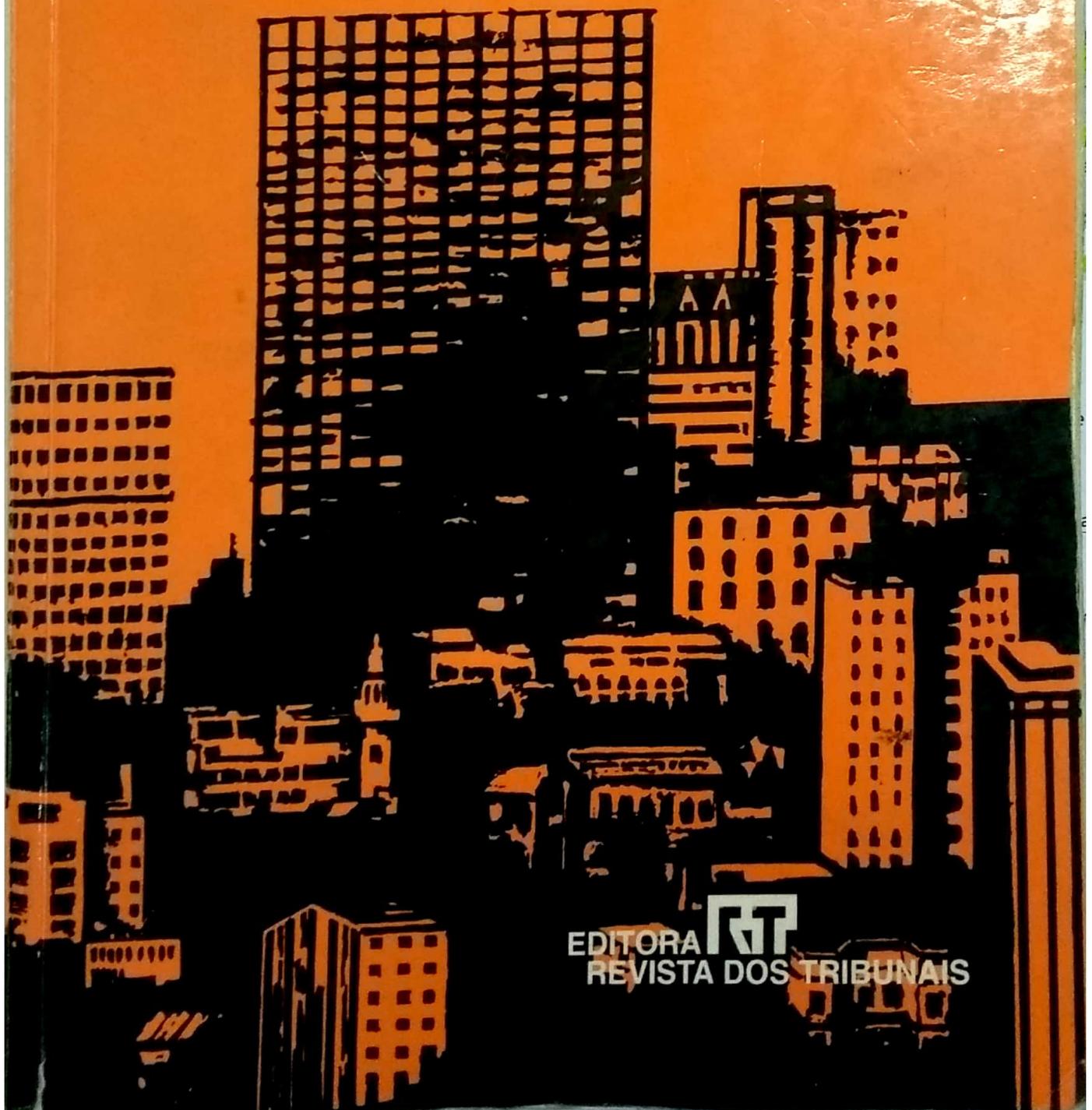


**IRIB**

REVISTA DE  
**DIREITO IMOBILIÁRIO**

Nº 51 ANO 24 JULHO-DEZEMBRO DE 2001



EDITORA   
REVISTA DOS TRIBUNAIS

# SUMÁRIO

COLABORADORES .....	7
APRESENTAÇÃO .....	9
<b>1. SEMINÁRIO O ESTATUTO DA CIDADE</b>	
1.1 Aspectos jurídicos do plano diretor – ADILSON ABREU DALLARI .....	11
1.2 Solo criado – EROS ROBERTO GRAU .....	20
1.3 O direito de superfície recriado pela Lei 10.257, de 10.07.2001 – JOSÉ GUI- LHERME BRAGA TEIXEIRA .....	46
1.4 Direito de preempção – DIOGENES GASPARINI .....	57
1.5 O Estatuto da Cidade e os novos instrumentos da política urbana – REGINA HELENA COSTA .....	81
1.6 O valor <i>ordem urbanística</i> e sua tutela judicial – RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO .....	99
1.7 A ordem urbanística – VICTOR CARVALHO PINTO .....	120
1.8 Usucapião coletivo e habitação popular – PAULO JOSÉ VILLELA LOMAR	133
1.9 Usucapião coletivo e habitação popular – FRANCISCO EDUARDO LOUREIRO .....	150
1.10 A habitação popular no Estatuto da Cidade – MARCELO TERRA .....	169
<b>2. ESTUDOS</b>	
2.1 O direito à propriedade fundiária na antiga Babilônia até o Império de Hammu- rabi – EMANUEL BOUZON .....	179
2.2 Direito de propriedade sobre as águas e o registro de imóveis – JOSÉ RI- BEIRO .....	203
2.3 Relação de pertencibilidade no Direito brasileiro – LEONARDO BRAN- DELLI .....	220
<b>3. PARECERES</b>	
3.1 Alienação fiduciária de bens imóveis – CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO	235
3.2 Do regime legal da alienação fiduciária de imóveis e sua aplicabilidade em opera- ções de financiamento de bancos de desenvolvimento – ARNOLDO WALD	253
<b>4. LEGISLAÇÃO</b>	
4.1 Lei 10.257, de 10.07.2001 – Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providên- cias (Mensagem 730, de 10.07.2001) .....	281

## SOLO CRIADO\*

EROS ROBERTO GRAU

SUMÁRIO: 1. Posição da questão - 2. A noção de solo criado - 3. Solo criado e direito de propriedade - 4. O princípio da função social da propriedade - 5. Solo criado e transferibilidade do direito de criar solo.

### 1. Posição da questão

No segundo semestre de 1976, elaborei, por solicitação da Fundação Cepam - atual Cepam - Fundação Prefeito Faria Lima -, exposição sobre a noção de *solo criado*, tendo em vista o encaminhamento de respostas às seguintes questões: (a) É constitucional a fixação, pelo Município, de um coeficiente único de aproveitamento do solo? (b) É constitucional a instituição da chamada transferibilidade do direito de criar solo? Destinou-se o texto a servir como documento básico para a discussão das questões em Seminário promovido pela Cepam, na cidade do Embu, nos dias 11 e 12.12.1976.<sup>2</sup>

<sup>(1)</sup> Texto extraído do livro *Direito urbano*, São Paulo : RT, 1983. p. 54-84.

<sup>(2)</sup> O texto resultante foi publicado em coletânea editada pela Fundação Cepam, *O solo criado/Carta do Embu*, São Paulo, Fundação Prefeito Faria Lima, 1977, e na RT 504.

<sup>(3)</sup> Os participantes do Seminário produziram o seguinte documento:

"Carta do Embu

Considerando que, no território de uma cidade, certos locais são mais favoráveis à implantação de diferentes tipos de atividades urbanas; considerando que a competição por esses locais tende a elevar o preço dos terrenos e a aumentar a densidade das áreas constituídas; considerando que a moderna tecnologia da construção civil permite intensificar a utilização dos terrenos, multiplicando o número de pavimentos pela ocupação do espaço aéreo ou do subsolo;

considerando que esta intensificação sobrecarrega toda a infra-estrutura urbana, a saber, a capacidade das vias, das redes de água, esgoto e energia elétrica, bem assim a dos equipamentos sociais, tais como, escolas, áreas verdes etc.;

considerando que essa tecnologia vem ao encontro dos desejos de multiplicar a utilização dos locais de maior demanda, e, por assim dizer, permite a criação de solo

Parece-me oportuno, algum tempo passado desde o Seminário do Embu, retornar ao tema. Alguns trabalhos, referidos a ele, foram desde então produzidos entre nós. Não é minha intenção a de, a partir da consideração de tais contribuições, elaborar um novo texto sobre o assunto. Antes, pelo contrário, referindo-as apenas quando isso me pareça necessário, move-me o desejo de, caminhando sobre as linhas de minha exposição anterior, desenvolvê-las, a elas aportando distintas colocações, atinentes à questão da função social da propriedade.

Cuido pois, a seguir, em três momentos diversos, de colocar a noção de solo criado, de alinhar considerações a propósito da função social da propriedade e, finalmente, de retomar, conclusivamente, o instituto do solo criado.

novo, ou seja, de áreas adicionais utilizáveis, não apoiadas diretamente sobre o solo natural;

considerando que a legislação de uso do solo procura limitar este adensamento, diferenciadamente para cada zona, no interesse da comunidade;

considerando que um dos efeitos colaterais dessa legislação é o de valorizar diferentemente os imóveis, em consequência de sua capacidade legal de comportar área edificada, gerando situações de injustiça;

considerando que o direito de propriedade, assegurado na Constituição, é condicionado pelo princípio da função social da propriedade, não devendo, assim, exceder determinada extensão de uso e disposição, cujo volume é definido segundo a relevância do interesse social;

Admite-se que, assim como o loteador é obrigado a entregar ao Poder Público áreas destinadas ao sistema viário, equipamentos públicos e lazer, igualmente, o criador de solo devera oferecer à coletividade as compensações necessárias ao equilíbrio urbano reclamado pela criação do solo adicional, e

Conclui-se que:

1. É constitucional a fixação, pelo Município, de um coeficiente único de edificação para todos os terrenos urbanos.

1.1 A fixação desse coeficiente não interfere com a competência municipal para estabelecer índices diversos de utilização dos terrenos, tal como já se faz, mediante legislação de zoneamento.

1.2 Toda edificação acima do coeficiente único é considerada solo criado, quer envolva ocupação de espaço aéreo, quer a de subsolo.

2. É constitucional exigir na forma da lei municipal, como condição de criação de solo, que o interessado entregue ao Poder Público áreas proporcionais ao solo criado; quando impossível a oferta destas áreas, por inexistentes ou por não atenderem às condições legais para tanto requeridas, é admissível sua substituição pelo equivalente econômico.

2.1 O proprietário de imóvel sujeito a limitações administrativas, que impeçam a plena utilização do coeficiente único de edificação, poderá alienar a parcela não utilizável do direito de construir.

2.2 No caso de imóvel lombado, o proprietário poderá alienar o direito de construir correspondente à área edificada ou ao coeficiente único de edificação."

## 2. A noção de solo criado

O controle do uso do solo urbano — atividade-meio — é exercido através de uma série de instrumentos, entre os quais se destacam, com especial relevo, as restrições ao exercício da atividade de construção sobre imóveis, consubstanciadas nas chamadas legislações de zoneamento.

Institutos fundamentais do zoneamento são o coeficiente de aproveitamento e a taxa de ocupação.

O coeficiente de aproveitamento expressa a relação entre a área construída (isto é, a soma das áreas dos pisos utilizáveis, cobertos ou não, de todos os pavimentos de uma edificação) e a área total do terreno em que a edificação se situa.

A taxa de ocupação, por outro lado, expressa a relação entre a área ocupada (isto é, a projeção em plano horizontal da área construída acima do nível do solo) e a área total do terreno.

A definição, pelo Poder Público, de diversos e distintos coeficientes de aproveitamento, na legislação de zoneamento, permite a ocorrência, a nível individual, de inúmeras situações de injustiça:<sup>3</sup> a definição de um ou outro coeficiente de aproveitamento poderá alterar substancialmente o valor dos terrenos. Daí o volume extremamente significativo de pressões que se exerce sobre o Poder Público, no sentido de pretender a alteração da legislação de zoneamento, sempre para o fim de que sejam ampliados os coeficientes de aproveitamento.

É certo, por outro lado, que a ampliação dos coeficientes de aproveitamento implica sistematicamente o acréscimo da demanda de equipamentos por parte da comunidade que vai ocupar os locais relativamente aos quais ocorreu tal ampliação: meios de circulação, equipamentos de água, esgoto, transportes públicos, áreas de lazer, áreas de estacionamento etc.

Tendo-se em vista fundamentalmente — mas não exclusivamente — tais distorções, desenvolveu-se a idéia da instituição da noção de solo criado, que implica a adoção de um coeficiente único de aproveitamento para todo o território nacional ou para toda a região.

A noção de solo criado desenvolveu-se inicialmente a partir da observação da possibilidade de criação artificial de área horizontal, mediante a sua construção sobre ou sob o solo natural. Compreendia-se assim o solo criado como o resultado da criação de áreas adicionais utilizáveis, não apoiadas diretamente sobre o solo natural. Não se confunde, no entanto, a noção — mesmo quando nestes termos entendida — com a de ocupação do espaço aéreo, visto que pode haver ocupação de espaço aéreo sem criação de solo; seria o caso de construção de uma torre de grande altura, sem pavimentos intermediários, ou de nave de uma catedral gótica também de grande altura, mas sem nenhum plano utilizado no interme-

<sup>3</sup> A injustiça social aqui apontada se manifesta a nível individual, mesmo quando tais definições são urbanisticamente exatas e justas, do ponto de vista social.

rio.<sup>4</sup> Por outro lado, pode haver criação de solo sem ocupação do espaço aéreo: seria o caso das construções no subsolo, que ocupam um espaço subterrâneo.<sup>5</sup>

Desenvolvidos, no entanto, novos estudos urbanísticos a propósito da idéia, passou-se a entender como solo criado o resultado de construção praticada em volume superior ao permitido nos limites do coeficiente único de aproveitamento. Tudo quanto se construa, pois, além do *quantum* convencional em tal coeficiente, inclusive no andar térreo, é entendido como solo criado.

Importante notar que não se confunde a idéia de coeficiente único com a de índices de aproveitamento, tomados pela legislação de zoneamento municipal. Observe-se que, adotado o coeficiente único para todo um município, ainda assim a legislação de zoneamento poderá, tendo em vista razões de urbanismo, fixar índices de aproveitamento, em áreas diversas desse mesmo território, maiores e menores do que aquele coeficiente.

A concepção da noção de solo criado, de toda sorte, está naturalmente atrelada à fixação de um coeficiente de aproveitamento único para todos os terrenos em um município, região ou país. Costumemente, nos estudos de natureza urbanística a propósito desenvolvidos, tem-se admitido que tal coeficiente deveria ser igual a um, considerando-se então como solo criado tão-somente a área construída que ultrapassasse, em metros quadrados, o valor equivalente ao da área do terreno.

Adotada a noção e, subsequentemente, definido o coeficiente de aproveitamento único, o direito de construir seria limitado a determinada quantidade, proporcional à área do terreno.

Assim, é consequente a essa verificação a afirmação de que, para que alguém pudesse construir a mais do que o permitido pelo coeficiente único, teria de adquirir direito de construir inerente a outro terreno, seja (a) de propriedade de particulares, seja (b) de propriedade do setor público.

Quando se tratasse de aquisições ao Poder Público, poderiam ser pagas em dinheiro ou mediante permuta por áreas de terrenos destinadas à preservação de áreas verdes, do patrimônio histórico e artístico, à criação de áreas de lazer etc.

A adoção do instituto permitiria corrigir uma série de distorções que afetam, especialmente, a oportunidade de apropriação e uso de solo urbano, a distribuição dos benefícios gerados pela ação da comunidade urbana, especialmente pelo Poder Público, a distribuição dos encargos gerados pelo uso do solo e a distribuição de efeitos positivos ou negativos do zoneamento sobre a valorização dos imóveis.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> Cf. Antonio Cláudio Moreira Lima e Moreira, Clementina de Ambrosio, Dalmo do Valle Nogueira e Domingos Theodoro de Azevedo Netto, "O solo criado". *O solo criado/Carta do Embu*, p. 24.

<sup>5</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>6</sup> V., a propósito, Maria de Lourdes Cesarino Costa, "O solo criado como instrumento de equidade". *O solo criado/Carta do Embu*, p. 155 *et seq.*

Definida a noção de solo criado, tem-se como consequente dela a de transferência do direito de construir. Essa transferência vem sendo praticada, já há algum tempo, nos Estados Unidos, especialmente para o fim de instrumentar a conservação do patrimônio histórico cultural.<sup>7</sup>

A transferibilidade do direito de construir implica seja permitida a transferência desses direitos de um lote a um segundo lote, de acordo com certas regras. Assim, para construir em determinado terreno, além do coeficiente de aproveitamento fixado, poderá o interessado adquirir direitos, parciais ou totais, de seu terreno, sendo exato que, neste último caso, não poderá mais esse terceiro, no seu terreno, construir.

Note-se, todavia, que a adoção do instituto da transferência do direito de construir apenas é viável quando não exista a possibilidade da mudança da legislação que fixa o coeficiente de aproveitamento. Se houver essa possibilidade, provavelmente, ninguém se interessará em adquirir direitos de criar solo a outros proprietários de imóvel. Por esta razão é que, sistematicamente, a idéia da transferência do direito de construir vem sendo considerada como atrelada à noção de solo criado, que, por sua vez, implica a adoção de um coeficiente único, inalterável.

A conjugação dos dois institutos implicaria se definisse: a) que o direito de construir está limitado a um coeficiente único de aproveitamento (igual a 1); b) que, para certas áreas ou zonas da cidade, é possível e conveniente, do ponto de vista social, a construção além do coeficiente de aproveitamento único; para que, no entanto, isto seja permitido nessas zonas, será exigida do construtor a aquisição de direitos de construir suficientes para tal.

### 3. Solo criado e direito de propriedade

À postulação da noção de solo criado, que chegou aos jornais em 1976, seguiu-se uma sucessão de debates apaixonados, durante os quais, como costuma acontecer em casos como tais, nada de inteligente se produziu. Uma das menores críticas que se fez à noção foi a de ser ela expressão de uma ideologia socializante,

tendente à coletivização da propriedade urbana. Isto porque, na visão turbada de alguns, a instituição do solo criado suporia a separação entre o direito de propriedade e o direito de construir.

Nada menos exato, porém. A noção - na direção de José Afonso da Silva<sup>8</sup> - reafirma a faculdade de construir, na medida em que transforma em direito subjetivo a faculdade de fazê-lo até o limite do coeficiente único estabelecido. E mais: introduzido o instituto no Direito Positivo, os proprietários de terrenos em que, por razões diversas - v. g., tombamento -, não possa haver construções novas ou reconstruções poderão transferir o direito a elas correspondentes a terceiros.

De qualquer modo, a distinção entre o direito de propriedade e o direito de criar solo novo não deve ser considerada como uma idéia inteiramente nova. Em reunião celebrada em Roma, de 29.03 a 03.04.1971, um grupo de especialistas em problemas de política de habitação, construção e planejamento dos países meridionais da Europa - da Comissão Econômica para a Europa, da ONU - acordou, entre outras, conclusão com a qual é necessário afirmar a separação entre o direito de propriedade e o direito de edificar; dada a suposição de que este último deve pertencer à coletividade e não pode ser admitido senão por concessão ou autorização administrativa, o grupo reconheceu a utilidade de recomendar a cada país integrado na Comissão a necessidade de suas legislações determinarem os métodos práticos para a sua aplicação, compreendendo inclusive o cálculo das indenizações em caso de desapropriação.<sup>9</sup>

Neste sentido, aliás - contemplando separação entre ambos -, sobreveio, em 28.01.1977, a lei italiana, que define a faculdade de edificar como uma concessão do Poder Público. Em termos menores, a lei francesa de 31.12.1975, n. 75-1328, instituiu o *plafond legal de densité*. Embora reconhecendo que o direito de construir é inerente à propriedade do solo, define um limite legal para o seu exercício, igual a 1, ampliado para 1,5 na cidade de Paris. Neste limite, a faculdade de edificar pertence ao proprietário do solo; para além dele, subordina-se ao interesse da coletividade e o proprietário que assim o quiser exercer terá de adquiri-lo, mediante o pagamento de uma soma igual ao valor do terreno que receberá a edificação excedente.

Anteriormente às leis francesa e italiana, contudo, durante seminário interno realizado pelo antigo Gegran, em São Paulo, no final do mês de janeiro de 1975, quando se discutia proposta de anteprojeto de lei federal relativo ao controle do uso do solo, em trabalho elaborado em conjunto com Antonio Carlos Cintra de Amaral e Jorge Bartholomeu Carneiro da Cunha, aventamos a hipótese básica de definição, pela lei federal, de que há distinção entre direito de propriedade e direito de construir.

<sup>8</sup> *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo : RT, 1981. p. 313.

<sup>9</sup> Cf. José Luis de Los Mozos. *El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística*. Madrid : Ministerio de la Vivienda, 1974. p. 204-205.

<sup>7</sup> Assim ocorreu em Chicago, tendo também o Departamento do Interior do Governo Norte-Americano desenvolvido um programa de preservação de 12 prédios históricos, da Escola de Arquitetura de Chicago, mediante a criação de um Parque Nacional de Cultura, do qual os prédios fazem parte. Lançou-se mão, para tanto, da transferibilidade do direito de construir e criou-se um banco administrativo de atividades. No momento pretende-se, em São Paulo, a partir de anteprojeto de lei municipal elaborado sob a coordenação de Modesto Carvalhosa e Benedito Lima Toledo, lançar mão do mesmo mecanismo, para efeito de promoção da preservação do patrimônio cultural, inicialmente no Município da Capital, posteriormente nos demais do Estado de São Paulo, tendo participado do programa como consultor do Secretário da Cultura do Estado de São Paulo.

Afirmava-se então que, acatada tal hipótese, as seguintes conclusões seriam verdadeiras: a) "não existem limitações administrativas ao direito de edificação do proprietário, visto que tal direito não lhe pertence, sendo-lhe atribuído mediante autorização ou concessão do Poder Público"; b) "na legislação nacional a ser desenvolvida, amoldada à realidade (note-se que a propriedade urbana, modernamente, ainda é normatizada de conformidade com os modelos legislativos do Direito Romano, que nela apenas concebiam dimensões horizontais), deverá ser considerada a situação de propriedade daqueles aos quais, atualmente, já foi concedido ou autorizado direito de edificação, ou que são titulares de expectativa de sua concessão ou autorização".

Admitindo-se, porém, não fosse aquela hipótese acatada, propunhamos, alternativamente, que se tivesse c) "como indispensável, ao menos — embora não se faça distinção entre direito de propriedade e direito de edificação — que, para fins operacionais, sejam ambos tratados destacadamente; neste caso, aplicado ao direito o princípio da função social, admitir-se-á a efetividade da existência de limitações administrativas ao seu exercício; a quantidade e a qualidade de tais limitações estará restringida, na síntese de *Waline*, pelo respeito à legalidade".

Adiante, as seguintes considerações eram traçadas: "(d) quanto à disponibilidade do direito de edificar: admitido que há distinção entre o direito de propriedade e o direito de edificar, o exercício deste último, pelos particulares, estaria sujeito ao pagamento de uma remuneração ao Poder Público (preço público); não admitida aquela distinção, acatada porém a segunda hipótese formulada, defini-se, então, por meio de disposição normativa federal, limitação básica ao direito de edificar (Lei Federal, necessariamente, porque atinente, neste caso, ao direito de propriedade) — excepcionalmente, quando o Poder Público o permitisse e isso não contrariasse o interesse urbanístico, o direito de edificar em volume superior ao fixado na norma federal seria objeto de aquisição remunerada pelo particular e) quanto à transferibilidade do direito de edificar: qualquer que seja a hipótese admitida, estabeleceria a lei federal a possibilidade de os particulares negociarem, com outros particulares ou com o próprio Poder Público, o direito de edificar (na sua integridade — primeira hipótese — ou no que respeita ao volume superior ao fixado no texto legal — segunda hipótese)".

O argumento que então se opunha à viabilidade da consagração, pelas legislações estaduais e municipais, do instituto do "direito de criar solo" e de sua transferibilidade definia-se na afirmação de que a sua contemplação normativa implicaria reformulação do próprio conceito de propriedade. Tratando-se dessa matéria, considerada a discriminação de competências contida na Constituição Federal, apenas a norma legislativa federal — afirmava-se — caberia a sua contemplação em disposição normativa.

A diverso entendimento, no entanto, poder-se-á chegar, quando a matéria seja objeto da análise a seguir disposta.

Quando das discussões sobre o tema, desenvolvidas durante o seminário promovido pelo Gegrar, já referido, a seguinte assertiva — em redação proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello — foi tomada como pacífica: "O direito de

propriedade, assegurado pela Constituição, tem seu perfil definido pela legislação ordinária, a qual não pode desconhecer a noção de que a propriedade envolve a utilização e disposição; contudo, assiste à legislação ordinária definir a extensão do seu uso e disposição".

Se bem que, naquela ocasião, a "legislação ordinária" em referência fosse sempre a lei federal — nunca a estadual, jamais a municipal — considerada tal conclusão e mais o princípio da função social da propriedade, pode a seguinte conclusão ser esboçada: a Constituição assegura a propriedade, mas estabelece como seu limite a função social; nesse quadro, pois, é que o legislador ordinário deve definir aquele perfil.

Admitte-se, neste ponto, que, ao traçar o perfil do direito de propriedade, pode o ordenamento jurídico — sem definimos ainda se federal, estadual ou municipal — estabelecer "padrões de utilização" para a propriedade do solo urbano. Dá a conclusão de que tudo quanto exceder o "padrão" definido — inclusive o direito de criação de novos solos — não é inerente à propriedade.

#### 4. O princípio da função social da propriedade

Alcançado esse ponto de minha exposição, verificamos ser extremamente relevante a consideração do princípio da função social da propriedade como elemento condicionante de tal perfil. A análise do tema "solo criado" encaminha, necessariamente, à consideração de tal princípio, tal como consagrado no Direito constitucional brasileiro.

A análise do instituto da propriedade, no Direito de nosso tempo, reclama uma multiplicidade de enfoques e critérios específicos. Ainda quando tomemos como objeto de pesquisa o princípio da função social, na tentativa de demarcação dos contornos de sua concepção e do seu raio de abrangência, ainda assim nos colocaremos, sempre, diante de um leque de aspectos a serem explorados, a reclamar a enunciação de um deles como o primordial, em razão do qual se pretenda desenvolver a análise ensaiada.

Isto porque a função social da propriedade, na expressão de Salvatore Pugliatti,<sup>10</sup> é polidétrica e pode ser dita verdadeiramente indeterminada — tantos são os aspectos sob os quais pode caracterizar-se uma função social, a qual terá não apenas vária relevância específica, mas poderá ter relevância em função da importância que o elemento social adquira em determinado momento aos olhos do legislador ordinário.

A observação da evolução da propriedade — que, da plena *in re potestas* de Justiniano, da propriedade como expressão do direito natural, vai desembocar, modernamente, na ideia de *propriedade-função social* — apresenta momentos e

<sup>10</sup> Cf. Salvatore Pugliatti, "La proprietà e le proprietà". *La Proprietà nel Nuovo Diritto* Milano: Giuffrè, 1964, p. 277.

matizes realmente encantadores, bastantes para desviar o estudioso da senda que matizes explorar. Tal evolução consubstancia, como afirmou André Pietre,<sup>11</sup> a renche da Grécia sobre Roma, da filosofia sobre o direito: a concepção romana, que justifica a propriedade por sua *origem* (família, dote, estabilidade dos patrimônios), sucumbe diante da concepção aristotélica, finalista, que a justifica por seu *fin*, seus *serviços*, sua *função*.

Reformulada a concepção romana do instituto, uma parte da propriedade é reformulada a concepção sobre minas (no subsolo), pela legislação sobre energia *amputada* - pela legislação sobre minas (no subsolo), pela legislação sobre energia hidráulica (na superfície), pela legislação sobre a distribuição de energia elétrica e de circulação de aeronaves (no espaço aéreo) - outra é *condicionada* - pela legislação urbanística - outra, ainda, é *ameaçada*, deixando de ser ela inviolável - pela legislação referida às desapropriações.<sup>12</sup>

Múltiplas, assim, as vertentes desde as quais pode e deve ser analisado o princípio da função social da propriedade: impõe-se, desde logo, a eleição da matriz que há de, nesta oportunidade, inspirar nossa incursão pelo tema.<sup>13</sup> O que ora nos importa determinar é o efetivo impacto do princípio sobre o direito de propriedade referido à chamada propriedade urbana - e os seus efeitos concretos em relação à definição do seu perfil.

Um dos primeiros pontos a enfatizar, para tanto, é o atinentemente ao fato de que, hoje em dia, a própria palavra "propriedade" não tem um significado unívoco. Como enfatizou Pugliatti,<sup>14</sup> não podemos manter a ilusão de que à unicidade do termo, aplicado a referências a diversas situações, corresponde a real unidade de um compacto e íntegro instituto. A propriedade, por certo, não constitui uma instituição única, mas sim um conjunto de várias instituições distintas, relacionadas a diversos tipos de bens. Assim, sem que nos detenhamos a examinar hipóteses de propriedade distintas da do solo - exemplificando, a propriedade de valores mobiliários, de matéria-prima etc. - basta observar o ordenamento jurídico vigente, em que encontramos conteúdos normativos diversos,<sup>15</sup> aplicáveis, exem-

(11) Apud J. P. Gilli. *Rédéfinir le Droit de Propriété*. Paris : Centre de Recherché d'Urbanisme, 1975, p. 126.

(12) Cf. J. P. Gilli, op. cit., p. 124-125.

(13) A respeito do tema da função social da propriedade, já me estendi em duas oportunidades: em verbete publicado na *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 39, p. 16 *et seq.*, e em meu *Elementos de direito econômico*. São Paulo : RT, 1981, p. 112 *et seq.* Válio-me, aqui, de algumas colocações e de alguns conceitos que se encontram em ambos os textos.

(14) Salvatore Pugliatti, op. cit., p. 309.

(15) V. g., com relação à propriedade sobre as minas, há que considerar o Dec. 62.934, de 02.07.1968, que aprova o regulamento do Código de Mineração, especificando matéria disposta no CC e no Dec.-lei 227, de 28.02.1967; com relação à matéria florestal, há que referir a Lei 4.771, de 15.09.1975, que institui o novo Código Florestal; com relação à matéria de saúde e bem-estar público, há que referir a Lei 2.312, de 03.09.1954;

plicativamente, à propriedade do solo rural, do solo urbano e do subsolo. No que tange às águas e às minas, é óbvio que o princípio da função social da propriedade, no plano normativo, já se encontra sensivelmente instrumentado. O mesmo não se pode afirmar, no entanto, com relação à propriedade urbana, cujas unidades se encontram inseridas em um conjunto mais amplo: a cidade.

Essa carência de instrumentação, no entanto, é inerentemente injustificável, dada a fundamental importância do fenômeno da urbanização, que está estreitamente vinculado aos mecanismos de desenvolvimento econômico, construindo-se mesmo, entre ambos, um processo de causalção circular acumulativa, em que causa e efeito se confundem.

Outro aspecto desde logo a elucidar, ainda que em termos sucintos, está na necessidade de tomarmos sob reserva a afirmação de que a propriedade, modernamente, deixa de ser entendida como um *direito subjetivo* dos indivíduos.

O que parece exato, apenas, é a circunstância de que a propriedade não consubstancia mais um *direito subjetivo justificado exclusivamente pela sua origem*, mas que remanesce exclusivamente à medida que atentemos a que seu fundamento é inseparável da consideração do seu uso. Dar a fórmula segundo a qual não pode a propriedade ser usada de modo contrário à utilidade social, preservando-se o direito do proprietário somente enquanto o seu uso contrário ao interesse social não ocorrer.

A partir de tal fórmula desenvolve-se o entendimento de que o princípio da função social, na sua concreção, resulta na colocação de limitações ao exercício do direito de propriedade. Observe-se que, nesse entendimento, define-se marcadamente a concepção do princípio como gerador de imposições *negativas* ao comportamento do proprietário. Nesta visão, pois, repousa, subentendida, a pressuposição de que a concreção do princípio resultaria simplesmente da disciplina - pela aposição de limitações a eles - dos direitos reconhecidos ao titular da propriedade, agora sob a inspiração da função social, ou seja, em outros termos, do exercício, pelo Estado, do seu poder de polícia.

A exata compreensão do princípio, todavia, parece-me reclamar uma visão mais ampla.

A integração do princípio da função social no conceito de propriedade (ou nos conceitos de propriedade) importa em que se coloque sob contestação, por tímida e incompleta, a fórmula segundo a qual apenas não pode a propriedade ser

com relação à matéria de Reforma Agrária, há que considerar inúmeros textos normativos, entre os quais salientam o da Lei 4.504, de 30.11.1964, que dispõe sobre o Estatuto da Terra e foi parcialmente regulamentado pelo Dec. 55.891, de 31.03.1955; com relação à matéria específica, tendo-se em vista que a defesa da integridade do território nacional, a segurança do Estado e a justa distribuição da propriedade estão relacionadas ao princípio da sua função social, há que referir as disposições contidas no Ato Complementar 45, de 30.01.1969, e o Dec.-lei 494, de 10.03.1969, posteriormente alterados pela Lei 5.709, de 07.10.1971.

usada de modo contrário à utilidade social. Analisados os conjuntos das disposições normativas em que se desenhavam os perfis dos direitos de propriedade, nos quais o legislador ordinário contempla, sob a inspiração da função social, limitações da propriedade, verificaremos que, algumas vezes, nesses se inserem comandos voltados não somente à vedação do exercício da propriedade — Para que não venha a contrariar a utilidade social —, mas à promoção do exercício da propriedade de modo mais compatível àquela utilidade.

O princípio da função social da propriedade, como já afirmei em diversa oportunidade, tem origem nebulosa.<sup>16</sup>

Atualmente, contudo, está expressamente consagrado no bojo de diversos sistemas jurídicos. Tal consagração, importando na integração da função social nos modernos conceitos de propriedade, leva à assim chamada conciliação, nela, do individual e do social.

Passa o princípio, assim, inserido naqueles conceitos, a determinar profundas alterações estruturais na sua interioridade. Expressão das modernas tendências que caracterizam o tratamento conferido pelo direito de nossos dias à realidade social — na busca de uma integração entre os ideais individuais e sociais —, as modernas concepções de propriedade são aplicadas à preservação de uma situação de equilíbrio entre o individual e o social.<sup>17</sup>

Por isso que, tendo em vista a integração da função social como elemento inerente às estruturas dos direitos de propriedade, afirma Ana de Vitas<sup>18</sup> que a introdução do conceito de função social no sistema que reconhece e garante a propriedade privada implica a *superação de contraposição entre público e privado*, *ie*, implica a evolução da propriedade em sentido social, uma verdadeira metamorfose qualitativa do direito na sua realização concreta, destinada à satisfação de exigências de caráter social. Passa a propriedade, assim, a ser vista desde uma perspectiva comunitária, não mais sob uma visão individualista.<sup>19</sup>

Importa, nestas condições — a verificação de que a propriedade deve cumprir uma função social —, não apenas o rompimento da concepção, tradicional, de que a sua garantia reside exclusivamente no direito natural, mas também a conclusão — que enuncio — de que, mais do que meros *direitos residuais*<sup>20</sup> (parcelas daquele que em sua totalidade contemplava-se no *utendi fruendi et abutendi, na plena in re potestas*), o que atualmente divisamos, nas formas de propriedade impregnadas pelo princípio, são verdadeiras *propriedades-função social* e não apenas, sim-

<sup>(16)</sup> *Elementos de direito econômico*, p. 113-114.

<sup>(17)</sup> Neste sentido, Federico Spantigati. *Manual de derecho urbanístico*. Trad. de Traducciones Diorki. Madrid: Moncecorvo, 1973, p. 291.

<sup>(18)</sup> Ana de Vitas. *La proprietà nell'esperienza giuridica contemporanea*. Milano: Giuffrè, 1969, p. 195.

<sup>(19)</sup> Vide Giovanni Quadri.

<sup>(20)</sup> Cf. Giovanni Quadri. *Diritto pubblico dell'economia*. Nápoles: SEN, 1977, p. 68.

plesmente, *propriedades*. As metamorfoses quantitativas se fazem completas e, no desenho marcado pela contemplação de limitações da propriedade — e não, meramente, de limitações ao exercício da propriedade —, surgem novos institutos, que não mais podem ser fidedignamente referidos como *propriedades*, mas que apenas encontram expressividade adequada quando indicados como *propriedades-função social*.

O princípio da função social da propriedade, desta sorte, passa a integrar o conceito jurídico-positivo de propriedade, de modo a determinar — repita-se — profundas alterações estruturais na sua interioridade. Por isso que, embora sem autorizar a supressão da propriedade privada, transforma-a em um dever.

Como afirmei anteriormente, o princípio — contemplado em nosso texto constitucional no art. 160, III — está atualmente consagrado em diversos sistemas jurídicos. Alguma palavra a esse respeito ainda é devida.

Consagrado inicialmente no Código Civil de 1942, o princípio da função social foi adotado pela vigente Constituição italiana, no seu art. 42:

“(…)”

A propriedade privada é reconhecida e garantida pela lei, a qual prescreve os seus modos de aquisição e de gozo e os limites a que está sujeita, a fim de realizar a sua função social e se tornar acessível a todos.

“(…)”

Inserido o princípio na ordem constitucional, torna-se fecunda a contribuição da doutrina italiana a seu respeito. Contempladas as disposições relativas à propriedade, na Constituição, no capítulo das *relações econômicas* e não no dos *direitos individuais*, serão tomadas em consideração, naquele texto de Lei Maior, não desde uma visão jusnaturalista, como expressão de direito da personalidade do sujeito, enquanto pessoa, mas sim sob o perfil econômico.<sup>21</sup> A utilidade e a função social, na expressão de Giovanni Coco,<sup>22</sup> representam a causa justificadora da tutela constitucional atribuída à propriedade e à iniciativa privada e os critérios que determinam a extensão e os limites de tal tutela.<sup>23</sup>

Distingue-se, assim, o tratamento conferido à propriedade, pela Constituição italiana, daqueles atribuídos à matéria pela generalidade de diversas Constituições, que, em regra, muito menos expressivamente, definem basicamente que ninguém pode ser privado de sua propriedade ou vê-la limitada, senão em razão de utilidade pública ou social (v. g. Constituição da República Federal da Alemanha, art. 15; Constituição belga, art. 11; Constituição mexicana, art. 27; Constituição venezuelana, arts. 99 e 105).

<sup>(21)</sup> Cf. Pietro Pertingieri. *Introduzione alla problematica della proprietà*. Camerino: Jovenc, 1971, p. 21.

<sup>(22)</sup> *Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà*. Milano: Giuffrè, 1965, p. 157.

<sup>(23)</sup> Deixo à margem, nesta oportunidade, considerações que poderiam ser traçadas a propósito da acessibilidade da propriedade.

Tomado o direito constitucional francês, verificaremos que, nele, não há contemplanção direta do princípio da função social. A sua consagração, por via indireta, é alcançada nas construções da jurisprudência, a propósito da noção de abuso de direito, extraída da aplicação do art. 4.º da Declaração dos Direitos do Homem:

“A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem; o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguraram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.”

Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.”

A consideração, pelos estudiosos do tema, de tais ordens constitucionais, associada às construções desenvolvidas a propósito da teoria dos abusos de direito, e o entendimento corrente do princípio — referido anteriormente —, têm dado origem, genericamente, à adoção de *concepções negativas*, e não positivas, do princípio da função social. Expressiva, nesta linha, a postulação de Orlando Gomes,<sup>24</sup> para quem “a atividade do proprietário dos bens de produção não pode cumprir-se em *contrast* com a *utilidade social*, somente se justificando sua pro- teção jurídica se em conformidade com esse propósito” (grifamos).

Tenha-se bem presente, porém — e de todo enfatizado —, que o princípio da função social da propriedade deve ser visualizado desde uma perspectiva muito mais ampla. Injustificável seja concebido apenas negativamente — isto é, como expressivo da imposição de um dever de não fazer ao proprietário. Correto fosse tal entendimento e estaríamos, quando diante dele, singelamente em presença de uma designação específica, atribuída à antiga noção de poder de polícia, herança da ideologia do Estado liberal.

A função social da propriedade é qualitativamente distinta do poder de polícia. A integração dela — repita-se — nos conceitos de propriedade de determinados bens importa a imposição, sobre os proprietários deles, de deveres de ação.<sup>25</sup>

Um outro ponto, neste passo, deve ser considerado. Refiro-me à circunstância de que, posta a afirmação de que a propriedade, tocada pelo princípio da função social, transforma-se em dever, determinada linha de contestação poderia ser contraposta à nossa exposição. Dir-se-ia, então, que a função social da propriedade é expressão de uma fórmula ambígua, na qual se exprime a contradição dogmática de inserir no conceito de direito subjetivo o de função, que supõe obrigação e ônus.<sup>26</sup> A respeito da compatibilização entre direito subjetivo e função, manifestei-me, extensamente, em meu *Elementos de direito econômico*.<sup>27</sup> Não será demais, contudo, a reprodução sumária, aqui, de algumas das postulações lá alinhadas.

<sup>(24)</sup> Orlando Gomes. “Novas dimensões da propriedade privada”, RT 41/12.

<sup>(25)</sup> V., a propósito, *Elementos de direito econômico*, p. 127-128.

<sup>(26)</sup> Neste sentido, Orlando Gomes e Antunes Varela. *Direito econômico*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 243.

<sup>(27)</sup> Op. cit., p. 117 et seq.

A noção de direito subjetivo, de raízes jusnaturalistas, é, no seu âmago, incompatível com o juspositivismo. O conflito resulta insuperável, sobretudo quando se considera o direito subjetivo como *faculdade* do indivíduo.

É certo, no entanto, que o *direito subjetivo* não é *facultas agendi*, mas a *permissão jurídica* para o uso da *facultas agendi*. *Direito subjetivo*, na expressão de Goffredo Telles Júnior,<sup>28</sup> é a *permissão* para o uso de faculdades humanas — que estão no homem, não no Direito — quando concedida por *normas jurídicas*. Assim, ser titular de um direito subjetivo é estar autorizado, pelo ordenamento jurídico, a praticar ou a não praticar um ato — isto é, a transformar em ato a potência, ou seja, a aptidão para a prática de tal ato. A transformação da faculdade exercida dentro dos limites da autorização. Daí inexistir a contradição dogmática a que aludem determinados autores: pode, coerentemente, o direito positivo introduzir como elementos integrantes da autorização a alguém, para o exercício de uma faculdade, inúmeros requisitos, inclusive mediante a criação de deveres e ônus para o titular do direito subjetivo.

De outra parte, há que considerar o conceito de *função*, tal como enunciado por Santi Romano:<sup>29</sup> “As funções (*officia, muneris*) são os poderes que se exercem não por interesse próprio, ou exclusivamente próprio, mas por interesse de outrem ou por um interesse objetivo. Deles se encontram exemplos mesmo no Direito Privado (o pátrio poder, o ofício do executor testamentário, do tutor etc.), mas no Direito Público sua figura é predominante. Com efeito, os interesses objetivos tutelados pelo Estado e os que nele se personificam são também interesses da coletividade considerada no seu conjunto e prescindindo de cada um dos que a compõem: os poderes do Estado são, em regra, funções”. A função, assim, é um poder que não se exerce exclusivamente no interesse de seu titular, mas também no de terceiros, dentro de um clima de *prudente arbitrio*. Tome-se como exemplo o direito subjetivo ao exercício do *pátrio poder*, que — tal qual os relacionados ao ofício de *testamenteiro* e à *tutela* — consubstancia, concomitantemente, uma função. O regime de propriedade é definido pelo direito positivo. A permissão ou a autorização jurídica para o uso da faculdade relacionada à propriedade — de aptidão à propriedade em tese — podem ou não ser definidas juridicamente como função. Em verdade, consagrado no nível constitucional o princípio da função social dela, que se integra no seu conceito, deve, necessariamente, tal permissão ou autorização ser definida como tal: o direito subjetivo em causa, então, será, concomitantemente, função sem que aí se insta- le qualquer contradição dogmática.

<sup>(28)</sup> Goffredo Telles Júnior. *O direito quântico*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1980, p. 395-398.

<sup>(29)</sup> Santi Romano. *Principii di diritto costituzionale generale*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1947, p. 11. (Traduzido para o português por Maria Helena Dimiz, São Paulo, RT, 1977, de cujo texto — p. 145 — lancei mão.)

Não se perca de vista, ademais, que não é a coisa objeto da propriedade que tem a função, mas sim o titular da propriedade. Em outros termos: quem cumpre ou deve cumprir a função embutida na propriedade — isto é, no direito subjetivo de que é titular é o proprietário da coisa.

Há, de toda sorte, ainda duas outras vertentes desde as quais a compatibilidade entre direito subjetivo e função pode ser demonstrada. A propósito, remeto o leitor ao meu *Elementos de direito econômico*,<sup>30</sup> no qual desenvolvi tais demonstrações.

Resta evidente de tudo, porém, a compatibilidade plena entre direito e função, isto é, entre poder e dever do titular da propriedade — ou melhor, das propriedades. Estas são um produto do Direito, no qual, como vimos, está estruturalmente integrada a função social.

Outra breve observação deve ser neste passo introduzida, atinente ao debate a respeito da eficácia das normas constitucionais referidas como programáticas.

Tenho para mim ser esse um falso problema. Não admito a existência de disposições constitucionais carentes de eficácia — ou dotadas de grau menor de eficácia. Consagrado determinado preceito no nível constitucional, é diretamente aplicável, vinculando os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.<sup>31</sup> Parece-me inconcebível admitir que o texto constitucional, ainda quando sujeito a implementação de um dos seus preceitos à expedição de lei ordinária, tenha transferido função constituinte ao Poder Legislativo, que, por omissão, poderia frustar a eficácia de tal preceito. Há que cuidar, em hipóteses como tais, da figura da inconstitucionalidade por omissão.<sup>32</sup>

De qualquer modo, é certo que, integrada a função nos conceitos de propriedade, o preceito constitucional em que consagrada resulta dotado de eficácia plena incontestável.<sup>33</sup>

Postas tais colocações, devo retornar, brevemente, ao aspecto específico da função social da propriedade urbana.

(30) Op. cit., p. 120-123.

(31) Tal a determinação expressa no n. 3 do art. 1.º da vigente Constituição da República Federal da Alemanha.

(32) V., a propósito, José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito constitucional*. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 1980. p. 441 *et seq.*; e Marcelo Rebelo de Souza. *Direito constitucional*. Braga: Livraria Cruz, 1979. p. 369-370.

(33) V. também nosso "Doação a distribuição religiosa e a EC 1/69", *Revista da Faculdade de Direito*, USP, vol. LXXXVI, 1981, e *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 18.

(34) Isto é expressamente reconhecido por José Afonso da Silva, *Direito urbanístico*, p. 97, autor de *Aplicabilidade das normas constitucionais*, São Paulo, RT, 1968, no qual a tese da eficácia relativa de determinadas normas constitucionais é postulada.

Segundo o Min. Moreira Alves,<sup>34</sup> a função social da propriedade urbana visa atender às funções do urbanismo, que se reduzem a quatro: habitação, trabalho, recreação e circulação dos homens dentro do território urbano.

Substituindo a expressão "funções do urbanismo" por *objetivos do urbanismo* — que naturalmente devem estar a instrumentalizar a realização do interesse social —, temos que a utilização da propriedade urbana está vinculada a um *desínio urbanístico*<sup>35</sup> definido pelo Poder Público. Mais ainda: como a propriedade urbana é projeção de múltiplas ações — do proprietário, da comunidade e do Estado —, a realização de sua função social transita por pontos e aspectos os mais diversos. Não me deterei, neste passo, na consideração de tais pontos e aspectos, mesmo porque aqueles que ora mais importa ressaltar surgirão como decorrentes da análise mais explícita do instituto do solo criado, que retomo.

##### 5. Solo criado e transferibilidade do direito de criar solo

Afirmava eu, anteriormente, que, ao traçar o perfil do direito de propriedade, pode o ordenamento jurídico definir "padrões de utilização" para a propriedade do solo urbano.

Continuando, diremos que o direito de propriedade urbana, assegurado pela Constituição — condicionado porém pelo princípio da função social da propriedade —, não deve exceder determinada extensão de uso e disposição — cujo volume é definido segundo a relevância do interesse social. Pode-se afirmar, assim, não ser ele absoluto, na medida em que limitado a um máximo de utilização, que encontra seus lindes na concreção do princípio da função social da propriedade. Isso por um lado. Por outro, no entanto, há que considerar que a titularidade da propriedade pressupõe um mínimo de uso e disposição, cuja expressão econômica consubstancia o valor a ela inerente.

O máximo de utilização do solo urbano, coerente com a prevalência do interesse social, preservado na instituição do princípio da função social da propriedade, portanto, poderá ser expresso em determinado "padrão", fixado pela norma jurídica. Essa fixação, obviamente, não implicará a violação do direito de propriedade, mas, tão-somente, o delineamento do perfil do próprio direito.

Cumprir observar, porém — visto como devem compatibilizar-se interesse social e interesse individual —, que tal "padrão" não poderá reduzir *in extremis* a capacidade de uso e disposição da propriedade do solo urbano, sob pena de se estar a comprometer a possibilidade de utilização econômica do imóvel, isto é, o fundamento do direito de propriedade.

Algumas observações devem ser postas a propósito deste último aspecto.

(34) Apud José Afonso da Silva, op. cit., p. 97.

(35) V. Pedro Escribano Collado. *La propiedad privada urbana*. Madrid: Montecorvo, 1979, p. 174 *et seq.*

Tem-se como pacífico que o que dá valor à propriedade urbana não é o seu grau de escassez, mas sim a sua acessibilidade. Esta, no entanto, deve ser entendida como resultado de um fato social, e não mais individual.

Modernamente, nos centros urbanos, o solo já não cumpre mais uma função de produção vegetal ou mineral; passa a desempenhar um papel a que os urbanistas têm designado "suporte".

Deixa de ter significação, assim, a terra, pelo que possa eventualmente vir a produzir, passando a ter valor enquanto suporte para uma atividade urbana.

A possibilidade de o solo urbano ser utilizado como suporte de diversas atividades, no entanto, é decorrente de ação estranha à atuação do seu proprietário. O acréscimo de seu valor, em verdade, não é produto de nenhuma aplicação de capital ou trabalho por parte do proprietário individual, resultando da ação conjugada do setor privado — como um todo — e do setor público, ou seja, da comunidade.

Uma mesma parcela de solo urbano poderá suportar diversas modalidades de atividades. Isto, no entanto, dependerá, basicamente, de fatores totalmente estranhos à ação do proprietário individual, quais sejam: a) disponibilidade de equipamentos públicos; b) regulamentação do uso do solo, fixada pelo Poder Público, para a área; c) exercício de atividades humanas, deste ou daquele tipo, na sua proximidade.

Daí se percebe, pois, que é a ação do setor público — hipótese das letras *a e b* — e do setor privado — hipótese da letra *c* — que confere maior ou menor valor ao solo urbano, enquanto suporte de atividades. Fora de qualquer dúvida que não é o proprietário, isoladamente, o responsável pelo maior ou menor valor atribuído à sua propriedade.

O proprietário não participa, assim, da constituição do capital representado pelo solo urbano, tal como ocorre, por exemplo, no caso da produção agrícola. Neste último caso, o proprietário aplica trabalho e faz investimentos sobre o solo, desta atividade resultando um determinado saldo, positivo ou negativo. A causa desse resultado, todavia, é individual, diversamente do que ocorre em relação à hipótese de que tratamos. No caso do solo urbano, a sua rentabilidade é função da ação conjunta de setor público e setor privado, devendo, pois, ser atribuída à sociedade como um todo.

Como já afirmava David Lloyd George, em 1909, "el incremento del valor, de modo más especial de los solares urbanos, no es debido a gasto alguno del capital ni del intelecto por parte del propietario del terreno, sino que es producido únicamente de la energía y la iniciativa de la comunidad (...). Es, sin duda, uno de los peores males de nuestro actual sistema de tenencia del suelo que, en lugar de cosechar el beneficio del empeño común de sus ciudadanos, la comunidad ha de pagar a los terratenientes siempre una fuerte sanción por acrecentar el valor de sus terrenos".<sup>36</sup>

Fora de dúvida, no entanto, que a propriedade do solo urbano — excluídas do seu montante as parcelas decorrentes da ação do setor privado e do setor público — consubstancia determinado valor econômico.

Daí por que a propriedade imóvel é tomada pelo ordenamento jurídico tributário brasileiro como expressão de manifestação de capacidade econômica, geradora da obrigação de imposto sobre a propriedade de imóvel. Tal fato, no entanto, não deve levar à conclusão de que, em função deste pagamento de tributo — cujo montante é calculado sobre o valor venal do imóvel, sua base de cálculo —, o proprietário do imóvel incorporou ao seu patrimônio a valorização do solo urbano decorrente de ação alheia; se assim fosse, razão não haveria para que se consagrasse, no Direito brasileiro, o princípio de acordo com o qual as "mais-valias" imobiliárias devem ser atribuídas ao Poder Público, tal como ocorre em relação à contribuição de melhoria, bem como na hipótese de desapropriação por zona ou "desapropriação para revenda".

De toda sorte, embora seja exato que há um valor econômico inerente à propriedade do solo urbano, enquanto suporte de atividades, indiscutível também que a ele, nos centros urbanos, parcelas diversas são acrescidas em função de causas exógenas, variando o valor final do imóvel em razão da disponibilidade de equipamentos públicos, da regulamentação do uso do solo fixada pelo Poder Público, para a área em que se localiza, e do exercício de atividades humanas, desse ou daquele tipo, na sua proximidade. Assim — enfatizado o fato de que, em parte, o valor da propriedade do solo urbano é resultante de um conjunto de elementos exógenos — tem-se que não se estará transgredindo a preservação constitucional do direito de propriedade quando, consagrada a noção de solo criado pelo ordenamento jurídico, mediante a fixação de um coeficiente único de aproveitamento, ao solo urbano se admita como inerente apenas o valor econômico correspondente àquele "padrão". Pelo contrário, atendido o princípio maior da justiça social, estar-se-á impedindo que alguns proprietários se privilegiem em função de causas exógenas à sua ação, em detrimento de outros.

O valor da unidade do solo urbano, portanto — em que se expressa economicamente o direito de propriedade consagrado a nível constitucional —, corresponde a um padrão, que deve ser igual para todos os proprietários.

Retomando, neste ponto, à afirmação anteriormente formulada — quando se observou que a propriedade não constitui uma instituição única, mas sim um conjunto de várias instituições distintas —, verificaremos que algo como um "padrão" é definido pela legislação ordinária como aplicável a essas várias instituições. Esse "padrão" é aplicado à propriedade dos bens de produção, quando a atividade empresarial fica sujeita a certas limitações, tais como controle de preços, repressão ao abuso do poder econômico etc. Da mesma forma, tal "padrão" aparece nos "módulos" da legislação de reforma agrária, sem que, com isso, se afirme tenha sido violado o direito de propriedade.

Verifica-se daí, portanto, que, embora a vigente Constituição queira o direito de propriedade e o garantia, pode e deve a lei restringir o uso e a disposição da

<sup>36</sup> Biblioteca da Fundação Cepam, fotocópia de um "Informe oficial", de 29.04.1909.

propriedade; a extensão do direito de uso e a disposição da propriedade, pois dependem de lei.

O perfil do direito de propriedade,<sup>37</sup> portanto, é desenhado pelas limitações que, em seu conjunto, compõem o "padrão" a que nos estamos referindo.

Estando o exercício da propriedade condicionado ao princípio da função social – o que, afirma-se desde logo, impõe seja o uso privado do solo urbano limitado em função e razão do interesse coletivo –, parece indiscutível possa fazê-lo a lei ordinária, definindo, como seu "padrão", um coeficiente de aproveitamento único. Tal coeficiente, todavia – é importante repetir –, deverá ser fixado de sorte tal que não comprometa o valor inerente à propriedade de solo urbano, enquanto suporte de atividades.

Há uma série de atividades – construção até um determinado volume, utilização do terreno para fins de estacionamento, utilização do terreno para fins de lazer – que podem ser exercidas sobre o solo urbano. A possibilidade e/ou o efetivo exercício de tais atividades sobre aquele suporte conferem ao solo urbano determinado valor – o qual, não obstante, deve ser considerado independentemente de qualquer causa exógena à propriedade, que se expressa como a componente econômica da propriedade, objeto de proteção jurídica. Tal componente econômica pressupõe um volume de utilização mínima da unidade de solo urbano, que não poderá ser reduzido quando da fixação do "padrão", isto é, do coeficiente único de aproveitamento, o qual, por sua vez, deve, nas zonas urbanas, ser a expressão do volume máximo de utilização da propriedade, conforme o princípio da sua função social, sem que do proprietário seja exigida qualquer contrapartida específica.

Rememorando o anteriormente exposto, observa-se não ser possível a compreensão do direito de propriedade do solo urbano além dos limites convencionados na determinação de um coeficiente único de aproveitamento (isto é, volume máximo de utilização admitido em razão do interesse social).

O problema que então surge está nas dificuldades que se antepõem a quem pretenda quantificar, com precisão, os limites da capacidade de utilização mínima inerente ao direito de propriedade. Convecionados, no entanto, tais limites e em coerência com eles definido o coeficiente único de aproveitamento, ter-se-á como indiscutível a conformidade dessa definição ao ordenamento constitucional.

(37) Como adverte Celso Antônio Bandeira de Mello, "Apostamentos sobre o poder de polícia", *RDJ* 9/55: "Convém desde logo observar que não se deve confundir liberdade e propriedade com direito de liberdade e direito de propriedade. Esses últimos são expressões daqueles, porém, tal como admitida em um dado sistema normativo. Por isso, rigorosamente falando, não há limitações administrativas ao direito de liberdade e ao direito de propriedade – é a brilhante observação de Alessi – uma vez que estas simplesmente integram o desenho do próprio perfil do direito. São elas, na verdade, a fisionomia normativa dele. Há, isto sim, limitações à liberdade e à propriedade".

## 1. SEMINÁRIO O ESTATUTO DA CIDADE

39

Poderia a colocação assim disposta, à primeira, vista chocar o jurista que se apegue a uma concepção ortodoxa de propriedade, segundo a tradicional visão do direito de propriedade, consagrada no Direito Romano.

Em primeiro lugar, porém, é necessário afirmar que já no Direito Romano se consagravam limitações ao direito de construir (obrigatoriedade de recuos, vedação da construção de casas geminadas) e se estabelecia definida distinção – consagrada no *interdictum de superficibus* e na *actio de superficibus* – entre direito de propriedade e direito de construir.

Em segundo lugar, é imperioso verificar que a realidade a que se aplicava tal modelo era inteiramente diversa da existente nos modernos centros urbanos. Eventos novos, inadmissíveis na velha Roma, importaram fundamentais alterações na realidade social e econômica, impondo a necessidade de se reinterpretar os princípios jurídicos que o direito de então consagrava, quando se os pretendia aplicar nos dias que correm. Insuspetadas as possibilidades de inovação na tecnologia de construção, não se concebia, em Roma, uma dimensão vertical na propriedade, produto das técnicas de criação do solo no espaço superior – ou mesmo subterrâneo – dos terrenos. Daí a noção segundo a qual a propriedade do solo abrangia a que lhe está superior e inferior, consagrada no nosso vigente CC, no art. 526.

Impõe a nova realidade, no entanto, sejam reinterpretadas as postulações do Direito Romano, consagrando-se alterações tais como as relativas ao regime do subsolo, em relação ao qual a disposição do citado art. 526 foi objeto de reformulação.

Reinterpretadas tais postulações em face da realidade urbana do último terço do século XX, não pode, na verdade, parecer estranha ao romanista a concepção esboçada, visto que – definida a incidência, sobre a propriedade, do princípio da sua função social – o que se alberga no quadro do direito de propriedade, preservado a nível constitucional, é a capacidade de utilização econômica do solo urbano, assegurada quando se garante ao seu proprietário o volume de utilização mínima a que deve atender o coeficiente único de aproveitamento.

A partir da compreensão da realidade urbana dos dias que correm é que devem ser analisadas as disposições consubstanciadas no vigente CC, especialmente nos seus arts. 526, 546 e 572.

Desde a consideração dessa realidade, concluir-se-á pela total inadmissibilidade da tese de acordo com a qual a Constituição garantiria ao proprietário a propriedade artificial, ou seja, a capacidade de utilização do solo além daquela correspondente a um padrão máximo.

Certo, portanto, que o direito de uso inerente à propriedade não compreende a capacidade de criar espaços novos, possibilidade que se oferece ao proprietário do solo urbano a partir da exploração de tecnologias de construção inexistentes quando da elaboração do conceito jurídico de propriedade, no Direito Romano.

Pode e deve o setor público, portanto, no quadro constitucional vigente, definir padrões de utilização do solo urbano, tal como acima explicitado.

Deve, por outro lado, o exercício da criação de solos artificiais ser objeto de ordenação por parte do setor público, tendo em vista a necessidade de preservação do interesse social.

Retornando neste ponto, uma vez mais, a aspecto já anteriormente versado, relativo ao fato de que a propriedade não constitui uma instituição única, mas sim um conjunto de várias instituições distintas, e considerada a circunstância de que a lei dispõe de normas variadas a propósito da criação artística, técnica e científica, cobrindo a utilização de tantas quantas sejam prejudiciais ao interesse social, nenhuma razão subsiste a justificar não deva ou possa o mesmo tratamento ser conferido, pela lei, ao processo de criação de solos artificiais — isto é, de supostos artificiais de atividades — de modo a coibir a utilização da propriedade urbana quando incoerente com o interesse urbano, isto é, com o interesse coletivo.

Verificado, por outro lado, que a criação de solos artificiais implica, inevitavelmente, um acréscimo da demanda por serviços públicos de infra-estrutura — cujo custo é distribuído por toda a comunidade —, nada mais coerente com o princípio constitucional da justiça social do que a definição do padrão de que vimos tratando, ou seja, do coeficiente único de aproveitamento.

Assim, conclui-se que, sendo possível desenharmos o perfil do direito de propriedade por meio da lei ordinária, torna-se viável aquela definição sem que, para tanto, se torne indispensável qualquer alteração de ordem constitucional.

Quanto ao problema da competência relativa à determinação do coeficiente único, deve resolver-se mediante a consideração de que o controle do uso do solo urbano e a sua compatibilização ao interesse social — este ponderado desde a consideração das condições de vida urbana — consubstanciam matéria de interesse local. Assim, é possível também afirmar que cabe ao município fixá-lo, no exercício de suas atribuições inerentes à preservação do interesse social, a nível local. Não se alegue aqui se tratar as disposições normativas correspondentes de matéria de Direito Civil, portanto atinentes à competência normativa, exclusiva da União. Afirmá-lo equivaleria a negar constitucionalidade a todas as disposições normativas, já praticadas a nível municipal, concernentes a matéria de zoneamento e de ordenação do direito de construir.

Esse é um aspecto que os críticos radicais do instituto, inconscientemente ou não, legam ao esquecimento. São conhecedores plenos de que, muitas vezes, as legislações municipais de zoneamento definem coeficientes de aproveitamento extremamente reduzidos, para determinadas zonas do território municipal. Contra isso não se insurgem. Todavia, quando se cuida — precisamente em nome da concreção do princípio da função social da propriedade urbana e da busca da realização da justiça social — da definição de um coeficiente único de aproveitamento, vigente em todas as porções do território municipal, contra essa expressão investem, brandindo argumentos que nada têm de jurídicos, mas são expressões de mero preconceito ideológico.

Força é enfatizar que o Município, ao definir um coeficiente único de aproveitamento, aplicável à totalidade do seu território, não invadirá área de compe-

tência da União, eis que não estará regulando a propriedade no seu aspecto civil — âmbito primordial das relações de *pertinência* ou de *perença*<sup>38</sup> —, mas sim no seu aspecto urbanístico, alentado no princípio da sua função social.<sup>39</sup>

De outra parte, não será demasiado repetir — concludentemente — que, quando se pretende a instituição do coeficiente único de aproveitamento, não se está alcançando, no sentido negativo, o componente econômico, o “padrão” que se define como a expressão do direito de propriedade, protegida pelo ordenamento constitucional brasileiro.

Definidas essas primeiras premissas, impõe-se, a seguir, o desenvolvimento de algumas observações a propósito da chamada transferibilidade do direito de criar solo, que, como vimos, implica seja permitida a transferência desses direitos de uma unidade de solo urbano a outra, segundo determinadas regras. Definido o coeficiente único de aproveitamento, toda e qualquer atividade a ser exercida sobre o solo urbano, excedente àquele padrão, deverá ser antecedida de ato de aquisição de direito correspondente àquele excesso.

Admitida a hipótese de transferência, total ou parcial, de particular a particular, dos direitos concernentes ao coeficiente único de aproveitamento fixado, nenhum óbice legal à negociação poderia ser oposto. Já quando a transferência se opere entre setor público e particular, uma questão fundamental poderia vir a ser arguida, qual seja a de que o setor público estaria transacionando limitações administrativas, o que não é juridicamente plausível.

Em seminário realizado em São Sebastião, em 25 e 26.06.1976, durante o qual foi discutido documento produzido pela Fundação Cepam,<sup>40</sup> foram equacionados os seguintes postulados:

“1) O direito de construir, associado ao direito de propriedade territorial, é limitado pela função social da propriedade.

“2) A toda propriedade, por razão de equidade social, deverá ser assegurado igual direito de construir.

“3) No interesse da comunidade, a capacidade edificícia de cada terreno poderá ser menor ou maior do que o direito de construir associado àquela propriedade.

“4) Para assegurar justiça social, atendido o interesse da comunidade, o proprietário poderá alienar seu direito de construir.

“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.”

(38) Expressões, respectivamente, de Fábio Konder Comparato. *O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo, RT, 1976. p. 102; e de Vicente Rão. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, s/d. vol. 2, p. 31 *et seq.*, referidas ao direito que acode ao titular da coisa, de mantê-la a salvo de qualquer pretensão alheia.

(39) Neste preciso sentido, José Afonso da Silva, op. cit., p. 98.

(40) V. nota 4.

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 essa 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, por meio 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.

Com efeito, abordada a questão da natureza da cessão do direito de criar solo, torna-se necessário fixar premissa básica, de acordo com a 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. Fixada tal premissa, a ela são conseqüentes algumas conclusões.

Definido que o volume de direitos de criar solo que poderão ser negociados pelo setor público é limitado pelo seu estoque de tais direitos — ou seja, que não poderá o setor público, artificialmente, criar direitos para serem postos em mercado; em outros termos: que o coeficiente único de aproveitamento também se aplica à propriedade estatal de solo urbano —, pode e deve ser enfrentada a questão relativa à natureza de cessão de tais direitos, quando praticada pelo setor público.

A cessão do direito de criar solo, assim, ao contrário do que algumas vezes tem sido referido, não configura nem autorização, nem permissão. Em ambas as hipóteses estamos diante de ato administrativo discricionário e precário. Não se trata, também, de licença, ato vinculado, cuja outorga confere ao particular a possibilidade de realização de atividades específicas.

Quando o setor público negocia direito de criar solo — tal como o poderão fazer os particulares, entre si —, está vendendo determinado bem e não permitindo o exercício de atividade. Não se trata, evidentemente, de negociação de propriedade administrativa, conclusão a que o impreciso conhecimento da noção de solo criado do poderia conduzir.

Não ocorre também, no caso, concessão de uso, que pressupõe a cessão de uso de imóvel de domínio público a particular, para que este o utilize para fim definido, sempre em razão da prestação de atendimento ao interesse público.

No caso da cessão de direito de criar solo, o setor público estará operando a transferência de uma parte do seu patrimônio, mediante remuneração. Não há, na hipótese, nem prestação de serviço público, nem exercício de poder de polícia.

Não ocupa o setor público, pois, situação diversa daquela dos particulares quando, tal como estes últimos, opere a cessão de direito de criar solo — ainda que intervenha sobre todas as operações praticadas, na condição de agente organizador e fiscalizador do mercado de direito de criar solo.

O problema estará exclusivamente na definição de um sistema flexível de negociação de tais direitos pelo setor público, que, naturalmente, não poderá, no caso, estar sujeito às tradicionais e ortodoxas regras de licitação.

Subseqüentemente à premissa posta, abre-se a oportunidade de discussão da questão da natureza da remuneração do setor público, decorrente da cessão do direito de criar solo.

Em algumas das colocações que, entre os urbanistas, têm sido desenvolvidas, dá-se especial relevo à afirmação de que, no percebimento, pelo setor público, de uma remuneração pela cessão do direito de criar solo, lobrigar-se-ia a arrecadação de uma modalidade de receita tributária.

Tal afirmação, no entanto, é desprovida de qualquer fundamento, além de conter em si o efeito nocivo de induzir a idéia de que a instituição da noção de solo criado poderia possibilitar ao setor público a produtiva exploração de uma nova fonte de receita pública. Essa idéia, evidentemente, compromete a própria essência daquela noção, que em suas bases se prende a razões urbanísticas, diversas das que justificam a instituição de tributos — estas últimas apoiadas sobre o princípio da capacidade econômica dos particulares, já alcançada, portanto, pelos impostos sobre o patrimônio e pela contribuição de melhoria.

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

A hipótese, nitidamente, é de cobrança de preço, que nem ao menos pode ser entendido como preço público, visto que o setor público não detém qualquer privilégio enquanto na condição de alienante dos direitos de criar solo incorporados ao seu patrimônio.

Importante salientar também, neste ponto, que não pode ser traçado qualquer paralelismo entre a remuneração decorrente da cessão de direito de criar solo e a contribuição de melhoria, cuja hipótese de incidência é definida pelo art. 81 do CTN. No primeiro caso defrontamos-nos com ato voluntário, de aquisição de um direito pelo particular; no segundo, com hipótese de valorização de propriedade imóvel — que pode ser até mesmo de propriedade de solo criado — decorrente de realização de obra pública, receita legal e não contratual.

Cabe enfatizar, no entanto, que, mesmo após a fixação da premissa disposta, não perdem sentido algumas definições já postuladas, relativas à organização do mercado dos direitos de criar solo.

Assim, não se recusa a necessidade de o setor público intervir como agente fiscalizador e anuente em todas as cessões daqueles direitos que, entre particulares, se realizam, sendo estritamente necessário, inclusive, ponderar a possibilidade de assegurar-se ao setor público preferência na aquisição de tais direitos. Outrossim, cabe também a conveniência de apenas permitir-se a cessão, de particular para particular, quando, em função de restrição consubstanciada na legislação de zoneamento, o índice de aproveitamento permitido para a área em que se encontra a unidade de solo urbano referida seja inferior ao coeficiente único; ou, também, quando sobre tal unidade nada se possa construir, em razão da incidência, sobre ela, de disposições voltadas à sua preservação. Ainda mais, parece evidente que apenas se deva permitir a cessão quando praticada de conformidade com critérios fixados pelo Poder Público.

Tratando-se da realização de cessão pelo setor público, cumpre ainda considerar circunstância, já anteriormente referida, concernente ao fato de que algumas normas específicas devem ser dispostas a propósito da não-sujeição de tais cessões ao processo tradicional de licitações, definindo-se também, por outro lado, regras balizadoras da oportunidade e forma das transações, de sorte que sejam preservadas condições de igualdade de oportunidade para os empreendedores imobiliários e de isonomia social.

Cabe ainda, neste ponto, anotar o fato de que a premissa anteriormente disposta — cessão, pelo setor público, exclusivamente dos direitos de criar solo inerentes às unidades de solo urbano do seu domínio — não elide a possibilidade de receber o setor público, em contrapartida à extensão do coeficiente único de aproveitamento, unidades de solo que expressem a conservação de áreas verdes e a preservação do patrimônio histórico e artístico, visto que o pagamento pela cessão dos direitos correspondentes poderá vir a ser feito em tais áreas, fisicamente.

Ademais, tal poderia também ocorrer quando, organizado o mercado dos direitos de criar solo pelo setor público, viesse o empreendedor imobiliário a ser induzido a adquirir direitos de criar solo, preferencialmente, de proprietários cujos imóveis tivessem aquela destinação potencial. Nessa hipótese, a extensão do coeficiente único estaria apoiada sobre a cessão de direitos de criar solo, consumada entre particulares; quanto à oportunidade adicional de recebimento das áreas em doação, nada impediria que se manifestasse quando — atendido o interesse público, tal como ocorreu no caso da autorização contida no § 1.º da Lei Municipal 7.288, de 02.04.1969, de São Paulo — fosse ao empreendedor imobiliário autorizado o cômputo da área de terreno doada à Municipalidade para fins de cálculo do índice de aproveitamento, permitido pelo zoneamento, de outro imóvel em que pretenda construir.

O conjunto das considerações alinhadas permite-me sustentar a correção das soluções que ofereci, em 1976, às questões postas pela Fundação Cepam, nas

seguintes afirmações: a) é constitucional a fixação, pelo município, de um coeficiente único de aproveitamento do solo, não implicando essa definição qualquer restrição na sua capacidade de definir índices diversos de aproveitamento, para áreas distintas de solo urbano, através da sua legislação de zoneamento; b) é constitucional também, por outro lado, a instituição da chamada transferibilidade do direito de criar solo.

Permito-me tão-somente insistir em que a instituição do solo criado, em comunidades de intenso adensamento urbano, configurará resposta adequada — e necessária — à carência de instrumentação e concreção da função social da propriedade a que aludi no item 14. Convém se insista também em que não há uma propriedade, mas um conjunto de propriedades, enquanto fenômeno jurídico. E que o perfil do direito de propriedade do solo urbano, no qual se integra a contemplação de sua função social, é definido pelo legislador ordinário, cabendo ao Município, quanto aos aspectos urbanísticos da propriedade, fazê-lo.

Parece-me, por outro lado, que a postulação de caminhos e de mecanismos que assegurem a viabilidade jurídica da implantação de novas técnicas de controle social — desde que compatíveis com os ideais de justiça a que deve estar voltado o Direito — consubstancia resposta sempre devida pelo jurista aos desafios do seu tempo. Forçoso, contudo, é discerni-los e indicá-los sem que, para tanto, se recorra a construções cerebrinas, postas em níveis teóricos, que em nada se relacionem à realidade social.<sup>41</sup>

(41) Um dos caminhos apontados, nesta linha, tendente à viabilização jurídica da instituição do solo criado, sustenta-se sobre a afirmação de que a criação de solo é atividade alcançada pela noção de "produção" tomada pela Constituição vigente.