, da segurança, da circulação e outras.

2.2. O urbanismo, enquanto ciência, técnica e política, envolve: (a) a política urbana, de que resulta o planejamento, ou seja, a fixação, por opções axiológicas, com base nos elementos técnico-científicos, de metas e fins a serem atingidos, e dos meios e diretrizes para fazê-lo; (b) a ordenação dos espaços com a adequação de seu parcelamento, ocupação, uso e construção; (c) fiscalização e controle — prévios, sucessivos e repressivos — dessas atuações; (d) o incentivo, o fomento destas atividades; (e) a intervenção ou interferência urbanística, por meio de instrumentos coativos unilaterais, como a edificação compulsória (art. 182, § 4º, da CF); (f) a negociação, no chamado '*urbanismo contratado*' ou '*urbanismo concertado*'.

3. O sentido social da propriedade está presente, seja no Direito Civil, seja no Público, e, obviamente, no Social.

3.1. No primeiro, ao proteger, por exemplo, os direitos dos vizinhos; ao prescrever que se respeitem os regramentos administrativos.

3.2. No segundo, porque o poder de polícia administrativa sempre foi, com efeito, um dos segmentos, da atividade administrativa, que tem endereço social mais evidente, mesmo quando ainda inserida nos limites tradicionais da salubridade, da tranqüilidade, da segurança.

3.3. O Direito Urbanístico oferece, por seu turno, em modalidade conspícua, o condicionamento do domínio imobiliário urbano à sua função social.

3.3.1. É certo, porém, que esse condicionamento está balizado pela CF, que, especificamente sobre o ponto, prescreve, em seu art. 182, § 1º, que

“a *propriedade urbana* cumpre sua função social quando atende às exigências *fundamentais* de ordenação da cidade expressas no plano diretor”.

3.3.2. Este, o Plano Diretor, reveste-se, portanto, de essencialidade, na demarcação da função social da propriedade imobiliária urbana: na atribuição de conteúdo à política urbana; e, portanto, na atuação do Poder Público na matéria.

4. Se legislar sobre o Direito Urbanístico é da competência concorrente federal e estadual, nos termos do disposto no art. 24, I, da CF, esta reserva, a outras capacidades normativas da Federação Brasileira, alguns setores específicos.

4.1. Nesta linha, pelo art. 21, IX, compete à União

“elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território”.

4.2. Igualmente à União cabe, na moldura da regra do inciso XX do mesmo artigo,

“instituir diretrizes para o *desenvolvimento urbano*, inclusive habitação, *saneamento básico* e transportes urbanos”.

4.3. Especificamente aos Estados é atribuído, pelo art. 25, § 3º,

“instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de Municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.”

4.4. Mas, certamente, papel de especial relevo é reservado aos Municípios, a que, por excelência, está ligada a figura da cidade.

4.4.1. Compete-lhe, por isso, segundo as disposições do art. 30, além de *legislar sobre assuntos de interesse local*” (nº I), e de *“suplementar a legislação federal e a estadual no que couber”* (nº II); em específico *“promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”* (nº VIII).

4.4.2. Por seu turno, pelo art. 182, § 1º cabe à Câmara Municipal aprovar, exatamente, o Plano Diretor, que *“é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.”*

4.4.3. O *caput* do mesmo artigo dispõe, a propósito que essa *“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.”*

5. A União Federal editou a Lei nº 10.257, de 10.07.01, que, ‘para todos os efeitos’, é denominada ‘Estatuto da Cidade’ (art. 1º parágrafo único).

5.1. O objeto do Estatuto é a fixação de diretrizes para a execução da política urbana, de que, sob esse título, trataram os arts. 182 e 183 da Constituição Federal.

5.2. O art. 2º do Estatuto, ao definir o objetivo da política urbana, explicita o de *‘ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade’*, assim como as *“da propriedade urbana”*, enumerando, a seguir, as diretrizes gerais dessa política.

5.3. Por sua vez, o parágrafo único do art. 1º expressa que o Estatuto *“estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.”*

6. Ademais, o Estatuto, em seu art. 3º, enumera, enunciativamente, a competência da União, em sede de ‘atribuições de interesse da política urbana’: “Art. 3º Compete à União, entre outras atribuições de interesse da política urbana:

I — *legislar sobre normas gerais de direito urbanístico;*

II — *legislar sobre normas para a cooperação entre União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios em relação à política urbana, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional;*

III — *promover, por iniciativa própria e em conjunto com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;*

IV — *instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;*

V — *elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social.”*

II – Os instrumentos da política urbana

A) Enumeração

7. Fundamental, o conjunto dos denominados ‘*instrumentos da política urbana*’.

7.1. A CF já enumera alguns desses instrumentos, utilizáveis pelo ‘poder público municipal’, mas dependentes de disciplina por ‘lei federal’ (art. 182, § 40): a desapropriação, com pagamento em dinheiro ou em títulos da dívida pública, o parcelamento ou edificação compulsórios, o IPTU progressivo, o usucapião especial (§§ 3º e 4º do art. 182 e art. 183).

7.2. O Estatuto, em seu art. 7º, em elenco não-exaustivo, arrola esses instrumentos, mencionando as modalidades de planejamento (incisos I a III); inclusive, no nível municipal (nº III), dentre outros, o plano diretor (alínea a), a disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo (b), e o zoneamento ambiental (c).

7.3. Cita, ainda, os instrumentos tributários e financeiros (nº IV) — IPTU, a contribuição de melhoria e incentivos e benefícios —; e, o que nos interessa mais de perto, neste estudo, os institutos jurídicos e políticos (nº V), dentre os quais, com a primeira natureza, a par dos constitucionalmente previstos (*alíneas a, i e j*), situam-se a servidão administrativa (b) as limitações administrativas (c), a instituição de zonas de interesse social (f), a concessão de direito real de uso e a concessão de uso especial para fins de moradia (g e h), o direito de superfície (i), o de preempção (m), a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso (n), a transferência do direito de construir (o), as operações urbanas consorciadas (p).

7.4. O § 1º do mesmo art. 7º enuncia — dado fundamental para as conclusões desta análise — que os referidos instrumentos ‘*regem-se pela legislação que lhes é própria, observado o disposto nesta Lei.*’

7.5. Como concebido, a propriedade imobiliária urbana é objeto de regras de Direito Privado, Civil; de Direito Público, Constitucional, Administrativo, Tributário, e de Direito Social, Urbanístico.

7.5.1. Esse conjunto normativo forma, em especial, no que toca à construção no imóvel urbano, o Direito Edilício, vocábulo, esse último, derivado de *edil*, que, em Latim, designava agente público encarregado da fiscalização de edificações; palavra essa última etimologicamente cognata as anteriores, todas oriundas de *aedes*, moradia, templo.

B) A natureza jurídica dos instrumentos e respectiva legislação reguladora

a) Introdução

8. É mister, em face do disposto no citado art. 7º, § 1º, do Estatuto da Cidade, caracterizar a natureza jurídica de cada um dos instrumentos de política urbana, para identificar a ‘*legislação que lhes é própria*’, ou seja, no concernente ao Direito Edilício, o segmento privado, público ou social, este último propriamente o urbanístico; fixando-nos, no presente trabalho, na outorga onerosa do direito de construir e nas concessões urbanísticas.

8.1. A análise parte de considerações básicas sobre o direito de propriedade e seus desdobramentos, os direitos de usar o imóvel urbano e de nele construir.

b) O direito de propriedade

9. O sentido social da Constituição de 1988 em nada abalou a identificação do direito de propriedade privada como direito básico inviolável, elencado, nesta qualidade, pelo *caput* do art. 5º da Carta Política, no mesmo patamar dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade e a segurança, de que é cognato.

9.1. Reitera o Texto Magno Nacional, na enumeração dos direitos e garantias fundamentais, constante do mencionado artigo, a garantia ao direito de propriedade nº XXII —, clausulando-o com uma função social — nº XXIII —, ou seja, com um comprometimento finalístico de não-violação ou de atendimento comissivo ao bem comum, sem que, como é curial, tal comprometimento abale a garantia constitucionalmente assegurada ao direito.

9.2. Reforça, a CF, a garantia à propriedade, ao prescrever, no inciso XXIV do mesmo art. 5º, que sua perda em relação a determinando objeto, e a restrição a seu conteúdo, — o que é fundamental para o presente estudo — só se farão por desapropriação, mediante o devido processo legal, com sua substituição, no patrimônio do expropriando, por justa indenização.

9.3. Pode dizer-se, com tranqüilidade, que, reproduzindo as garantias referentes à propriedade, na moldura tradicional do constitucionalismo brasileiro, a CF de 88 robusteceu esse direito, e, correlatamente, uma das manifestações dele e da liberdade, no campo patrimonial-econômico, que é a livre iniciativa.

9.3.1. As disposições sobre a ordem econômica bem patenteiam essa realidade, eis que o art. 170 da CF explícita, como um dos fundamentos daquela, a “*livre iniciativa*”; e, como um de seus princípios, a “*propriedade privada*” (nº I), gravada, uma vez mais, por sua “*função social*” (nº III), sem quebra, contudo, reiteramos, da garantia de sua substância.

10. É fundamental grifar-se que, quando a CF assegura o direito de propriedade, o faz em sentido amplo, abrangendo os direitos sobre todos os bens patrimoniais, e não, apenas, os que sejam objeto de direitos reais. Direito de propriedade é, portanto, o direito de conteúdo econômico, o direito patrimonial.

10. 1. Com efeito, a expressão direito de propriedade admite um sentido lato e um sentido estrito.

10.2. No primeiro, é, como salientado, qualquer direito de conteúdo econômico, qualquer direito que tenha por objeto bens econômicos, isto é, com valor pecuniário.

O patrimônio, como universalidade (art. 91 do CC) abrange *direitos* que se referem a bens econômicos. Assim, direito de propriedade ‘*lato sensu*’ é qualquer direito patrimonial.

Neste sentido, pode dizer-se que, ao invés de ‘um’ direito de propriedade, existem direitos de ‘propriedade’ reais e pessoais.

10.3. ‘*Stricto sensu*’, o direito de propriedade é o domínio, a propriedade real, o mais amplo dos direitos reais (art. 1.228 do CC), e que engloba, em seu conteúdo,

um feixe de direitos, poderes e faculdades, todos de índole patrimonial, e, portanto, todos, direitos de propriedade.

10.4. O direito de propriedade, real, é direito absoluto, isto é, erga *omnes*, e, assim, se inscreve no objeto de relação jurídica aberta, em cujo pólo ativo está o *dominus*, e, no outro, o chamado sujeito passivo total (n-1), isto é, as demais pessoas, que têm o dever geral de abstenção, omissivo, de modo a ensejar que o proprietário exerça os seus poderes e faculdades, os direitos que compõem o domínio.

c) Objeto, conteúdo e exercício do direito de propriedade

11. Trataremos da propriedade imobiliária urbana, que, destarte, tem, por objeto, bem imóvel caracterizado pelo art. 79 do Código Civil (art. 43 do CC de 1916), ou seja, *‘o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente.’*

11.1. Aduza-se o disposto no art. 1.229, pelo qual *‘a propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e do subsolo correspondentes, em altura e profundidade úteis ao seu exercício’*

11.2. A abrangência física do bem, objeto do direito de propriedade imobiliária urbana, a sua extensão especial, é básica, eis que o objeto do domínio é, não só coisa, por se tratar de direito real, mas coisa corpórea: avulta, portanto, a corporeidade do objeto, e daí, a importância da sua dimensão concreta. Conjugam-se, em relevância, os aspectos jurídico e material do objeto.

11.3. Em relação à propriedade imobiliária, *‘as coisas imóveis são principalmente os terreno e o mais que nele se integra (PONTES DE MIRANDA, Tratado de Direito Privado, São Paulo, RT, 4ª ed., 1983, XI: 75). O solo, o terreno, é, pois, o primeiro conceito: sendo ‘a área sobre que se podem pôr edifícios ou plantações.’*

E explicita que *‘há o solo, as outras partes integrantes, as pertenças e as acessões.’*

11.4. Aduz PONTES (ib): *“Os edifícios aderem — ou, melhor, coerem ao solo (solo cohaerent aedificia).”*

11.5. É a acessão: superfícies *solo cedit*.

O bem imóvel, principal, atrai o móvel, que se faz parte dele. A aquisição da propriedade imóvel por acessão é modo originário de adquirir, e dá-se, dentre outras formas, pela construção, pela edificação, a *inaedificatio*: Código Civil, arts. 1.248, V, e 1253 e seguintes.

12. Outrossim, como direitos subjetivos que são, os direitos patrimoniais têm o seu conteúdo: encerram poderes, como o de alienar no caso do domínio, o de ceder, no caso do direito obrigacional; e faculdades, que traduzem, faticamente (fato e faculdade são cognatos, derivando ambos do mesmo étimo *‘fac’*), a satisfação do interesse, a que, juridicamente, atende o direito subjetivo.

12.1. O conteúdo do direito, seu conteúdo positivo, marca a sua extensão máxima, define seu objeto, e compõe-se desses poderes e faculdades.

12.2. Por seu turno, os atos e fatos praticados pelo seu titular, de acordo com tal conteúdo, dentro dessa extensão, são o exercício do direito.

12.2.1. O exercício dá-se, portanto, através de fatos, quando se trata de faculdades, como no caso da realização de obras de restauração de um edifício, efetuadas,

pelo proprietário, no imóvel de sua propriedade; ou por atos jurídicos, quando se trata de poderes, como o de dispor, contido no domínio.

13. Referindo-se ao domínio, os arts. 1.196 e 1.204 do CC aludem a ‘poderes inerentes à propriedade’.

13.1. O art. 524 do Código Civil de 1916 estabelecia que “a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens”, assim como o art. 525 estatua que a plenitude da propriedade compreende a reunião, no direito do proprietário, de ‘todos os direitos elementares’ da mesma; direitos esses, reiteramos, de cunho patrimonial, e, portanto, como expressão do direito de propriedade, constitucionalmente garantidos.

13.1.1. Em face do exposto, verifica-se que a dicção do velho Código era melhor do que a do CC vigente, em seu art. 1.228:

“O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la de quem quer que injustamente a possua ou tenha.”

13.2. O *usus* (uso), em sua configuração máxima, é, ao lado do *fructus* (gozo) e do *abusus* (disposição), elemento do conteúdo do direito de propriedade: art. 1.228 do Código Civil, citado, segundo o qual é assegurado ao proprietário o direito (fala em ‘faculdade’) de usar, gozar e dispor da coisa.

13.2.1. Está-se, no primeiro caso, perante o *ius utendi*, que é o direito, do proprietário, de usar a coisa; o direito de dela tirar todos os serviços que pode prestar, dentro das limitações legais, sem que haja modificação em sua substância (MARIA HELENA DINIZ, *Código Civil Anotado*, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 400).

13.2.2. O proprietário, que usa, retira da coisa as utilidades, que não os frutos: Na mesma fazenda, usa-se a casa de moradia e desfruta-se a horta” (PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, São Paulo, RT, 3ª ed., 1983, XIX: 79).

13.3. Dentre os direitos elementares do domínio imobiliário está o direito de construir, com base no qual, segundo o art. 1.299 o proprietário “pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, respeitados “o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos”.

13.3.1. Sublinhe-se que o construir enquadra-se, *lato sensu*, no usar, já que o fruir, o gozar a coisa é, como se viu, o *ius fruendi*, que confere ao proprietário à pretensão aos frutos, rendimentos e produtos.

14. A propriedade, como instituto jurídico, como direito institucionalizado, tem, na lei, a definição de seu conteúdo. No caso do domínio, a lei é que dá a configuração desses direitos elementares, desse poderes e faculdades.

14.1. No que tange ao conteúdo dos direitos patrimoniais, a União Federal é que é competente para dispor sobre os de índole civil, como é o caso do domínio imobiliário: art. 22, 1, da CF.

14.2. Assim, preceituar que o direito de usar e o de construir integram o conteúdo do domínio; ou se o último constitui direito autônomo, é matéria de Direito Civil, e, portanto, da competência legislativa federal privativa.

14.3. Nesta linha, é, da exclusiva alçada federal a fixação do conteúdo de cada um desses direitos elementares da propriedade, com o estabelecimento do respectivo contorno, de seus limites.

14.4. Expressiva, a propósito, a lição de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (*Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico*, Rio, Forense, 1975, p. 94), ao afirmar que, nos termos da legislação civil, e garantida pela CF, o que há, mais do que um direito de construir, é uma liberdade de construir, nos termos da prescrição do art. 572 do Código Civil de 1916, e do art. 1.299 do de 2002, e, que, como acentua o Autor, declaram “*que o proprietário pode levantar, em seu terreno, as construções que lhe aprouver: o ordenamento jurídico não faz mais que enfatizar uma liberdade — a de construir.*”

14.4.1. No mesmo sentido, o clássico HELY LOPES MEIRELLES (*Direito de Construir*, São Paulo, RT, p. 14/15) que conclui, categoricamente, que “*a liberdade de construir é a regra. As restrições e limitações ao direito de construir formam as exceções.*”

15. O conteúdo positivo do direito, como assinalado, marca a sua extensão, define seus elementos integrantes. Os atos e fatos praticados, pelo seu titular, de acordo com tal conteúdo, dentro dessa extensão, constitui o exercício do direito.

15.1. O conteúdo e o exercício, e respectivos limites, da propriedade, são dados pela legislação, não havendo uma noção apriorística imutável dos mesmos. A norma jurídica é que forma o conteúdo, com os poderes e as faculdades. Estabelecendo os contornos do conteúdo, e do exercício, a lei dá os respectivos limites. Quando se opõe a propriedade, como o mais amplo direito sobre a coisa, aos direitos reais limitados, por exemplo, não se quer dizer que o primeiro seja ilimitado: os segundos é que estão circunscritos aos limites do primeiro.

15.2. Podemos identificar um conteúdo positivo, os limites positivos do conteúdo e do exercício do direito; e um conteúdo negativo, seus limites negativos. O conjunto forma o estatuto do direito, como instituto jurídico.

15.2.1. O conteúdo positivo dá a configuração do direito em sua feição máxima, estabelecendo o mais longe possível a que, em tese, pode chegar seu titular.

No caso do domínio, seu titular pode “usar, gozar e dispor” (*dominium est ius utendi, fruendi et abutendi*: art. 1.228 do CC). Possuir a coisa, utilizá-la, fruí-la, destruí-la, gravá-la, aliená-la são poderes contidos, em princípio, no domínio. Há o poder de reaver a coisa de quem injustamente a possui, e o de evitar a ingerência de terceiro. Integram o conteúdo positivo do domínio, igualmente, direitos e pretensões a indenizações, a compensações, como no caso da desapropriação. O direito nuclear do domínio é o direito à substância, que faz com que ele se mantenha, mesmo se a coisa é inalienável, impenhorável.

15.2.2. O conteúdo negativo, ao contrário, marca até onde pode ter lugar a ingerência alheia — pública ou privada — no direito de cada um, ou aonde não pode ir o titular do direito, como, no exercício do poder de construir, do proprietário de terreno, que está submetido ao direito dos vizinhos e aos regramentos administrativos (art. 1.299 do CC).

A lei, ao estabelecer limites negativos pode impor ao proprietário um *facere* (o dever de conservação de prédio urbanos, ou seja, a proibição de deixá-los em ruína), um *non facere* (não usar nocivamente a propriedade imobiliária em detrimento dos vizinhos), ou um *pati* (um suportar, um deixar fazer, como a passagem de cabos e tubulações).

15.2.3. Neste último caso, a lei limita o direito do titular, admitindo a ingerência de terceiros na esfera jurídica do primeiro. Fixam-se, nesta hipótese, direitos limitativos em favor daqueles, direitos que diminuem o conteúdo ou a área de exercício respectivo.

Dentre os direitos limitativos, outorgados a alguém, pela lei (emanada do legislador competente para disciplinar o conteúdo e o exercício de um direito), em detrimento do direito de outrem, há os inteiramente formados, que já se exercitam faticamente, como o do art. 69 do Código de Águas; aqueles que se tenham de exercer através de exigência do titular do direito limitado, como na hipótese do art. 1.285 do CC; e os que constituem direitos formativos ou potestativos, como os direitos à constituição de outros direitos, de que é exemplo o direito à constituição de servidão (cf. arts. 117 a 138 do C. de Águas).

15.3. Com esses últimos relaciona-se a noção, básica para o presente estudo, de restrições aos direitos, inclusive à propriedade, ao domínio, ao respectivo exercício, como uma forma de ingerência de terceiros, seja o Poder Público, seja o particular.

15.3.1. A restrição corresponde à suspensão ou a perda definitiva, da capacidade de exercício de algum poder ou faculdade, componente do conteúdo do direito, como produto do exercício, por terceiro, de direito limitativo potestativo restrigente. O elemento perdido ou cujo exercício é suspenso passa a ser elemento de outro direito que surge, o direito restritivo, em favor do terceiro. Este direito se forma a partir de elemento que está dentro do conteúdo do direito restringido.

15.4. Os limites e os direitos limitativos são estabelecidos *ex lege*, porquanto correspondem à institucionalização dos direitos e de seu exercício, ao estabelecimento de seu estatuto. Daí, o caráter não-indenizável de sua imposição e alterações, em tese. Mas o exercício do direito limitativo, *in casu*, pode, conforme sua espécie, acarretar o pagamento de indenização, como no exemplo citado do art. 1.285 do CC e no da imposição de restrições.

15.4.1. As restrições e os direitos restringentes e restritivos correlatos decorrem de atos concretos, atos de aplicação, correspondentes à execução do exercício do direito limitativo potestativo, até então *in these* estabelecido, do direito restringente, que, daí, nascem, e o fazem já individualizados ou individualizáveis, pois que o ato concreto pode ser especial ou geral (mas, mesmo nela segunda hipótese, não-normativo). Derivam da prática de negócios jurídicos, por expressão volitiva do titular do próprio direito restringindo; ou, o que nos interessa mais de perto neste trabalho, são impostos coativamente por terceiros, e, neste caso, torna-se necessário que a lei competente estabeleça o conteúdo do direito limitativo potestativo restrigente, com a previsão da hipótese, em que a imposição da restrição pode ter lugar, sempre mediante indenização.

E interessante observar que o poder, do titular do direito de propriedade, de instituir restrições voluntárias ao mesmo (como constituir servidão no próprio imóvel) é algo que enriquece o seu conteúdo. Já o direito potestativo, de terceiro, de impor, coativamente, a restrição corresponde a uma limitação ao direito restringido.

15.4.2. As restrições e os correlatos direitos restringentes em favor de terceiros reduzem o exercício de elemento do conteúdo do direito restringido (já afetado pela atribuição legal, em tese, do direito limitativo potestativo) por parte dos titulares

deste, e que vai compor o objeto do novo direito, do terceiro. Reitere-se que a imposição coativa de restrição, e a criação pelo terceiro, em seu próprio favor do direito restringente há-de ter, sempre, base em lei federal competente, que confira, àquele terceiro, o direito potestativo a tal imposição, com a obrigação de indenizar o proprietário, como forma expropriativa que é, conforme pormenorizaremos mais adiante.

15.4.3. Os direitos restritivos estão submetidos ao princípio da coexistensividade, pelo qual nenhum deles tem por conteúdo, qualquer poder ou faculdade que não estivesse contido no do direito restringido.

Outro princípio relativo às restrições é o da consolidação: extinta a restrição, os poderes e faculdades que a integravam voltam ao titular do direito até então restringido. 15.4.4. Consoante o art. 525 do antigo CC é “plena a *propriedade*, quando todos os seus direitos elementares se acham *reunidos* no de proprietário; limitada, quando tem *ônus* real ou é resolúvel”. Por direitos elementares deve entender-se o conjunto de direitos, poderes e faculdades inerentes ao domínio. Por outro lado, limitada à propriedade sempre é, já que como vimos, seu conteúdo sempre tem limites. Mas a expressão limitada, no artigo citado, está pelo termo restringida, no que toca aos ônus reais.

Esses, os direitos reais limitados, são, por excelência, direitos restritivos, e tomam o domínio restrito, pois que, impostos *in casu*, restringem o exercício de um ou vários daqueles direitos elementares.

15.4.5. Há, reitere-se, direitos limitativos restringentes, e em decorrência, direitos restritivos, públicos e privados, como é o caso das servidões, que podem ser civis ou administrativas.

15.5. A configuração do conteúdo do direito real de propriedade, com seus poderes e faculdades, e respectivos limites positivos e negativos, e direitos limitativos em favor de terceiros, bem como as restrições impostas ao domínio, e os consequentes direitos restritivos, são matéria de Direito Civil, da competência privativa da União (CF, art. 22, I).

16. Mas, ao lado dos limites de conteúdo, e, portanto, dos direitos limitativos do conteúdo da propriedade, em favor de terceiros, inclusive, dos direitos potestativos restringentes destes em relação ao exercício de poderes e faculdades do domínio, com a criação de direitos restritivos, titularizados por aqueles terceiros, desse exercício, existe uma outra figura jurídica, e que é a das limitações, em tese (as restrições são *in casu*) do mesmo exercício.

16.1. Essas limitações, que dizem respeito ao exercício dos elementos contedísticos do direito de propriedade, são, exclusivamente, limitações ao exercício dos direitos (poderes e faculdades) elementares, que compõe o seu conteúdo, não se retirando fator exercitativo, para formar direito restritivo em favor de terceiro, e correspondem a um *facere*, a um *non facere*. a um *pati*.

16.2. O balizamento desse exercício tem um parâmetro genérico, comum a todos os direitos, e que é a regularidade daquele, a traduzir sua licitude, pela legitimidade, moralidade, razoabilidade e proporcionalidade; sendo sua face patológica o abuso do direito: só não constitui ato ilícito o “*exercício regular de um direito reconhecido*” (Código Civil, art. 188, I).

16.3. No caso do domínio imobiliário, a União Federal, competente para legislar sobre este direito de caráter civil; ao dispor sobre o respectivo conteúdo, tem em mira possibilitar a coexistência dos vários direitos idênticos, ou conexos, titularizados por diferentes pessoas. Mas já estabelece, outrossim, limitações a seu exercício, com o fim de viabilizar o coexercício desses mesmos direitos. São limitações institucionais do direito de propriedade.

16.3.1. Assim, no tocante ao uso, o CC, no § 20 do art. 1.228, prescreve:

“São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.”

16.3.2. Outrossim, na proteção dos direitos de vizinhança, o CC cuida do ‘uso anormal da propriedade’, dispondo:

“Art. 1.277. O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha. Parágrafo único. Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança.”

16.3.3. Quanto ao direito de construir, o Código Civil o faz, ressaltando, no já citado art. 1.299, os direitos dos vizinhos, sobre os quais dispõem os arts. 1.277 e seguintes, dentre os quais aqueles referentes ao referido direito de construir.

16.4. Mas, recordemos, uma vez mais, que, pelo art. 1.299 do Código Civil, “o proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprovar, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos”, aspecto que desenvolveremos mais adiante.

16.4.1. Duas observações cabem, a propósito, nesta altura:

a) as regras limitativas em referência buscam coartar o abuso do direito, que é, em verdade, o abuso do exercício do direito, conforme salientado.

b) o Direito Civil não pode deixar de reconhecer que, em sede de exercício, além das limitações institucionais que de é que impõe, existem aquelas que emanam da regulação administrativa.

16.4.2. Reproduzamos, a propósito, a lição de PONTES DE MIRANDA (*Traçado de Direito Privado*, São Paulo, RT, 4ª ed., 1983, XIII: 378), que preleciona que, na regra do art. 1.299 do CC, logo ressaltam tese e antítese: cada um, no seu terreno, constrói o que entende, como entende e quando entende (é a liberdade de construir, enfatizada por DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO e por HELY LOPES MEIRELLES, conforme já salientado) (tese); o interesse ‘dos vizinhos’ — e não de ‘cada vizinho’ — e o interesse público têm de ser atendidos (antítese).

16.4.3. O Código Civil, ao mesmo tempo que afirma o poder de construir, limita o seu exercício, em prol dos interesses dos demais proprietários e o interesse público: assim, os direitos dos vizinhos e a normatividade administrativa limitam o exercício desse poder.

17. Não é, apenas, portanto, o Direito Civil que trata das limitações ao exercício do direito de construir, dos direitos elementares do domínio imobiliário.

17.1. O Código Civil, no mesmo art. 1.299, ressalva, grife-se, novamente a incidência, no caso, dos “*regulamentos administrativos*”, isto é, da legislação — leis e atos administrativos regulatórios — de Direito Administrativo, e, portanto, de Direito Público. São as limitações administrativas, ligadas ao poder de polícia administrativa. E, destarte, limitações ao exercício do poder de construir, impostos a título diverso daquele que as impõe o Direito Civil.

17.2. A própria União, o Estado, o Distrito Federal e o Município estabelecem limitações de polícia ao exercício do uso do imóvel e do direito de construir, limitações que decorrem da necessidade de salvaguardar interesses públicos cuja tutela é distribuída por essas várias pessoas políticas, já agora sob outro fundamento que não seja o de estabelecer o estatuto básico do direito de propriedade. São interesses, como a higiene, os bons costumes, a segurança, a tranquilidade comunitária. Na medida em que o exercício dos direitos interfere com tais interesses, a pessoa política competente pelo respectivo velamento, exerce seu poder de polícia administrativa.

Daí, na definição de poder de polícia, por seu art. 78, o Código Tributário Nacional aludir à disciplina do direito, interesse ou liberdade, mas na regulação da prática de ato ou na abstenção de fato, em razão de interesses públicos, como os concernentes à segurança, à higiene, ao respeito à propriedade, a direitos individuais e coletivos, ao exercício de atividades econômicas dependentes de autorização.

17.3. As limitações administrativas provêm do Direito Federal ou do Local (Estadual, Distrital, Municipal), nos lindes, das respectivas atribuições constitucionais; de acordo, portanto, com o interesse salvaguardado. Há hipóteses de competência privativa (CF, arts. 22 e 30), de competência comum (art. 23) e de competência concorrente (art. 24).

Mesmo quando emanam do legislador federal, porque competente em ambas as áreas, distinguem-se, pelas razões expostas, de um lado, os contornos de conteúdo e as limitações institucionais do direito real de propriedade, de Direito Civil; e, de outro, as limitações de exercício, de Direito Administrativo.

17.4. Quanto a essas últimas, primeiramente tudo se passa em nível normativo, por meio da edição de normas legais e de atos regulatórios administrativos, dispondo sobre a proteção dos interesses a serem preservados, e disciplinando, em consequência, o exercício dos direitos.

Essa normatividade de polícia traduz-se em limitações de direito público, as chamadas limitações administrativas, de Direito Administrativo, elencadas no art. 4º, V, c, do Estatuto da Cidade, como um dos instrumentos da política urbana.

17.5. Mas o poder de polícia administrativa não se manifesta, apenas, por intermédio de atos normativos, mas também, necessariamente, por atos de realização, de concretização do Direito.

Os primeiros, os normativos, estabelecem condições gerais de exercício do direito e disciplinam o modo de atuação das autoridades administrativas.

Os últimos, os de execução, concretizam situações jurídico-administrativas, quer permitindo a atividade privada (autorizações, permissões, licenças); quer determi-

nando a conduta individual (ordens, exigências administrativas); quer vedando alguma atividade (proibições).

É mister, porém, gizar que os atos de execução podem ser especiais, com destinatários já individualizados; ou gerais, cujos destinatários não são, desde logo, nominados, mas são individualizáveis.

17.6. Esses atos, mais os repressivos, aplicáveis no caso de ilicitude, de violação das regras e dos atos executivos de polícia, objetivam o atendimento legítimo, pelo administrativo, do interesse público cuja preservação se procura. Esse tópico é relevante: o interesse público a ser atendido é específico e individualizado, e é condicionador da finalidade do ato administrativo (que, se praticado com outro fim, será inválido, por desvio de poder) e da atuação adequada do jurisdicionado, sob pena de ilicitude da mesma.

18. Nas limitações administrativas, o que prevalece é o balizamento, a bitolação, objetivando o respeito ao exercício do direito, pelo administrado, à preservação de determinado interesse sob a provedoria pública; exercício esse feito, é claro, com regularidade, sem abuso, sem ilicitudes, mas, principalmente, sem desvios do comprometimento com a prevalência daquele interesse determinado. Percebe-se, com facilidade, que, já em sede de limitação administrativa, está presente o gravame da função social da propriedade.

18.1. Se o que há é o balizamento do exercício de um direito subjetivo, deve a limitação administrativa, como toda limitação, ser a menos gravosa possível, no balanceamento, em termos de ação ou inação, entre, de um lado, o direito do proprietário, e, de outro, o interesse público.

18.2. Sublinhemos que as limitações de exercício da liberdade de construir não-de obedecer aos festejados princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, básicos e tradicionais no campo do poder de polícia administrativa, pela necessária pertinência, que deve presidir essa parcela da função administrativa, com o fim almejado.

18.3. Ademais — e este é outro ponto básico —, embora previstas essas limitações genericamente, há-de se dar espaço para sua adequação ao caso concreto.

Destarte, no sopesamento de interesses — e o Direito se concebe e se realiza neste permanente processo de composição, de harmonização de interesses —, entre, de um lado, o direito privado, subjetivo, constitucionalmente garantido, do proprietário, e, em princípio, de exercício pleno; e, de outro, o interesse público, traduzido em limitações, genericamente estabelecidas, há-de se abrir, efetivamente, lugar para a aferição individualizada, no caso concreto.

19. Mas, assim como a noção do poder de polícia é, hoje, insuficiente para esgotar a regulação da atividade econômica, e, daí, o surgimento do Direito Econômico, como ramo do Direito Social; igualmente, no campo edilício, àquele poder, ainda existente e operante (por exemplo, no que diz respeito à segurança das edificações em termos de medidas em relação a incêndio) se aglutinaram os instrumentos específicos de mais uma ramificação do *ius sociale*, o Direito Urbanístico, que incorporou alguns institutos, como o zoneamento, originalmente tidos como expressão do poder de polícia; mas ramo jurídico esse que se formou com o acréscimo de outras categorias jurídicas.

Aliás, ambos esses novos segmentos jurídicos — o Econômico e o Urbanístico — estão nominalmente contemplados no art. 24, I, da CF, objeto da competência legislativa concorrente, entre União, Estados e Distrito Federal, a que se aglutina a competência municipal, nos termos do art. 30, I, II e VIII.

19.1. Cumpre assinalar, neste passo, que o nosso Direito Constitucional, a partir da Constituição Federal de 1934, tem dado uma função social à propriedade, que traduz o sentido global do seu conteúdo e do seu exercício, e dos respectivos limites. Aquela Carta, em seu art. 113, nº 17, prescrevia que o direito de propriedade não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinasse. O art. 147 da CF de 1946 estatuiu que o uso da propriedade seria condicionado ao bem-estar social. A de 67/69 (art. 157, III, da redação original: art. 160 III, pela Emenda Constitucional 1/69) erigia a função social da propriedade como princípio básico da ordem econômica e social, que, por seu turno, tinha ‘por fim realizar a justiça social’.

A Constituição de 1988, conforme já assinalado, é prenhe de referências à função social da propriedade: arts. 5º, XXIII; 170, III, 182, § 1º; e 186.

19.1.1. A função social da propriedade dá a essa um comprometimento finalístico, que, a par de condicionar a atuação do proprietário, leva, especificamente, a que o titular do direito seja obrigado a fazer, a valer-se de seus poderes e faculdades, no sentido do bem-comum.

A função social da propriedade corresponde a uma concepção ativa, comissiva do uso da propriedade.

19.1.2. O Direito Brasileiro sempre ostentou limitações comissivas, omissivas e passivas à propriedade. Mas há uma grande distância, foi dado um gigantesco passo, entre, de um lado, as limitações em favor de vizinhos, como se vê no Código Civil, e aquelas em benefício dos interesses protegidos pelo poder de polícia administrativa, e as obrigações de fazer, em favor da comunidade em geral, em nome do bem-comum, do interesse social.

19.1.3. Na síntese de DUGUIT, *‘todo indivíduo tem a obrigação de cumprir na sociedade uma certa função, na razão direta do lugar que nela ocupa’*. E aos poderes do proprietário se somam deveres seus perante a comunidade na qual ele se integra.

19.1.4. Assim, se há a propriedade, como direito real, direito absoluto, que se inscreve, em relação jurídica aberta, em cujo pólo ativo está o *dominus* e, no outro, o chamado sujeito passivo total (*n-1*) isto é as demais pessoas, que têm o dever geral de abstenção; com a função social da propriedade, passamos a ter o sujeito ativo total, cabendo ao proprietário obrigações comissivas, cujo cumprimento atende a interesses sociais.

19.2. Como se cuida de ramo do Direito Social, as normas de Direito Urbanístico *‘regulam o uso da propriedade urbana’*, com fins sociais (parágrafo único do art. 1º do Estatuto da Cidade), dando conteúdo pleno à função social da propriedade (art. 2º).

Toma a propriedade imobiliária no contexto social da cidade, da *urbs*.

19.3. Os sujeitos de direito, no Direito Urbanístico, não são indivíduos privados; mas habitantes de uma cidade; ou que nela estão de passagem; são proprietários, possuidores, posseiros, invasores, favelados, em espaços particulares ou públicos;

estão, pois, agem, portanto, no universo citadino, no qual se estabelecem as relações jurídicas entre si e com o Poder Público.

19.4. Impossível omitir o papel fundamental deste, como agente do Direito Social, na proteção dos mais frágeis, e na ordenação, na regulação dos relacionamentos inter-humanos, e do exercício de direitos, no tocante ao espaço urbano.

19.4.1. Daí, a CF, em seus arts. 21, IX e XX; e 30, VIII; e 182, § 1º; e o Estatuto da Cidade, no art. 2º, todos empregarem a dicção '*ordenação do território urbano*', '*das funções sociais da cidade*', envolvendo a regulação do uso da propriedade urbana, a englobar a edificação, a habitação, a circulação, o trabalho, o lazer, a higidez ambiental.

Seu objeto é a adequada contextualização urbana.

19.5. Pelo Direito Urbanístico, o exercício de propriedade imobiliária urbana, no atendimento da condicionante da função social da propriedade, pode consistir, até mesmo, numa obrigação, tanto que o Poder Público municipal pode impor a edificação compulsória ao proprietário do solo urbano, na moldura do art. 182, § 4º, e seu inciso I, da CF, de modo a atender a utilização para a qual está vocacionado o imóvel citadino.

20. O direito de usar o imóvel urbano, objeto do direito de propriedade, albergando o de construir, e que deita suas raízes, conforme visto, no Direito Civil, e se desdobra no Direito Administrativo — mediante o poder de polícia administrativa, regulatório e de concretização —, e no Direito Urbanístico — na ordenação dos espaços urbanos — é objeto, destarte, de um conjunto normativo híbrido.

20.1. A configuração desse complexo normativo tem base nos elementos antes analisados, dentre os quais destacamos os que se seguem, na medida em que interessam, mais de perto, ao direito de usar e de construir, como integrantes da propriedade imobiliária:

- a) a raiz civil desses direitos, com o sentido de liberdade de usar e de construir;
- b) sua natureza de direitos patrimoniais, expressão de direito de propriedade que são, constitucionalmente garantido;
- c) seu comprometimento finalístico, em razão da função social da propriedade;
- d) o cumprimento dessa função, no tocante à propriedade imobiliária urbana, quando atendidas as exigências do Plano Diretor municipal;
- e) as limitações e condicionamentos administrativos e urbanísticos a esses direitos, que não-de ser os menos gravosos possíveis; e o são de seu exercício, e não de seu conteúdo, a envolver a edição de leis, de atos administrativos regulatórios e a prática de atos administrativos de realização do direito, sempre com adequação ao caso concreto, inclusive autorizações e licenças, que permitem a prática de fatos, o exercício de atividades que, sem sua cobertura, seriam antijurídicos, funcionando, a autorização e a licença, como pré-excludentes de antijuridicidade.

C) O abrangente campo do Estatuto da Cidade

21. É nesta moldura que se encaixa o Estatuto da Cidade, com sua natureza vária e seu conteúdo multifário.

22. Associa, o Estatuto, os instrumentos políticos e os jurídicos, todos a serviço da política urbana, de sua execução, a qual tem por objetivo, conforme já citado, '*o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade*', como um todo, e, especialmente, '*da propriedade urbana*' (art. 2º).

22. 1. Dentre os institutos jurídicos, agrupa, outrossim, categorias de Direito Civil, quando elenca direitos reais limitados, em propriedade alheia, e, portanto, direitos restringentes da propriedade, como a concessão de direito real de uso; de Direito Administrativo, quando se refere às limitações administrativas; e, especificamente, de Direito Urbanístico, ao dispor sobre institutos que se relacionam com a função social da propriedade, e, conseqüentemente, de poder que lhe é inerente, o de uso, abrangente do de construir, como é o caso do parcelamento, edificação ou utilização compulsórios.

22.2. Em sede, portanto, de competência legislativa da União, estão envolvidos os permissivos dos arts. 21, XX; 22, I e II; 23 (vários incisos); 24, I, VI e VII; 182, e § 4º, e 183.

IV — A outorga onerosa do direito de construir

23. A outorga onerosa do direito de construir figura, no elenco de instrumentos da polícia urbana, de natureza jurídica, ao lado, dentre outros, da desapropriação, da servidão administrativa e das limitações administrativas: Estatuto da Cidade, art. 4º, V, 'a', 'b', 'c' e 'n'.

23.1. Mas, diferentemente desses instrumentos, a outorga onerosa, como se trata de inovação do Estatuto, é por ele disciplinada em Seção própria (Seção IX do Capítulo II), tal como o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios (Seção II), a desapropriação com pagamento de títulos (Seção IV), a usucapião especial de imóvel urbano (Seção V), instrumentos, esses outros, com base constitucional; e de institutos, que, assim, como a outorga onerosa, o Estatuto sobre eles dispôs ex novo, sem base expressa no Texto Magno, como o direito de superfície (Seção, VII), as operações urbanas consorciadas (Seção X), a transferência do direito de construir (Seção XI).

23.2. A outorga onerosa (arts. 28 a 31), tida, por muitos, como consagração, pelo Estatuto da Cidade, do instituto do solo criado, foi configurado, partindo da previsão de adoção, pelo Plano Diretor Municipal, de coeficiente de aproveitamento básico, entendido, esse, para os efeitos da Lei, como '*a relação entre a área edificável e a área do terreno*'; coeficiente que poderá ser fixado, pelo Município, em modalidade única, para toda a zona urbana, ou diferenciada para áreas específicas dela.

23.2.1. Além do coeficiente básico, o Plano Diretor poderá definir coeficientes máximos, superiores ao primeiro, para determinadas áreas, '*considerando a proporcionalidade entre a infra-estrutura existente e o aumento de densidade esperado*' em cada uma delas, permitindo que, pela Administração Municipal, com observância de condições estabelecidas por lei municipal, seja outorgado, onerosamente, mediante contrapartida, direito de construir exercitável entre os dois índices.

Os recursos auferidos com a prestação da contrapartida terão fins urbanísticos.

24. Os debates acerca da constitucionalidade, ou não, da outorga onerosa do direito de construir tem por pano de fundo, exatamente, a natureza jurídica desse instituto e sua conseqüente ubiquação em um dos ramos jurídicos antes citados.

25. A primeira questão que se coloca é saber-se se o instituto corresponde à separação, em relação ao direito de propriedade imobiliária urbana, do direito de construir.

25.1. Neste quadro, PATRÍCIA TEIXEIRA DE REZENDE FLORES e BERNADETE SCHLEDER DOS SANTOS (*Comentários ao Estatuto da Cidade*, Rio, Aide Editora, 2002, p. 100) respondem positivamente à indagação; o mesmo fazendo JOSÉ RUBENS COSTA (*O Solo Criado ou a Inconstitucionalidade da Subtração do Direito de Construir do Direito de Propriedade*, BDM, nº 1, de 1996, p. 5 e s.); e, também, TOSHIO MUKAI (*Da Constitucionalidade e da Legalidade da Outorga Onerosa do Direito de Construir*, BDA nº 2, de 2003, p. 106 e s.).

25.2. Por sua vez, porém, JOSÉ AFONSO DA SILVA (*Direito Urbanístico Brasileiro*, Malheiros, São Paulo, 3ª ed. 2000, p. 253) é peremptório no sentido de que *'o conceito de solo criado não importa a separação da faculdade de construir do direito de propriedade do terreno. Ao contrário, reafirma sua correlação, na medida em que transforma em direito subjetivo a faculdade de construir até o limite do coeficiente único estabelecido'*. E aduz:

"52. Vale, pois, dizer que, se adotado o instituto do solo criado, permanecerá intacta a norma do art. 572 do CC [de 1916], segundo o qual, como já tantas vezes vimos, o proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos. O solo criado nada mais seria do que uma simples restrição ao direito de construir, tal como as que já existem hoje nas leis de uso e ocupação do solo. Isto é, será uma simples aplicação dos ditos "regulamentos administrativos", que, em verdade, são todas essas leis de uso do solo e demais leis e regulamentos edifícios."

53. Por isso mesmo é que sustentamos que sua instituição pode ser estabelecida por lei municipal de uso e ocupação do solo, de preferência pelo plano diretor, visto que não se trata de regular relações civis sobre propriedade. O que poderá aconselhar sua adoção por lei federal será a conveniência de estabelecer para todo o país um único coeficiente de aproveitamento, o que evitará disparidades de Município para Município, geradoras de tratamentos desiguais de proprietários de uns para outros."

Mas em outro trecho, explana sob ótica diversa:

"E, como é de sua natureza, a lei de zoneamento indicará zonas — onde será possível construir acima do coeficiente 1,0. Nestas zonas — onde será possível construir, por exemplo, até o coeficiente 2, 0; 3,0, 4,0 etc. —, 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 de particular por via de compra ou outra forma de

aquisição que a lei dispuser. Pois bem, é precisamente essa possibilidade de construir acima do coeficiente único que caracteriza, juridicamente, o solo criado.”

26. Se o instituto em pauta encerra a exclusão, ainda que parcial, do poder de construir em relação ao direito de propriedade imobiliária urbana, passa o primeiro a constituir um direito *per se*.

26.1. E, em assim sendo, trata-se de matéria de Direito Civil, como qualifica TOSHIO MUKAI (trab. cit. pp. 107/108), ao comentar a citada opinião de JOSÉ AFONSO DA SILVA:

“Como se vê, a tese do ilustre autor não proliferou entre os Municípios, e os poucos que tentaram introduzi-la esbarraram em óbices legais e jurídicos intransponíveis.

É que, como dissemos, somente norma civil de competência da União poderia instituir a separação do direito de construir do direito de propriedade, prevista no art. 572 do CC, eis que essa separação, no solo criado, é imprescindível, posto que, se não, como se poderia explicar a obrigação que se cria, com tal instituto, para o particular, de ter de “comprar” o direito de construir (que passa a não mais ser seu como no art. 572 referido) do Poder Público?

Como asseverou o ínclito Seabra Fagundes (Aspectos jurídicos do solo criado, in RDA 129/9), “implica, em certo sentido, no regular o conteúdo mesmo do direito de propriedade”.

Por isso, “a matéria de competência para legislar sobre o solo criado — tal como o que diz com planos de urbanização — suscita dúvidas, não fáceis de remover.

Primeiro, porque o critério do coeficiente único de edificação envolve, de par com o direito de construir, situado inequivocamente na jurisdição municipal, o direito de dispor, que, sendo um dos elementos configuradores do direito de propriedade, se há de situar, primariamente, no âmbito legislativo da União”.

E o saudoso Ministro, Seabra Fagundes tinha razão, pois se o direito de construir, pelo Código Civil, é inerente ao direito de propriedade, e se o denominado solo criado consiste em “toda edificação acima do coeficiente único, quer envolva ocupação do espaço aéreo, quer a do subsolo” (cf ‘Carta de Embu,’ p. 169), e se, para poder construir acima do coeficiente, o proprietário tem de “comprar” tal direito do Poder Público (o Estatuto da Cidade denominou, por isso mesmo, o instituto, “outorga onerosa do direito de construir”), a separação do direito de construir do direito de propriedade é ponto central do conceito de solo criado. Nesse sentido, o impulso inicial na instituição dessa figura, entre nós, depende primariamente de lei federal.”

26.2. Desastre, nesta condição, a outorga onerosa do direito de construir será instituto civil, da competência privativa da União, nos termos do disposto no art. 22, I, da CF.

26.3. Em decorrência, o Estatuto da Cidade terá alterado o conteúdo do direito de propriedade imobiliária urbana, com a ablação de um dos poderes dele até então integrantes, segundo o Código Civil de 1916, à época vigente.

27. Ao assegurar o direito de propriedade, a Constituição Federal estabelece uma garantia, tomada a expressão, não no sentido de remédio ou de meio de defesa de direitos, mas como barreira, obstáculo, vedação à ação dos Poderes Políticos, inclusive o Legislativo, a fim de manter íntegro o direito reconhecido (v. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição Brasileira*, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1975, vol. 3, pp. 78 e 79; *Curso de Direito Constitucional*, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1971, pp. 223 e 224).

27.1. A garantia constitucional do direito de propriedade oferece um aspecto objetivo, na medida em que impede que se extinga o patrimônio individual. Subjetivamente, como garantia dita de conservação subjetiva, evita que o titular de determinado bem patrimonial possa ser dele privado.

27.2. Assegura-se, assim, que cada um tenha direito a ter um patrimônio e a mantê-lo intangível. Garante-se, destarte, a propriedade como instituição e como direito subjetivo.

27.3. É certo, porém, que o direito de propriedade, embora básico em nosso sistema de direitos individuais e econômico-sociais, não é um direito fundamental, no sentido em que o é a liberdade pessoal, porquanto é institucionalizável: a propriedade é um instituto jurídico, *uma instituição, que, como vimos, não pode ser abolida, mas cujo conteúdo não é único, cabendo à lei, dentro do que a Constituição Federal dispõe, definir tal conteúdo, regular seu exercício, estabelecendo os respectivos limites.*

27.4. Assinala PONTES DE AMIRANDA (tratado cf, XI: 32/33):

“O cerne do domínio é o direito chamado direito à substância, expressão imprópria mas que se firmou. Cercam-no direitos, pretensões e ações que podem desaparecer, sem que o domínio desapareça. Ainda tem domínio o dono de casa que é inalienável, impenhorável, ingrávavel; ou o da coisa inalienável, sujeita a usufruto e gravada de algum ‘modus’ ou encargo. O direito à substância não é mais do que relação entre o dono e a sociedade, cujo conteúdo é dado pelo princípio “Se desaparecem todas as limitações e restrições ao direito do dono, ele, e não outrem, recupera os direitos, pretensões e ações que não tinha, devido a essas limitações e restrições”. Atração por parte do sujeito do direito, como a acessão por parte do objeto.”

É o princípio dito da elasticidade, da atração ou da completação.

27.5. Inexiste, pois, uma noção unívoca de propriedade. A CF garante a existência da instituição do patrimônio individual, o qual, salvo emenda constitucional supressiva, não pode ser abolido.

27.6. Destarte, às alterações dos direitos patrimoniais em tese; dos institutos correspondentes *in abstracto*; de limites de conteúdo e de limitações de exercício, antes referidos, nenhuma garantia pode opor-se.

28. É certo que as alterações irão afetar titulares de direitos já subjetivados.

28.1. A situação do titular de um direito, quanto aos respectivos conteúdo e exercício, quanto a limites positivos e negativos, é estatutária, e, assim, modificável por lei que substitua a anterior. Não há, pois, imutabilidade em questão de poderes, de faculdades, enfim, em termos de conteúdo e de exercício de direitos.

28.2. As alterações no estatuto do direito de propriedade, a imposição de novas limitações, o aumentar ou diminuir de seu conteúdo não acarretam, em princípio, obrigação de indenizar, por parte do Poder Público, dada, exatamente, conforme já foi referido, a natureza estatutária da situação.

28.3. Mas o titular do direito pode opor contra a lei nova as garantias do direito adquirido, do ato jurídico perfeito, da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF), quando for o caso.

29. Outrossim, é possível, retirando-se, em tese, por lei material, do conteúdo de um direito, um de seus elementos, criar-se, com ele uma nova espécie de direito.

29.1. Há, na hipótese, uma limitação de conteúdo, a qual o diminui, em definitivo, sendo produto da institucionalização do direito limitado e do novo direito limitativo, estabelecimento e a alteração de seu estatuto, resultando de ato materialmente legislativo.

292. Elucidativa é a evolução do regime dos recursos minerais, em nosso Direito.

29.2.1. Os sistemas jurídicos de domínio e exploração industrial dos recursos minerais têm variado através dos tempos. Pelo sistema fundiário ou de acessão, o proprietário do solo o é daquelas riquezas.

29.2.2. A Constituição de 1891 (art. 72, § 17) prescrevia, com efeito, que as minas pertenciam aos proprietários do solo, mas já ressaltava as limitações que fossem estabelecidas por lei a bem da exploração desse ramo de indústria. O CC de 1916, em seus arts. 43, I, e 526, seguia o mesmo regime. Já tivéramos o sistema regaliano ou regalista, em que as minas pertenciam à Coroa. Pelo sistema dominical, os recursos em tela pertencem ao Estado, que concede sua exploração.

29.2.3. Mas o primeiro Código de Minas (*Decreto 24.642, de 10.7.34*), em seus arts. 118 e 119, e respectivos parágrafos, erigia a propriedade das minas e das demais riquezas do subsolo, para efeito de exploração ou aproveitamento industrial, em direito autônomo, admitindo que tais riquezas pudessem ser propriedade pública ou privada. O aproveitamento ou exploração industrial, direito *per se*, ainda na segunda hipótese, dependia de autorização ou concessão federal, ressalvada ao proprietário da riqueza preferência na exploração ou co-participação nos lucros. Deveria ter lugar a progressiva nacionalização dos recursos minerais. As jazidas e minas, conhecidas na data da publicação do Código, e devidamente manifestadas (isto é, declaradas, comunicadas ao Poder Público, na forma do art. 10) pertenciam ao proprietário do solo onde se encontrassem, ou a terceiro, desde que por título legítimo (art. 5º), mas esse direito de propriedade limitava-se à preferência ou à participação mencionada. As jazidas desconhecidas seriam, quando descobertas, incorporadas ao patrimônio da Nação, como propriedade imprescritível e inalienável (art. 5º § 1º).

29.2.4. A Constituição de 1934, em seus arts. 118 e 119, e seus parágrafos, distinguia entre a propriedade do solo e a das minas e demais riquezas do subsolo, para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial, que, ainda que de propriedade privada aquelas, dependia de autorização ou concessão, ressalvada ao proprie-

tário preferência na exploração ou co-participação nos lucros. Deveria haver, ainda, a nacionalização progressiva no setor. A Carta de 1937, em seus arts. 16, XIV; 18, a, 143, e seus §§, e 144, manteve esse sistema.

29.2.5. O segundo Código de Minas (*Decreto-lei 1.985, de 29.1.40*) preceituou que as jazidas manifestadas mantinham-se oneradas, em benefício dos respectivos manifestantes, com o direito de preferência ou de participação. Se o direito de preferência não fosse exercido no prazo, ficaria *ipso facto* resolvido e a jazida incorporar-se-ia ao patrimônio da União. O aproveitamento e a exploração industrial das jazidas, manifestadas ou não, dependiam, como sempre, de autorização federal.

29.2.6. A Constituição Federal de 46 (arts. 152 e 153, e respectivo parágrafo) criou o direito de preferência em favor do proprietário do solo, sobre as minas e jazidas em geral, salvo em relação àquelas cujo aproveitamento ou exploração fosse monopólio federal.

29.2.7. A Constituição Federal de 67/69 (art. 168 e seus parágrafos), manteve a distinção entre a propriedade do solo e dos recursos, e o direito de exploração e aproveitamento industrial, como direito autônomo.

Estabeleceu, em substituição ao direito de preferência, a participação do proprietário do solo nos resultados da lavra, em montante igual ao dizimo do imposto sobre minerais. Quanto às jazidas e minas cuja exploração constituísse monopólio da União, a lei regularia na forma de indenização.

29.2.8. Pelo art. 176, e §§, da Carta de 1988, as jazidas e demais recursos minerais constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, pertencendo à União. A pesquisa e lavra são objetos, respectivamente, de autorização e concessão, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra. O proprietário do solo tem o direito de participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

29.2.9. Salientem-se a criação do direito autônomo da exploração ou aproveitamento industrial; e a distinção entre a propriedade do solo e a dos recursos minerais. Nesta linha, a disposição do art. 1.230 do Código Civil.

29.2.10. Mas assinala-se que as várias fases dessa evolução se deram por via constitucional, ou em período de exceção, respeitadas, inclusive alguns direitos.

30. Voltemos ao solo criado.

30.1. JOSÉ RUBENS COSTA (trab. e loc. cit., pp. 5 e 11/12) discorre:

“O solo criado surgiu na França sob a denominação ‘plafond légal de densité’, mediante alteração de dispositivos do Código de Urbanismo pela Lei de 31 de dezembro de 1975, nº 75.1328 (publicada em 3.1.76. Ver Decreto de 29 de março de 1976, nº 76.276 publicado em 30 de março de 1976). A experiência francesa não recomenda a país algum a adoção do instituto do solo criado, encontrando-se praticamente sem uso atual na França; a partir de 1986 desapareceu da maioria das cidades, v.g., Paris e Lyon.

A subtração do direito de construir do direito de propriedade é, ainda, o modelo italiano a partir de 1976. Em outros países, Noruega, Suécia,

Escandinávia e Dinamarca dá-se a concessão não do direito de construir mas do próprio solo, que, em grande maioria, pertence ao poder público.

.....
"A separação do direito de construir do direito de propriedade se deu a partir do momento em que a alta dos valores imobiliários (funditários) mostrou-se ligada às possibilidades de construção oferecidas por um lote e não por suas características intrínsecas. A separação do direito de construir da propriedade do solo apareceu como um meio de evitar a especulação imobiliária.

Objetivos do PLD: a) frear a densificação; b) frear a alta dos valor imobiliários, pela resistência dos adquirentes às pretensões dos proprietários pela agravação da carga fundiária resultante do valor para adquirir CAS; c) criar novas fontes de recursos para as comunidades locais.

A idéia aparece em Gilli ('Redéfinir le Droit de Propriété', Paris Cru, 1975) com finalidade de justiça social. Reduzir as desigualdades entre os proprietários submetidos às permissões/limitações.

.....
5. Socialização local do direito de propriedade

Com o 'plafond légal de densité'(Au-delà du PLD 'l'exercice du droit de construire relève de la collectivité'), procedeu-se a uma municipalização parcial do direito de construir, isto é, a uma socialização do solo.

.....
'La loi du 31 décembre 1975 a procédé sans le dire à une municipalisation partielle du droit de construire en affectant de ne pas toucher à la propriété du sol' (Y. Jegouzo et Y Pittard, cit. por Savy, p. 297)

.....
Os direitos adquiridos foram preservados. Se uma construção foi edificada sobre um terreno que comportava antes da instituição do PLD uma superfície de construção superior à do PLD, não se há de pretender reduzi-la, nem haverá 'Versement' senão para construção superior à já construída (art; L. 112-4, al. 1ª.).

Também a reconstrução posterior de uma obra para a qual já houve o pagamento para ultrapassar o PLD não pode dar lugar a novo pagamento, senão se exceder a densidade já construída ou adquirida (art. L. 112-4, al. 3).

.....
O PLD se aplica aos imóveis públicos e privados. Não há exceções; nem para construções populares ou equipamentos públicos.

.....
Constata-se, entretanto, uma tendência, reafirmada mesmo pelo legislador de 1975, no art. L. 112-1 do Código de Urbanismo, segundo a qual o direito de construir está ligado à propriedade do solo."

31. *A outorga onerosa do direito de construir, pela própria designação, tem sido considerada como a transferência, pelo Município, do referido direito, que teria sido àquele atribuído pelo Estatuto da Cidade.*

DIÓGENES GASPARINI (*O Estatuto da Cidade*, São Paulo, NDJ, 2002, p. 169) expõe:

“A noção de outorga onerosa do direito de construir encontra suas raízes no chamado ‘solo criado’, que, por sua vez, nasceu da idéia de que era possível a criação de área horizontal, mediante edificação sobre ou sob o solo natural, acima de um certo coeficiente único de aproveitamento, quase sempre igual a um, conforme ensina Eros Roberto Grau (Solo Criado/Carta do Embu, São Paulo, Fundação Prefeito Faria Lima — CEPAM, 1971, p. 136). Quando o coeficiente de aproveitamento é, por exemplo, um, o proprietário pode construir uma área equivalente à área do terreno. A partir daí, qualquer edificação acima ou abaixo da superfície caracteriza-se, potencialmente, como solo criado pertencente ao Município, que poderá dar a tal direito o destino que melhor satisfaça o interesse público, permitindo ou não sua utilização pelo proprietário, ou vendê-lo ao proprietário que deseja construir além do mencionado coeficiente de aproveitamento, configurando-se, nessa venda, a outorga onerosa do direito de construir.”

32. Dois óbices existem, no Direito Brasileiro, à aceitação da municipalização ou da socialização, ainda que parcial, do direito de construir, com seu destaque, para construir direito autônomo, em relação ao direito de propriedade imobiliária urbana.

33. O primeiro é que, se é certo, conforme se expôs, ser possível a alteração do estatuto da propriedade, com a imposição, a essa, de novos limites contedutísticos, e correlata transformação, de um dos elementos retirados da mesma, em objeto de direito autônomo, há, no caso em estudo, um dado fundamental além da possível invocação de existência de direito adquirido.

33.1. É que o direito de construir é o núcleo da propriedade imobiliária urbana, e sua ablação do respectivo conteúdo corresponde a seu esvaziamento econômico, o que sempre foi entendido como sendo uma expropriação, caracterizado, se não houver o pagamento de indenização, o confisco.

33.2. O tombamento, por exemplo, é uma limitação, mas, se conduz ao esvaziamento da substância econômica da propriedade, equipara-se à desapropriação. Exemplo típico foi o que ocorreu com o tombamento do Pico do Itabirito, em Minas Gerais. No caso, assim se manifestou a Consultoria-Geral da República (RDA 82/345): “Constitui, hoje, truismo jurídico a assertiva de que o *Estado pode* impor restrições ao exercício do direito de *propriedade*, em atenção aos reclamos do interesse coletivo. Quando, porém, como no caso em exame, essa restrição ou limitação importa, pelo *tombamento*, no *esvaziamento econômico da propriedade*, já não há, apenas, restrição, senão verdadeira supressão, apreensão, ou que outro nome lhe dê, dessa *propriedade*, decorrente de sua *intocabilidade*. E, nesse caso, não *pode* o Estado determinar o *tombamento*, senão mediante o prévio pagamento, em dinheiro, ao proprietário da mina, de indenização *correspondente* ao valor da porção dela de que ficar impedido de usufruir, porque o *tombamento*, na espécie, se equipara a uma desapropriação por utilidade pública, nos precisos termos do art. 5º, h, do Decreto-lei 3.365, de 21.6.1941”. Observe-se que onde se lê ‘restrição’, deverá entender-se ‘limitação’.

33.3. Assinala SERPA LOPES (*Curso de Direito Civil*, Rio, Freitas Bastos, 1960, VI: 447):

“Uma das prerrogativas do domínio é o direito que tem o seu titular de fazer dele a sua utilização econômica. Num terreno, urbano ou rústico, no primeiro mais que no segundo, a sua construção é a forma mais comum dessa utilização. Por isso é que o art. 572 do Código Civil dispõe, no princípio, que o proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, ...”

33.4. Recordemos que a edificação é tão fundamental, no contexto da propriedade imobiliária urbana, que do dono do solo não edificado pode ser exigida a promoção de seu adequado aproveitamento, por meio do instrumento da edificação compulsória, que tem base constitucional (CF, art. 182, § 4º e nº I) e disciplina no Estatuto da Cidade (Capítulo II, Seção II, arts. 5º e 6º), para que o bem cidadão atenda à sua vocação.

34. O segundo impedimento é o fato de ser o novo Código Civil de 10.01.02, com vigência em 11.01.03, ambas as datas posteriores à da sanção — 10.07.01 — e de entrada em vigor — 90 dias após a publicação, em 11.02.01 — do Estatuto da Cidade.

34.1. E o CC de 2002 repetiu o sistema de 1916, tendo o direito de construir como poder — caracterizando uma liberdade, segundo anotam doutrinadores antes citados — componente da propriedade imobiliária: art. 1.299. Além dos demais aspectos assinalados, ligados a extensão espacial do objeto do domínio e ao princípio da acessão (arts. 1.248, V, e 1.253 a 1.259).

34.1.1. Válida, ainda, portanto, a lição de PONTES DE MIRANDA (*Tratado cit.*, XIII: 378), segundo o qual a lei emprega a locução “*direito de construir*”, quando, na realidade, se refere a um dos poderes contidos no direito de propriedade

34.2. Estaria, pois, derogado, nesta parte, o Estatuto da Cidade, se tida a outorga como instituto civil. Não seria, aliás, invocável, na hipótese, o princípio de Direito Intertemporal, segundo a qual a lei especial não é revogada pela geral ulterior (v. art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil), eis que o instituto objeto do Estatuto e do Código é o mesmo, e os regimes correspondentes são conflitantes, prevalecendo, pois, a lei mais nova.

35. O já reiteradamente invocado JOSÉ RUBENS COSTA (trab. Cit., pp. 10/11) é, outrossim, veemente:

“Não se pode, hoje, escudado na cláusula patética da função social da propriedade, sobrepor-se ao direito do proprietário a função social da propriedade.

Ao contrário, o atendimento da função social da propriedade urbana é revelado pelo exaurimento dos direitos do proprietário conferidos pela política de desenvolvimento urbano e pelas diretrizes gerais, ordenadores do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade.

Por exemplo: se há uma crise habitacional, a política de desenvolvimento urbano exige sejam aparelhadas as áreas não construídas. Com isso, sur-

gem, em contraposição ao direito de construir e de parcelar, o construir e o parcelar compulsórios (inc. I do art. 182). Ao proprietário que não dê ao imóvel a destinação prevista no zoneamento (uso e ocupação) exigir-se-á, no plano diretor, que o faça, sob pena de, sucessivamente (incs. I a III do § 4º do art. 182), a) imposição de uso urbanístico (construir e parcelar compulsórios); b) imposto progressivo no tempo; c) desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública.

Como, então, falar-se em solo criado, no conceito de solo criado para titularidade pública, ou ultrapassagem do CA mínimo através de aquisição do poder público, se a Constituição decidiu que o direito de construir, ou melhor, a obrigação de construir caracteriza a função social da propriedade urbana? Se a propriedade urbana comporta, pela ponderação ente as necessidades da cidade e a capacidade da infra-estrutura, dado volume de construção (CA), evidente que este CA não pode ser concedido ao poder público, mas ao titular da propriedade, caso contrário, carente a cidade de unidades habitacionais, como se faria para preservar e respeitar o ordenamento constitucional: estabelecimento de Política de desenvolvimento urbano, com o objetivo de ordenar o 'pleno' (= total, máximo, maximizado) desenvolvimento das funções sociais da cidade?

Repita-se ser obrigação constitucional do proprietário esgotar a possibilidade de 'edificação', pois, caso contrário, será penalizado: 'faculta-se ao poder público municipal exigir do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado que promova seu adequado aproveitamento' (§ 4º do art. 182).

Em sede municipal, a hermenêutica constitucional pode confirmar a exclusão de competência do Município para 'nascer' solo criado, pela verificação de 'restrita atribuição em promover adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano' (inc. VIII do art. 30). Em simples palavras, ao Município não é dado criar ou instituir mecanismos urbanísticos, senão utilizar-se dos mecanismos existentes, instituídos pela Constituição ou pelas normas federais, entre os mecanismos que lhe assistem, o 'planejamento' e o 'controle' do solo urbano. Planejar e controlar não incluem, por que interpretação seja, assenhorear-se ou 'titular-se' do potencial do solo urbano ou fazer-se em 'dominus' do solo criado."

36. Segundo uma segunda corrente, apesar de sua inspiração no solo criado e sua denominação, o instituto em questão não estaria ligado ao conteúdo da propriedade, mas ao seu exercício.

36.1. Por isso, o art. 28 do Estatuto da Cidade explicita que cabe ao Município, em seu Plano Diretor, 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".

36.2. Tratar-se-ia, pois, de instituto de Direito Urbanístico, e não de Direito Civil, funcionando o Estatuto da Cidade, no particular, como conjunto de normas gerais, nos termos do art. 24, I, e seus §§, da Constituição Federal.

36.3. Situar-se-ia o instituto, no quadro das medidas que buscam dar efetividade à função social da propriedade, inclusive pela destinação dos recursos da contrapartida, nos termos do art. 31 do Estatuto. Daí, também, as limitações por este impostas ao Poder Público Municipal, na configuração complementar do instituto, no nível local (art. 28, § 3º). Não-de ser sempre respeitados, dentre outros, o princípio da motivação e o da *razoabilidade, quer na fixação dos limites máximos de coeficiente de aproveitamento, quer quanto à contrapartida, tudo sujeito à controle jurisdicional.*

36.4. O exercício é, no caso, submetido a licença, e remunerado mediante contrapartida (não se fala em preço), a ser prestado pelo beneficiário (termo próprio do Direito Social, não se aludindo a “adquirente”).

36.5. O próprio DIÓGENES GASPARINI (op. cit., p. 170) define a outorga como

“a licença dada pelo Município ao particular, proprietário de certo imóvel situado em área urbana, delimitada pelo plano diretor, para, mediante contrapartida, construir acima do coeficiente de aproveitamento.”

E aduz (p. 172):

“A licença para o proprietário construir acima do coeficiente de aproveitamento é ato administrativo vinculado. É ato administrativo na medida em que é manifestação de vontade da Administração Pública municipal. Ademais, é vinculada ou seja, se o terreno estiver em área urbana descrita pelo plano diretor como passível dessa espécie de intervenção urbanística e se atendidas as demais exigências, a licença deve ser outorgada, sob pena de restar caracterizado abuso de direito.”

36.6. Efetivamente, a licença é ato administrativo unilateral, vinculado, de emissão obrigatória, se preenchidos os pressupostos e requisitos pertinentes, ensejando a realização de atividade material, que será antijurídica, se realizada sem a obtenção do prévio licenciamento.

36.7. A outorga onerosa seria, portanto, outorga da licença, pela flexibilização de parâmetros urbanísticos, atendido o interesse público, e mediante contrapartida.

37. Analisemos o instituto em pauta.

38. Recorramos à lição de CAIO TACITO (*O Direito de Propriedade e o Desenvolvimento Urbano*, ‘in’ *Temas de Direito Público*, Rio, Renovar, 1997, pp. 58 e s.).

38.1. Desenvolve o notável jurista:

“O Código Civil Brasileiro de 1916 acolhe o conceito clássico de que “a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua” (art. 524) e, como emanção das faculdades jurídicas do domínio, proclama o direito de construir, em razão do qual “o proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver” (art. 572). Ao sentido absoluto do direito do dono do solo a própria norma opõe a limitação do direito de vizinhança (direito de terceiros) e, especialmente, o poder normativo do Estado, traduzido nos “regulamentos administrativos”, ambas limitações a

servir de fundamento à ação de nunciação de obra nova (Código de Processo Civil, art. 934).

Mediante o poder de polícia a Administração Pública, fundada em lei, disciplina as condições do exercício do direito de construir, preservando o interesse geral, pelo adequado licenciamento das obras particulares. O princípio da limitação administrativa, validamente constituída, condiciona a fruição do direito de propriedade.

Modernamente ainda mais se afirmou a presença respeitável do interesse geral pela compreensão de que, na síntese de Duguit, "todo indivíduo tem a obrigação de cumprir na sociedade uma certa função, na razão direta do lugar que nela ocupa".

Ingressa, por essa forma, no direito público, a noção de que à propriedade corresponde uma função social: ao poder do proprietário se acresce o dever perante a comunidade na qual ele se integra.

.....
A Constituição de 1988 incorpora ao plano superior da hierarquia normativa, a tendência que vem acentuando, a partir da década de 70, de submeter o uso da propriedade imobiliária ao planejamento das cidades.

O direito de construir, classicamente vinculado ao poder de política administrativa, passa a uma nova disciplina de que são modelos a lei Francesa de 1975 e a lei italiana de 1977.

Conceitua-se a regra de que a disponibilidade do solo urbano tem como limite o coeficiente de aproveitamento em equivalência à sua área territorial. Este é o solo natural em relação ao qual pode o proprietário exercer o direito de construir.

Acima desse limite, a construção superposta fica sujeita a um processo de aquisição, mediante o pagamento de uma contribuição a ser paga ao poder municipal, ou à doação de área correspondente em outro local a ser aproveitado pela municipalidade em benefício da coletividade. É o princípio do chamado solo criado ou, na expressão da lei francesa, o teto legal de densidade de aproveitamento do solo ('plafond légal de densité').

A lei italiana de 1977 vai mais além. Firma o conceito de autonomia do direito de construir, que se destaca do direito da propriedade do solo. A construção passa a ser modalidade pública que pode constituir objeto de concessão onerosa ao proprietário.

A preocupação doutrinária e legal em controlar o uso do solo urbano reflete a influência que se acentua, de forma marcante, nas cidades modernas em razão de fatores cumulativos: o crescimento da população urbana, com a constante migração do meio rural; o conseqüente assentamento desordenado da classe menos favorecida, a sobrecarga dos equipamentos públicos e serviços essenciais de transporte e abastecimento urbano, e, ademais, a especulação imobiliária pela retenção de terrenos urbanos inaproveitados na expectativa de valorização.

Entre nós, a consistência de tais problemas começa a inspirar, a partir da década de 70, a procura de soluções urbanísticas que possam minorar a crise das grandes cidades.

Em 1974, em seminário sobre planejamento municipal, realizado em São Bernardo do Campo, Hely Lopes Meirelles e Eurico de Andrade Azevedo difundem a idéia do solo criado como instrumento de disciplina do direito de construir, firmando o princípio do coeficiente básico de aproveitamento da propriedade imobiliária. O prefeito Olavo Setubal advoga à adoção do critério na municipalidade de São Paulo.

E, todavia, em reuniões promovidas pela Fundação Faria Lima, em 1976, que se vai cristalizar o primeiro documento objetivo de controle do crescimento urbano, a chamada Carta de Embu, aprovada em dezembro de 1976, após reuniões preliminares em S. Sebastião e S. Paulo, em julho de 1976. A declaração emitida afirma a constitucionalidade de adoção de um coeficiente único de edificação para todos os terrenos urbanos, declarando-se que a ocupação do espaço aéreo, ou o subsolo, acima ou abaixo desse coeficiente de uso natural, caracteriza o 'solo criado' que tem como condição a entrega à municipalidade de áreas equivalentes ou sua substituição por equivalente econômico, sob a forma de contribuição.

O primeiro ato legislativo em que se toma realidade a política de desenvolvimento urbano acaba de se materializar na Lei Complementar nº 16, de 4 de junho de 1992, do Município do Rio de Janeiro (Diário Oficial do Município, de 17 do mesmo mês), que dispõe sobre a política urbana do município e institui o Plano Diretor Decenal da cidade.

A Lei Complementar em causa adota como instrumentos operacionais de caráter urbanístico, as modalidades do solo criado, da operação interligada, da urbanização consorciada, do parcelamento e edificações compulsórios e, como forma extrema, a desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública (art. 88, nº III).

A principal novidade está na acolhida de concepção do solo criado, objeto de capítulo especial da lei complementar.

Determina-se, para todo o município, o coeficiente um de aproveitamento gratuito do solo que faculta ao proprietário construir o equivalente à metragem quadrada do terreno, salvo em área tombadas ou naquelas em que tenha sido fixado índice inferior (art. 23).

Acima do solo natural assim determinado, somente poderá ocorrer edificação sobreposta mediante pagamento autorizado pelo Poder Público, calculado com base no valor do metro quadrado no mercado imobiliário, respeitado o índice máximo de aproveitamento do terreno (arts. 24 e 25). A receita desta contribuição, incorporada ao Fundo Municipal de Desenvolvimento Urbano, será destinada, com exclusividade, ao financiamento de habitação para população de baixa renda e implantação de sistemas de esgotamento sanitário (art. 27).

A ação conjunta do Poder Público e da iniciativa privada será propiciada nas modalidades de operação interligada e de urbanização consorciada (arts. 28 a 32)".

38.2. As limitações e condicionamentos administrativos e urbanísticos, o são do exercício do direito de construir, constituindo instrumento específico do Direito Edifício.

38.2. 1. Envolvem o que se chama de índices urbanísticos, que “são a relação mensurável entre o solo e seu aproveitamento *edificável*, *condicionado* a usos específico, a condições ambientais e à infra-estrutura de transportes e saneamento básico”. (LC Rio nº 16/92, art. 108, § 2º).

São parâmetros, que servem de base para os controles quanto ao uso e ocupação do solo (Lei. cit., art. 105, “*caput*”, e § 3º).

38.2.2. Esses índices, no tocante aos terrenos, englobam, dentre outros, as dimensões do lote, os recuos, investidas e limites de profundidade; e no concernente às edificações, o afastamento das mesmas entre si e em relação às divisas; o gabarito (altura máxima das edificações e/ou número máximo de pavimentos); a Área Total das Edificações — ATE, que determina a área máxima de construção das edificações; o índice de Aproveitamento do Terreno — ITE; a taxa de ocupação; as dimensões máximas da projeção das edificações (art. 105, § 3º, cit., nºs I e II).

38.2.3. A taxa (índice) de ocupação é o percentual da área do terreno que poderá ser utilizada para construção, em sua projeção (dimensão) horizontal.

38.2.4. A ATE é o valor resultante da multiplicação do IAT, estabelecido para o local, pela área do terreno, correspondendo à soma das áreas brutas dos pavimentos.

38.3. O coeficiente de aproveitamento é, nos termos do art. 28, § 1º, do Estatuto da Cidade, e para seus efeitos, ‘a relação entre a área edificável e a área do terreno’. Diz respeito à densidade de utilização do terreno.

38.3.1. Esclarece JOSÉ AFONSO DA SILVA (*Direito Urbanístico Brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 3ª ed., 2000, p. 245/246):

“A legislação urbanística estabelece o aproveitamento máximo para as diversas zonas ou áreas. A de São Paulo estabelece o coeficiente de aproveitamento entre 1,0 a 4,0 de modo geral, mas em casos especiais chega a 0,2; assim, quem tem um terreno de 1.000m² poderá construir nele o máximo de 1.000m², onde o coeficiente for 1,0; 4.000m², onde o coeficiente for 4,0; e apenas 200m², onde for 0,2. O que importa, portanto, é fixar o conceito de coeficiente de aproveitamento máximo, que é o fator pelo qual a área do lote deve ser multiplicada para se obter a área total de *edificação máxima* permitida nesse mesmo lote. Se, por exemplo, o coeficiente de aproveitamento máximo for 2,2, isso quer dizer que se pode *assentar no lote até 2,2 vezes a sua área; se esta for, por exemplo, 360m², temos que, nesse lote, a construção máxima permitida será de 2,2 x 360 = 792m².*”

38.4. O mecanismo da outorga onerosa não é urbanístico.

38.4.1. Com efeito, o coeficiente de *aproveitamento funciona como um restrigente, do direito de propriedade, no seu objeto e no seu conteúdo, e não como limitação ou condicionamento administrativo ou urbanístico ao exercício do direito de construir.*

38.4.2. Conforme citado, *na propriedade predial, o solo, o terreno é o fundamental, a ele agregando-se o subsolo e o espaço aéreo, nos termos do disposto no*

art. 1.229 do Código Civil, sem olvidarmos o princípio da acessão consagrado pelos arts. 1.248, V, e 1.253 a 1.259 da codificação civil.

38.4.3. O Plano Diretor Fluminense, tratou do fenômeno jurídico da criação de solo, no que corresponde ao excedente do coeficiente de aproveitamento do terreno. Daí, fazer-se a distinção entre solo natural e solo criado, mercê da possibilidade de criação de um solo virtual (solo em sentido impróprio), decorrente do estabelecimento de limite do objeto do direito de construir, em termos de quantidade de área edificável (passível de ser abrangida por construção) em relação à área do solo natural (solo propriamente dito), do terreno.

38.4.4. Por ser uma restrição, é que, na sua pureza, está ele ligado à unicidade do coeficiente de aproveitamento, porque, do contrário, se caracterizaria o caráter anti-isonômico da fixação de restrições diversas para a propriedade imobiliária, inclusive dentro da mesma cidade (cf. Plano Diretor Fluminense, art. 23). JOSÉ AFONSO DA SILVA (op. cit., 251) assim se pronunciou:

“No sistema vigente o coeficiente de aproveitamento dos terrenos edificáveis é variável em função das determinações da legislação de uso e ocupação do solo, dependendo da definição da densidade estabelecida para as diversas zonas da cidade. Isso quando existe legislação de uso e ocupação, porque, não raro, vige, nesse assunto, anarquia total, indisciplina completa. Quando a legislação de uso e ocupação do solo fixa coeficientes variáveis, como têm que ser, para os vários terrenos edificáveis, isso gera desigualdade de tratamento entre os seus proprietários, porquanto os que podem construir com coeficiente mais elevado têm seus terrenos mais valorizados. Com isso, o conteúdo econômico dos terrenos urbanos edificáveis varia também em razão do volume possível de construção que neles pode ser implantado. Se uma nova lei de uso do solo modificar a situação existente, no interesse mesmo da coletividade, trará como consequência a alteração da relação econômica dos terrenos, gerando outros tantos tratamentos desiguais.

Pois bem, a fixação do coeficiente único iguala essa equação econômica. Esse coeficiente único pode ser qualquer um, mas o mais lógico e razoável consiste no coeficiente de aproveitamento correspondente a 1,0, o que equivale a reconhecer a todo proprietário o direito de erguer, no seu terreno, uma construção correspondente a tantos metros quadrados quantos forem os da superfície do lote, ou seja, cada metro quadrado do terreno dará o direito de construir 1m² de edificação — coeficiente, esse, que poderá ser utilizado totalmente ou não, respeitados, evidentemente, os demais índices urbanísticos previstos para a zona.”

Verifica-se que o critério é atécnico (a questão, data venia, não é de “lógica relativa”), e, portanto, não tem sentido em sede de poder de polícia ou de urbanismo.

Aliás, neste passo, é importante gizar que limitações e condicionamentos administrativos e urbanísticos têm de ser motivados, a fim de que se comprove a pertinência e outros requisitos de validade dos atos envolvidos, em face do comprometimento com a consecução, respectivamente, dos interesses sob a provedoria governamental e da ordenação da cidade.

38.4.5. O Estatuto da Cidade permitiu, no entanto, que o Plano Diretor fixe coeficiente básico (mínimo), diferenciado para áreas específicas dentro da zona urbana (§ 2º do art. 29), além do estabelecimento (para frenamento do apetite fiscal dos Municípios) dos “*limites máximos a serem atingidos pelos coeficientes de aproveitamento*”.

38.4.6. Aliás, fez ainda mais: permite que o Plano Diretor estabeleça a restrição apenas em determinadas áreas (art. 28 do Estatuto).

38.4.7. JOSÉ RUBENS COSTA (trab. cit., p. 6) é expressivo no equacionamento, dentro deste quadro, do direito de propriedade imobiliária urbana: (a) direito de propriedade (de construir) = coeficiente básico (mínimo); (b) direito do Poder Público = coeficiente máximo — coeficiente básico.

38.5. O que o Estatuto fez foi criar o direito potestativo do Poder Público Municipal, de impor, gratuitamente, a restrição do direito do proprietário; e instituir, para si, o direito restringente; direito esse passível de outorga, já agora, a título oneroso, para o proprietário.

385.1. Está-se tratando, portanto, da criação de bem jurídico (o solo criado) e do direito que o tem como objeto.

38.5.2. JOSÉ RUBENS COSTA (trab. cit., p. 7) grifa que “*não será direito do Poder Público estabelecer, por exemplo, CA. 1 para todos os proprietários e, a seguir, CA. 10, para que transfira aos titulares dos CA.1 direitos a construir até o CA. 10*”.

38.5.3. Tudo isso é, portanto, matéria de Direito Civil, eis que diz respeito à criação, em favor do Município, de direito limitativo potestativo de instituição de direito restritivo, nos moldes antes analisados.

38.5.4. Comportando-se como faz toda restrição à propriedade; submetido ao princípio da consolidação, conforme antes analisado, alterado, para mais, o coeficiente básico, a porção liberada reincorpora-se ao direito de construir do proprietário do terreno.

38.6. Ocorre que não pode caber ao Município estabelecer, gratuitamente, restrição à propriedade de terceiro, com base no novo direito potestativo da propriedade imobiliária urbana, criado pelo Estatuto da Cidade, que, efetivamente, enquanto lei civil federal, podia fazê-lo. Considere-se, sempre, a garantia constitucional do direito de propriedade, que impede seu esvaziamento econômico, sem indenização; e que o edificar é a vocação da propriedade imobiliária urbana.

38.6.1. O Poder Público tem, em verdade, por vezes, o direito potestativo de instituir restrições à propriedade particular. É o caso do direito potestativo de instituir servidões, como na hipótese do art. 40 da Lei de Desapropriações, dos arts. 138 e 151, c do Código de Águas.

A instituição de direitos restritivos pode dar-se por ato jurídico bilateral praticado pelo Poder Público e pelo proprietário do bem; ou coativamente. Neste último caso, impõe-se, para que não se caracterize confisco o pagamento da indenização, que há de ser prévia, justa e em dinheiro, pois que a CF protege o patrimônio individual contra as restrições impostas pelo Poder Público.

38.6.2. Lembremos que a servidão administrativa também é um dos instrumentos de política urbana: Estatuto, art. 4º, V, b, assim como a desapropriação (letra “a”),

E a instituição unilateral coativa de restrições à propriedade alheia é uma das modalidades de desapropriação: a restritiva e não extintiva.

38.6.3. A expropriabilidade dos bens é uma limitação à propriedade, e o direito de desapropriar é um direito potestativo.

Num primeiro sentido, o direito de desapropriar é direito limitativo potestativo extintivo da propriedade sobre determinado bem.

Em outro — que é aquele que ora nos interessa —, é direito potestativo restritivo, gerador de restrições à propriedade.

Ambas as formas submetem-se à garantia constitucional dessa em face do poder expropriatório, consubstanciada no art. 5º, XXIV, da Carta Magna Nacional. Essa exige o preenchimento do pressuposto material, traduzido na caracterização de um dos casos de necessidade ou utilidade pública, ou de interesse social, nos quais aquele poder se individualiza; e do pressuposto formal, procedimental, que inclui o ato declaratório inicial e a fase executória, consubstanciada no acordo ou no processo judicial, e em que será cumprido o segundo pressuposto material, que é o pagamento da indenização justa (completa) e prévia (condição para a extinção do direito de propriedade ou de sua restrição). Indenização, em princípio, em dinheiro, inclusive quando se trata de imóvel urbano (CF, art. 182, § 3º), ressalvadas hipóteses constitucionalmente previstas, como, em sede de política urbana, a contemplado no inciso III do § 4º, do art. 182 da CF.

38.6.4. Os autores aludem, no caso, a “desapropriação de elementos do domínio”. PONTES DE MIRANDA (*Comentários à Constituição de 1946*, Max Limonad, S. Paulo, 2ª ed. rev., t. IV, p. 245) é expresso: “Pode-se só desapropriar elemento do direito de *propriedade*, e.g., o direito de usufruto, o direito *de* uso, o direito *de* servidão (ou os *elementos para constituir-la*); ou *somente parte indivisa*, ou *divisa*. É preciso *que* a cisão seja admissível em direito civil”. “Desapropria-se, tirando-se: a) todo o domínio, ou b) tirando-se enfiteuse (constituída coativa de enfiteuse), ou c) usufruto (constituição coativa de usufruto), ou d) o uso (constituição coativa de uso), ou e) constituindo-se coativamente servidão, ou locação. Aqui, qualquer que seja a figura jurídica, com que se satisfaz a necessidade do desapropriante, exceto a primeira, não só se limita o conteúdo do direito de propriedade, mas sim, limita-se o conteúdo para se dar o direito à restrição; se apenas se restringe, o direito formativo deixa de ser extintivo, como em a), para ser gerador de restrição.”

38.6.5. Quando se impõe a restrição, criando-se o direito restritivo, não se está desapropriando, no mesmo sentido em que se desapropria o domínio, pois que não se está extinguindo direito nem mesmo elemento (poder ou faculdade), mas, como sabemos, se está tão-somente, restringindo o exercício e criando-se direito por sobre o outro.

Não se trata, portanto, de uma desapropriação parcial, em relação à extintiva: o que ocorre é que esta extingue, para, eventualmente, depois, criar; e a outra restringe, criando.

Conforme já acentuamos, a desapropriação parcial só pode referir-se a expropriação não-total de um bem. Assim como a constituição de enfiteuse não é uma compra e venda parcial, a instituição coativa de uma servidão não é uma desapropriação parcial.

O raciocínio válido é que, se é constitucionalmente legítimo ao Estado extinguir direitos patrimoniais, pode estabelecer-lhes restrições, desde que obedecido o *due process of law*, tomada a garantia em um sentido não apenas meramente adjetivo ou procedimental, mas também substantivo ou material

A lei tem de prever os casos e o procedimento administrativo e judicial para a imposição coativa de restrições aos direitos patrimoniais alheios. Lei competente para dispor sobre o conteúdo dos direitos reais, dos direitos obrigacionais de que se trate. Residualmente, se não for estabelecido procedimento especial caberá o da desapropriação, com a declaração de utilidade pública e, se não houver acordo, com a propositura da ação judicial. (Cf. OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, “*Aspecto Jurídico Administrativo da Concessão de Serviço Público*”, RDA 26/15; MARTINS RODRIGUES, “*Servidões Administrativas e Desapropriação*”, RDA 31/26 e s.).

38.6.6. A não-conotação urbanística, coeficiente único, ou mesmo diferenciado, apenas em zonas específicas, afronta os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, pois que não vinculado à peculiaridades de cada área. Tanto assim é que o Estatuto, ao permitir a fixação de coeficientes máximos, diversificados, estabelece critérios de pertinência, determinando que se considere a proporcionalidade entre a infra-estrutura existente e o aumento da densidade esperado em cada área, conforme assinalado.

38.7. SEABRA FAGUNDES, em seu clássico trabalho, *Aspectos Jurídicos do Solo Criado* (RDA 129: 1/10), formulou ressalvas que permanecem válidas, se o instituto caracterizasse, efetivamente, um condicionamento urbanístico:

“Conquanto um dos signatários da Carta do Embú, não aceitamos, por inteiro, ‘data venia’, sua Conclusão nº 2. Os aqui presentes, que foram companheiros meus no seminário de que resultou esse documento, lembram-se, com certeza, de objeção minha à alternativa, nesse item admitida: ‘entrega pelo interessado ao Poder Público de áreas proporcionais ao solo criado, ou ‘sua substituição pelo equivalente econômico’. Ela não me parece harmonizar com o propósito básico, fundamental, inarredável, da admissão do solo criado; a traduzir-se na conciliação do crescimento vertical das edificações com a boa qualidade das condições da vida no local (rua, bairro, cidade). Porque essencial ao atendimento desse objetivo, e para tal situada acima de qualquer outro fato, é a proporção tida por ideal, ou pelo menos satisfatória, entre a área construída habitável e as condições naturais do ambiente, como fatores de higiene e conforto da moradia (insolação, circulação do ar e sua oxigenação etc.).

Ora, se assim é, não há como trocar, em pecúnia, valor fundamental insuperável para salubridade da área. A conversão em dinheiro, a nosso ver, pretere o fundamento jurídico básico de disciplina do solo criado, como restrição ao direito da propriedade, que é o condicionamento deste ao interesse maior da coletividade, ou seja, nos termos da Carta Política, ao desempenho de uma função social. Certo poder-se-á objetar que “a substituição pelo equivalente econômico” não deixa de atender ao interesse social, porquanto habilita o Poder Público com recursos para implantar ou

melhorar serviços urbanos do interesse de todos. A objeção é frágil, permita-se-nos dizê-lo. Primeiro, porque embora o problema de solo criado deva ser visto num contexto genérico (rua, bairro, cidade), é de considerar que o teor de generalidade não deve conduzir a sacrificar a qualidade do viver num setor para favorecê-lo, à custa deste, no âmbito geral da cidade. Segundo, porque a permissão de construir, além do coeficiente normal de aproveitamento do solo, afasta-se do objetivo inspirador da adoção deste — proporcionar melhor qualidade no ambiente urbano — para converter-se em fonte de receita da Municipalidade. Haverá, então, um desvio de finalidade.

Será próprio, sim, gravar com ônus maior, e até mesmo bem maior do que o usual, as construções que, pela superposição de múltiplos pisos, importam sobrecarga extraordinária aos equipamentos e serviços públicos locais. Mas isso através de tributo, e não como uma espécie de transação, eticamente espúria, entre o poder público e o proprietário, à custa daquilo que se considerou, tendo em vista o interesse coletivo, como limite máximo de superposição de pisos, e conseqüentemente, de habitabilidade da área.”

38.8. Conclui-se, portanto, que o Estatuto da Cidade instituiu, em favor do Município, direito civil (e não administrativo ou urbanístico) limitativo potestativo a restringir, mas a imposição da restrição, ao exercício do direito de construir, com seu destinatário individualizável, já que estabelecida em ato geral não-normativo, o proprietário do imóvel urbano cujo direito de construir foi atingido, corresponde a uma modalidade de expropriação e envolve, para ser legítima, o pagamento de indenização, e não o de contrapartida para o expropriado.

38.9. EROS ROBERTO GRAU (*Direito Urbano*, São Paulo, RT, 1983, p. 80 e s.), defensor do instituto do solo criado, ressalva, no entanto, quanto a um dos postulados aprovados em Seminário realizado em São Sebastião, em 25 e 26.06.76:

“5) Para melhor aproveitamento do solo urbano, atendido o interesse da comunidade, o proprietário poderá adquirir o direito de construir, assim como obter onerosamente do Poder Público licença para edificar a mais.” A consideração do quinto postulado pode, eventualmente, levar a algumas conclusões equívocas.

Com efeito, algumas observações que a propósito do tema têm sido traçadas encaminham à afirmação de que o setor público transacionaria com o particular, onerosamente, uma “licença” para que este pudesse construir a mais do que o volume fixado no coeficiente único.

Deve-se tal afirmação à consideração de observação segundo a qual, na hipótese, se efetivaria uma “outorga” do direito de o particular usar o solo urbano em volume superior ao compreendido naquele padrão. Daí por que tal “outorga” deveria ser onerosa, devendo o preço correspondente a esta oneração ser pago à comunidade (isto é, ao setor público) em devolução, a dispêndios anteriormente ou posteriormente por ela arcados. Daí, também, a afirmação de que, através da outorga onerosa, permitir-se-ia fossem ressarcidos ao setor público encargos que o solo criado acarreta. Daí, ainda, por outro lado, a conclusão de que a “oneração” correspondente à

outorga encontraria certas analogias na contribuição de melhoria ou poderia ser explorada como um novo instrumento de receita pública. Nenhuma dessas conclusões, no entanto, é correta, sendo falsas as premissas sobre as quais se estruturam.

31. Com efeito, abordada a questão da natureza da cessão do direito de criar solo, torna-se necessário fixar premissa básica, de acordo com o qual o setor público não poderá ceder ao particular senão os direitos de criar solo inerentes ao solo de sua propriedade; em outros termos, instituída a noção de solo criado, não poderá o setor público transacionar direitos de criar solo que materialmente não possua."

38.10. MELHIM NAMEN CHALHUB (*Curso de Direito Civil; Direito Reais*, Rio, Forense, 2003, pp. 151/160) expõe:

"A outorga onerosa do direito de construir é decorrência (a) da limitação do direito de construir a um determinado coeficiente de aproveitamento básico, adotado pelo Plano Diretor, e (b), conseqüentemente, da criação de solo para construção além desse coeficiente. Com efeito, nos termos do Estatuto, o proprietário tem o poder de explorar seu terreno independente de outorga do poder público até o limite do coeficiente adotado pelo Plano Diretor; a possibilidade de construção além desse limite é uma prerrogativa do poder público, que cria solo e, mediante contrapartida prestada pelo beneficiário, emite outorga específica para construção. Trata-se, assim, de outorga onerosa do direito de construir.

.....
Dada a caracterização adotada pelo Estatuto, a faculdade de construir além do coeficiente básico passa a ser objeto de tratamento destacado do direito de propriedade, e essa faculdade pode ser transferida tanto pelo poder público, que tem a prerrogativa de instituí-la, como pelo proprietário particular, na hipótese do art. 35 do Estatuto."

38.11. Ressalvemos que, quando se trata de veraz parâmetro urbanístico, há lugar para a negociação.

38.11.1. A negociabilidade, em termos de Direito Público e Social, é a constante de nossa era.

Sempre existiram contratos e outros atos jurídicos bilaterais, públicos (contratos administrativos, convênios) e sociais (contrato individual, contrato coletivo de trabalho), produto da negociação. Mas a modernidade trouxe relevantes modificações denotativas e conotativas, nesta área.

Com o esgotamento do Estado Intervencionista na sua expressão máxima; com o crescimento da noção de cidadania, de participação na coisa pública, que é a razão de ser e a tradução da noção de República; com o desejo inafastável de eficiência, de eficácia, de economicidade, em termos de atuação do Poder Público e de atendimento aos interesses públicos e particulares; tudo isso fez com que novos horizontes se abrissem.

Tendo por pano de fundo a desregulamentação, a privatização, a desestatização; e na busca de um Estado mais eficiente, de uma sociedade mais harmônica, uma das

veredas para que isso se possa tornar realidade é a superação do Estado sempre unilateral, impositivo, para se fazer um Estado que seja co-partícipe, com o cidadão, na própria criação e execução do Direito.

Há, assim, a diminuição e a substituição progressivas do campo da unilateralidade, da imperatividade, em favor da consensualização, da negociação, mercê da auto-regulamentação, pelas partes, de seus legítimos interesses, como é próprio dos negócios jurídicos, com a conseqüente subjetivação das situações.

Essa consensualização e subjetivação fizeram retornar o Direito Privado a seu curso próprio; e marca, indelevelmente, o Direito Público e o Direito Social Contemporâneos; muito especialmente, no campo dos direitos de cunho econômico, dos direitos patrimoniais, como é o caso do direito de propriedade, e de seus direitos integrativos elementares, muito especialmente, o direito de usar a propriedade imobiliária urbana, e o de nela construir.

Daí, falar-se em “economia concertada”, em “economia contratada”, que são traduções da co-participação do setor público e do setor privado. Lembremos, por exemplo, a livre negociação de empregadores e empregados, no Direito do Trabalho, caracterizado hoje, pelas “rodadas de negociações”.

É o fenômeno da negociação, da subjetivação jurídica do Direito Público e do Direito Social, superando-se, portanto, em grande dose, a objetividade, o caráter estatutário, regulamentar, do seu universo.

Para citarmos um grande autor ibérico, CABRAL DE MONCADA (*Direito Econômico*, Coimbra Editora, 2º ed., 1988, pp. 379 e s), podemos dizer que, hoje, o negócio jurídico, o contrato, o consenso, é uma das formas normais de exercício da soberania.

Não se trata de arrear a soberania: cuida-se de integrar o cidadão, a empresa, enfim, os várias agentes da sociedade, no próprio exercício da soberania.

38.12. No campo do Direito Urbanístico, grife-se a existência do ‘urbanismo contratado’, da ‘gestão urbanística negociada’; da “urbanização consorciada”. Lembremos que a figura da transferência do direito de construir é exemplo de contratualização do Direito Urbanístico.

A consensualidade no Direito Urbanístico é reconhecido em expressivo voto do Ministro ILMAR GALVÃO, que, na qualidade de Relator do RE nº 212.780-9/RJ (BDM, nº 04/2000, p. 301), assevera:

“A aprovação de um projeto de loteamento e construção pelos órgãos competentes Poder Público tem muito que ver com uma espécie de contratação celebrada entre o proprietário do imóvel e a municipalidade.”

38.12.1. LÍVIA MARIA ARMANTANO KOENIGSTEIN ZAGO (*Uma Leitura do Estatuto da Cidade*, RDA, 225: 327/341), ao referir-se, elogiosamente, ao Estatuto da Cidade, ‘pela instituição de regras concernentes com a outorga onerosa do direito de construir, afirma que o instituto ‘guarda semelhança com as conhecidas operações interligadas’, matéria sobre a qual exaramos parecer publicado na Revista de Direito Administrativo, 222:279/367). Mas os dois institutos são diversos.

38.12.2. O Plano Diretor da Cidade do Rio de Janeiro (*Lei Complementar Rio nº 16, de 04.06.92*) dispôs sobre a operação interligada, nos seus arts. 28 e 29:

“Art. 28. Constitui operação interligada a alteração pelo Poder Público, nos limites e na forma definidos em lei, de determinados parâmetros urbanísticos, mediante contrapartida dos interessados, igualmente definida em lei.

Art. 29. Para efeito de utilização das operações interligadas serão estabelecidas as contrapartidas dos interessados, calculadas proporcionalmente à valorização acrescida ao empreendimento projetado, pela alteração de parâmetros urbanísticos, sob a forma de:

I — recursos para o Fundo Municipal de Desenvolvimento Urbano;

II — obras de infra-estrutura urbana;

III — terrenos e habitações destinados à população de baixa renda;

IV — recuperação do meio ambiente ou do patrimônio cultural.”

38.12.3. Já agora, porém, estamos, em verdade, no campo de parâmetros urbanísticos; e não de limite ao conteúdo, nem de *direito restrigente do direito de propriedade, que são matéria de Direito Civil.*

O caráter negocial da operação interligada traduz-se nas figuras da proposta do interessado e na *autorização do Poder Público; na negociação da contrapartida (preço) e na efetivação desta; no acerto das flexibilizações e na celebração de Termo de Compromisso (Lei Rio nº 2.128/94, esp. arts. 1º, 2º, § 1º; 6º, e §§; e 16 a 18).*

A operação interligada está sujeita a pressupostos e requisitos de legalidade, estabelecidos pelo legislador; e a discricção é do tipo objetivo, pois que a margem de apreciação é delimitada, inclusive quanto à *existência de interesse público na realização da operação, eis que ela será efetuada somente nos casos em que houver interesse público que justifique a flexibilização dos parâmetros*, ou seja, interesse público tão ou mais relevante que o expresso *pela limitação* normativamente imposta.

Greve

José de Segadas Vianna

Livro que objetiva facultar aos estudiosos do Direito Coletivo do Trabalho, e aos dirigentes sindicais, um conhecimento e uma visão geral desse problema que preocupa a coletividade, os trabalhadores, os empresários e o governo: a greve. Setores empresariais procuram aproveitar-se dos movimentos grevistas para obter reajustamentos de preços e repassar aumentos salariais aos consumidores. Em vez de reduzirem seus lucros, debatem a baixa de juros, subsídio para certos empreendimentos e ameaça de demissões em massa.

Ref. 0005
Form. 14x21

Brochura **130 págs.**
1986

Greve, Lock-Out, e uma Nova Política Laboral

Maria Lúcia Freire Roboredo

Este livro constitui-se uma obra de real interesse não só para estudantes, advogados, líderes sindicais, empregados, empregadores e tantos quantos se interessam por este ramo do Direito. Aborda assuntos polêmicos atuais. Surgidos com a Revolução Industrial a partir da consciência de classe, *Greve e Lock-Out* percorreram imenso caminho em nosso país bem como no restante do mundo.

Ref. 0097
Form. 14x21

Brochura
1996

167 págs.