

O SOLO CRIADO  
ANAIS DO SEMINÁRIO

SÃO SEBASTIÃO, 25 e 26  
SÃO PAULO, 28 e 29  
JUNHO-1976



FUNDAÇÃO PREFEITO FARIA LIMA  
Entidade vinculada à Secretaria do Interior  
Raphael Baldacci Filho – Secretário do Interior  
Vicente Greco Filho – Presidente

## ASPECTOS JURÍDICOS DA NOÇÃO DE SOLO CRIADO

EROS ROBERTO GRAU – Professor Assistente –  
Doutor na Faculdade de Direito da Universidade  
de São Paulo – Professor Titular da Faculdade de  
Direito da Universidade Mackenzie.

A – POSIÇÃO DA QUESTÃO

B – NOÇÃO DO SOLO CRIADO

- coeficiente único – (B I)
- transferibilidade do direito de criar solo – (B II)
- experiência de utilização no Brasil – (B III)

C – O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

D – ABORDAGEM JURÍDICA:

- o seminário do GEGRA – (D I)
- coeficiente único – (D II)
- transferibilidade do direito de criar solo – (D III)

E – CONCLUSÕES

F – OBSERVAÇÕES CRÍTICAS

## A – POSIÇÃO DA QUESTÃO

01. Destina-se o presente documento a sumariar algumas considerações de ordem jurídica a respeito do problema do “solo criado”, tal como denominado pelos urbanistas.

Elaborado a partir de solicitação da Fundação Prefeito Faria Lima, que propõe dois quesitos fundamentais, condicionadores de sua preparação — 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”?* — comporta a análise, no decorrer do texto, de questões outras, de ordem jurídica, cuja ponderação é indispensável à perfeita compreensão do tema.

Procurou o autor, na sua elaboração, liberar-se de certos rigores que a construção científica impõe, a fim de que, permitindo margem maior de ação à criatividade, se tornasse mais próximo o objetivo proposto, qual seja o de servir o texto como peça básica para a discussão do problema em seminário do qual participarão especialistas convocados pela Fundação Prefeito Faria Lima.

## B – NOÇÃO DE SOLO CRIADO

### B.I — Coeficiente único de aproveitamento

01. 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.

02. 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 (1): a definição de um ou outro coeficiente

.....  
(1) A *injustiça* aqui apontada se manifesta a nível individual mesmo quando tais definições são urbanisticamente exatas e justas, do ponto de vista social.

de aproveitamento poderá alterar substancialmente o valor dos terrenos. Daí o volume extremamente significativo de pressões que se exercem sobre o poder público, no sentido de pretender-se 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 uma região.

03. 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 da nave de uma catedral gótica, também de grande altura, mas sem nenhum plano utilizado no intermediário (2). Por outro lado, pode haver criação de solo sem ocupação do espaço aéreo: seria o caso das construções no sub-solo, que ocupam um espaço subterrâneo (3).

Desenvolvidos, no entanto, maiores 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" convencionalizado 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 índice 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.

04. A concepção da instrução 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. Costumeiramente, nos estudos de natureza urbanística a propósito desenvolvidos, tem-se admitido que tal

.....

(2) cf. Antonio Cláudio Moreira Lima e Moreira, Clementina De Ambrosis, Dalmo do Valle Nogueira Filho e Domingos Theodoro de Azevedo Netto, *O Solo Criado*, edição mimeografada do CEPAM, pág. 9.

(3) idem, págs. 9/10.

coeficiente deveria ser igual a 1 (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, subseqüentemente, definido o coeficiente de aproveitamento único, o direito de construir seria limitado a uma determinada quantidade, proporcional à área do terreno.

05. Assim, é conseqüente 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 de propriedade de particulares (a), seja de propriedade do setor público (b).

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

06. A adoção do instituto permitiria corrigir uma série de distorções que afetam, especialmente, a oportunidade de apropriação e uso do 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 (4).

## B.II Experiências de utilização do Instituto do Solo Criado no Brasil.

07. As Prefeituras de São Paulo e da Guanabara, objetivando preservar maiores áreas de terrenos não-edificados, permitem aos empreendedores a construção de um andar a mais, desde que fique livre o pavimento térreo (só pilotis) (5).

08. Na Avenida Paulista, a Prefeitura de São Paulo, para alargamento da via, permitiu que os proprietários computassem área de terreno doada à municipalidade para fins do cálculo do índice de aproveitamento (6).

09. O Decreto n.º 10.766, de 7 de dezembro de 1976, expedido pelo Prefeito do Município de São Paulo, prevê a possibilidade de revogação de decretos declaratórios de utilidade pública com a conseqüente liberação do uso do terreno que contenha área verde, desde que o proprietário se obrigue a preservar tal área nele não construindo mais do que 10% (dez por cento) da mesma área e não ultrapassando, com as edificações, a taxa de ocupação correspondente a 25% (vinte e cinco por cento) da área do terreno.

.....  
(4) V., a propósito, o trabalho de Maria de Lourdes Cesarino Costa, *O Solo Criado como instrumento de equidade*, edição mimeografada da Fundação CEPAM, 1976.

(5) cf. documento *O Solo Criado*, cit., pág. 18.

(6) § 1.º do artigo 1.º da lei municipal n.º 7.288, de 2.4.69.

10. O Município de São Bernardo do Campo está pretendendo introduzir na legislação urbanística dispositivo que estabelece o mesmo coeficiente de aproveitamento para todos os terrenos da cidade; nos locais onde for interessante obter maior densidade será permitido maior coeficiente, desde que a vantagem de construir a mais seja revertida em áreas verdes para a população.

### B.III Transferência do direito de criar solo

11. Definida a noção de *solo criado*, tem-se conseqüente a eles a de *transferência do direito de criação de solo*. Tal idéia não é nova, sendo já utilizada, com certo sucesso, nos Estados Unidos. Recentemente, em Chicago, dela se lançou mão para conservação do patrimônio histórico, no "Chicago Plan" (7).

Além disso, há a referir ainda que o Departamento do Interior do Governo Norte-Americano desenvolve um programa de preservação de doze prédios históricos, da Escola de Arquitetura de Chicago, mediante a proposição da criação de um Parque Nacional de Cultura, do qual os prédios fariam parte. Para isso, utilizou-se a "transferência de direito de construir" e criou-se um banco administrativo de atividade (8).

12. O conceito de transferência do direito de criar solo implica seja permitida a transferência desses direitos de um lote a um segundo lote, de acordo com certas regras a serem fixadas.

13. Então, para construir em um determinado terreno além do coeficiente de aproveitamento fixado, poderá o interessado adquirir direitos, parciais ou totais, de terceiros, sendo exato que, neste último caso, no aludido terreno não poderá esse terceiro nada 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.*

14. A conjugação dos dois institutos implicaria em que se definisse:
- a) que o direito de construir está limitado por um coeficiente único de aproveitamento (igual a 1);

-----

(7) cf. documento *O Solo Criado*, cit., pág. 11

(8) cf. documento *O Solo Criado*, cit., págs. 19/20. Com relação às experiências praticadas no direito positivo alienígena, descrição delas se contem no documento elaborado por Maria de Lourdes Cesarino Costa, para a Fundação CEPAM, que foi objeto de análise do grupo que participou do Seminário de São Sebastião sobre solo criado.

- b) que, para cartas aéreas 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, isso seja permitido, nessas zonas, será exigido, do construtor, a aquisição de direitos de construir suficientes para tal.

## C — FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

15. A observação do tema “solo criado” encaminha necessariamente a análise do princípio da função social da propriedade, tal como consagrado no Direito Constitucional brasileiro.

Há que considerar, assim, inicialmente, que esse princípio é inspirado na ideologia do moderno Estado Social, que tem por fim a preservação dos ideais de bem estar e desenvolvimento. Daí porque, neste contexto, passa o Estado a desempenhar uma ação sistemática sobre a economia e se torna marcante uma estreita correlação entre os planos econômico e político; atua incisivamente, ora para conferir conformações específicas à atividade econômica, ora para desenvolver atividade como agente econômico.

O artigo 160 da vigente Constituição atribui à ordem econômica e social a realização do desenvolvimento nacional e da justiça social, com base, entre outros, no princípio da *função social da propriedade*. A partir dessa verificação — que, não obstante, deve ser considerada em conjunto com a análise do parágrafo 22 do artigo 153 e do artigo 161 do texto constitucional — passa a propriedade a ser compreendida já não mais como um direito absoluto, mas apenas relativo. Concebe-a a Constituição, pois que dela trata, agora, no Capítulo da Ordem Econômica e Social e não apenas, exclusivamente, no dos Direitos e Garantias Individuais — como instrumento de desenvolvimento e da justiça social.

O princípio da função social, destarte, passa a integrar o conceito de propriedade, de sorte a determinar profundas transformações estruturais na sua interioridade. Expressão das modernas tendências que caracterizam o tratamento conferido pelo direito moderno à realidade social — na busca de uma integração entre os ideais individuais e sociais — a moderna concepção de propriedade é aplicada à preservação de uma situação de equilíbrio entre o individual e o social (9). Tal princípio, assim, se integra como elemento inerente à estrutura do próprio direito de propriedade.

Daí porque o interesse individual, do proprietário, no moderno conceito de propriedade, subordina-se ao interesse coletivo que — no caso da propriedade

---

(9) cf. Spantigati, Federico — Manual de Derecho Urbanístico, tradução de Traduciones Diorki, Editorial Niontecorvo, Madrid, 1973, pág. 291.

urbana — reclama por um processo de urbanização socialmente satisfatório (10). Daí porque, como afirma ALFREDO BUZAID (11), citando DUGUIT, com a evolução dos tempos, a propriedade deixa de ser entendida como um direito subjetivo do indivíduo e passa a ser considerada como a função social do detentor de capitais mobiliários ou imobiliários; negando esse direito subjetivo, a propriedade é considerada em sua função social, devendo o poder público regulá-la de modo que produza o melhor rendimento em benefício de todos.

16. Em razão dessa nova conceituação, passa a propriedade a ser ordenada, no plano normativo, de sorte que o princípio da função social atua como fonte de obrigações e poderes, tanto para o setor público, como para o setor privado. O seu exercício anti-social é evitado e por conseqüência, o uso anormal do direito coibido (12).

De toda sorte, cumpre salientar que a ordem constitucional não contrapõe o princípio da função social ao direito de propriedade. Pelo contrário, promove a integração entre ambos: são ambos relativos, devendo compatibilizar-se um ao outro. Daí porque, no próprio texto constitucional, a interpretação do disposto no inciso III do artigo 160 deve ser consumada tendo-se em vista as disposições constantes do parágrafo 20 ao artigo 153 e do artigo 161.

17. De toda sorte, como afirmam alguns autores (13), a realidade é que a *propriedade* não constitui uma instituição única, mas sim um conjunto de várias instituições distintas, relacionadas a diversos tipos de bens. Assim, sem que nos atenhamos a examinar hipóteses de propriedades distintas da do solo — exemplificando, a propriedade de valores mobiliários, de matérias primas, etc. — basta observar o ordenamento jurídico vigente, onde encontramos conteúdos normativos diversos aplicáveis, exemplificativamente, à propriedade do solo rural, do solo urbano e do subsolo. No que tange às águas e às minas, v.g., é óbvio que o princípio

.....  
(10) Spantigati (ob. cit., págs. 291/2) considera a estrutura interna do direito de propriedade como *aspecto instrumental* relativo ao complexo sistema da disciplina urbanística.

(11) Ação Renovatória, pág. XXII.

(12) cf. Hely Lopes Meirelles, *Direito de Construir*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1961, págs. 10/11.

(13) Spantigati, ob. cit., pág. 261 e José Luis de Los Mozos, *El Derecho de Superficie en General y en Relacion con la Planificacion Urbanistica*, Ministério de la Vivienda, Madrid, 1974, pág. 209. Com relação à propriedade sobre as minas há que considerar o Decreto n.º 62.934, de 2 de julho de 1968, que aprova o regulamento do Código de Mineração, especificando matéria disposta no Código Civil e no Decreto-lei n.º 227, de 26 de fevereiro de 1967; com relação a Matéria florestal, há que referir a Lei n.º 4.771, de 15 de setembro de 1975, que institui o novo Código Florestal; com relação a matéria de saúde e bem estar público, há que referir a Lei 2.312, de 3 de setembro de 1954; com relação a matéria de Reforma Agrária, há que considerar inúmeros textos normativos, entre os quais salientam o da Lei n.º 4.504, de 30 de novembro de 1964, que dispõe sobre o Estatuto da Terra e foi parcialmente regulamentado pelo Decreto n.º 55.891, de 31 de março de 1955; com relação a matéria específica, tendo-se em vista que a defesa da integridade do território nacional, a segurança do Estado e a justa distribuição da propriedade nacional da propriedade estão relacionados ao princípio da sua função social, há que referir as disposições contidas no Ato Complementar n.º 45, de 30 de janeiro de 1969, e o Decreto-lei n.º 494, de 10 de março de 1969, posteriormente alterados pela Lei 5.709, de 7 de outubro de 1971.

da função social da propriedade, no plano normativo, se encontra sensivelmente instrumentado. O mesmo já 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 inteiramente injustificável, dada a fundamental importância do fenômeno da urbanização, que está estreitamente vinculada aos mecanismos de desenvolvimento econômico, construindo-se mesmo, entre ambos, um processo de causação circular acumulativa, onde causa e efeito se confundem.

Nessas condições, deve-se afirmar que a disposição do artigo 160, III, da vigente Constituição, superando o momento meramente programático, deverá funcionar concretamente sobre o plano normativo, como fonte de obrigações e poderes, tanto para o ordenamento jurídico público quanto para o privado.

Assim, observado que o princípio da função social da propriedade é instrumental do desenvolvimento nacional e da justiça social, pode-se concluir que a sua concreção deverá expressar a noção de que, em matéria de direito de propriedade urbana, pode e deve o Estado predeterminar os usos e modos de utilização do imóvel, *considerando-se, por outro lado, que o direito de edificar sobre ele não constitui um direito subjetivo do proprietário.*

## D — ABORDAGEM JURÍDICA

### D.I — O Seminário do Gegrán

18. 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 de março à 30 de abril de 1971, um grupo de especialistas nos 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 de acordo segundo a qual *é necessário afirmar a separação entre o direito de propriedade e 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* (14).

19. Durante seminário interno realizado pelo antigo GEGRAN, em São Paulo, ao final do mês de janeiro de 1975, quando se discutia proposta de anteprojeto de lei federal relativa ao controle do uso do solo, em trabalho elaborado em conjunto com ANTONIO CARLOS CINTRA DO AMARAL e JORGE BARTHOLOMEU CARNEIRO DA CUNHA, aventamos a hipótese básica de

-----  
(14) cf. José Luís de Los Mozos, ob. cit., págs. 204/5

definição, pela lei federal, de que há distinção entre direito de propriedade e direito de construir.

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 o 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-à a efetividade da existência de limitações administrativas ao seu exercício; a quantidade e qualidade de tais limitações estará restringida exclusivamente, na síntese de WALINE, pelo respeito à legalidade” (15)*

A seguir, as seguintes considerações eram traçadas:

- d) quanto à disponibilidade do direito de edificar: *“admitindo 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 – definida, então, através 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 contratasse 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, estabelecerá 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)”.*

---

(15) cf. José Cretella Jr., *Liberdades Públicas*, José Bushatsky, editor, São Paulo, 1974, pág. 155.

20. 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 à 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.

## D II ... Coeficiente Único

21. Quando das discussões sobre o tema desenvolvidas, durante o seminário promovido pelo GEGRAN, acima referido, a seguinte assertiva — em redação proposta por CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO — 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 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 quanto foi exposto a propósito do princípio da função social da propriedade, pode a seguinte conclusão ser agora 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.*

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

O direito de propriedade 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 suas 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, pois poderá ser expresso em um determinado “padrão”, fixado pela norma jurídica. Esta fixação, obviamente, não implicará violação do direito de propriedade, mas,

tão-somente, delineamento do perfil do próprio direito.

Cumpra observar, porém — visto como devem compatibilizar-se interesse social e interesse individual, isto é, direito de propriedade e função social da propriedade — 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.

22. 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 tem designado de *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 a 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 deste 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 producto

unicamente de la energia 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 consagrar 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". (16)

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

Daí porque 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, aliás, 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 com relação à contribuição de melhoria e 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 aquele "padrão". Pelo contrário, atendido o princípio maior da justiça social, estar-se-á impedindo que alguns proprietários se privilegiem em função de causas exógenas a 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.

24. Retornando, neste ponto, a 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

.....  
(16) "in" cópia xerográfica de um "Informe Oficial", de 29 de abril de 1909, existente na Biblioteca da Fundação CEPAM.

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 *garanta*, pode e deve a lei restringir o uso e a disposição da propriedade; a extensão do direito de uso e disposição da propriedade, pois, dependem de lei.

O perfil do direito de propriedade (17), portanto, é desenhado pelas limitações que, em seu conjunto compõem o “padrão” a que estamos nos referindo.

Estando o exercício de 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 um determinado valor — o qual, não obstante, deve ser considerado independentemente de qualquer causa exógena a propriedade — que se expressa como a *componente econômica* da propriedade, objeto de proteção jurídica. Tal componente econômico 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 ao proprietário seja exigida qualquer contrapartida específica.

25. Rememorando todo 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 (i. é., *volume máximo de utilização* admitido em razão do interesse social).

O direito de construir, por outro lado, deve ser entendido como distinto do direito de propriedade, até porque, em determinadas hipóteses — sempre assegurada ao proprietário, todavia, a titularidade da componente econômica do solo, donde a

.....

(17) Como adverte Celso Antonio Bandeira de Mello (Apostamentos sobre o Poder de Polícia, in R.D.P., vol. 9, pág. 55), “convém desde logo observar que não se deve confundir liberdade e propriedade com *direito de liberdade* e *direito de propriedade*. Esses últimos são as expressões daqueles, porém tal como admitidos em um dado sistema normativo. Por isso, rigorosamente falando, não há limitações administrativas ao *limite 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”.

figura da “desapropriação indireta”, em casos extremos — subsiste a propriedade ainda quando seja vedada ou limitada a possibilidade de construir (18).

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

26. 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 superficiebus*” e na “*actio de superficiebus*” — entre direito de propriedade e direito de construir. Ademais, a significação que costumeiramente se atribui à expressão “*abutendi*”, de fórmula “*jus utendi, fruendi et abutendi*” é imprecisa, não expressando, em realidade, autorização de *abuso* do direito de propriedade, mas sim de *uso intenso*.

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 pretenda aplicar nos dias que correm. Insuspeitadas as possibilidades de inovação na tecnologia de construção, não se concebia, em Roma, uma dimensão vertical na propriedade, produto das técnicas de criação de solo no espaço superior — ou mesmo subterrâneo — dos terrenos. Daí a noção segundo a qual a propriedade do solo abrange a que lhe está superior e inferior, consagrada no nosso vigente Código Civil, no artigo 526.

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

Reinterpretadas tais postulações face à 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 garanta ao seu proprietário o volume de utilização mínima a que deve atender o coeficiente único de aproveitamento.

27. A partir da compreensão da realidade urbana dos dias que correm é que devem ser analisadas as disposições consubstanciadas no vigente Código Civil,

.....  
\*  
(18) v.g., Código Florestal, zonas de proteção de aeroportos, legislação de proteção de mananciais, etc.

especialmente nos seus artigos 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 normas variadas a propósito da criação artística, técnica e científica, coibindo 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 suportes 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 os princípios constitucionais da justiça social e da função social da propriedade do que a definição do padrão de que vimos tratando, ou seja, do coeficiente único de aproveitamento.

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

28. 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 — ainda que desta forma não se esteja negando ao Estado, nas regiões metropolitanas, competência para dispor sobre ela, nem à União, na implementação da política urbana nacional — 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, tratem-se 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.

Não será demais 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.

### D.III – Transferibilidade do Direito de Criar Solo

29. 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, 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 argüida, qual seja a de que o setor público estaria transacionando limitações administrativas, o que não é juridicamente plausível.

30. Em seminário realizado em São Sebastião, em 25 e 26 de junho de 1976, durante o qual foi discutido documento produzido pela Fundação CEPAM (19), foram os seguintes postulados equacionados:

- 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 edílicia de cada terreno, poderá ser menor ou maior do que o direito de construir associado àquele 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.

A consideração do quinto postulado pode, eventualmente, levar a algumas conclusões equívocas.

Com efeito, algumas observações que a propósito do tema tem sido traçadas

---

(19) O Solo Criado, cit.

encaminham a 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 do particular usar o solo urbano em volume superior ao compreendido naquele padrão. Daí tal “outorga” deveria ser onerosa, devendo o preço correspondente a esta oneração ser pago à comunidade (i.e., ao setor público) em devolução a dispêndios anteriormente ou posteriormente por ela arcados. Daí também a afirmação de que, através da outorga onerosa, seriam 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 com a contribuição de melhoria ou poderia ser explorada como um novo instrumento de receita pública.

Nenhuma destas 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 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 possa*. 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 da 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 aludido, 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 um determinado bem e não permitindo o exercício de atividade. Não se trata, evidentemente, de negociação de limitação administrativa, conclusão a que o impreciso conhecimento da noção de solo criado 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 “direitos de criar solo”.

O problema a solucionar 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.

32. 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, tem 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, obrigar-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. Noca

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 — setor 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 artigo 81 do Código Tributário Nacional. No primeiro caso defrontamo-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 da realização de obra pública, receita legal e não contratual (20).

33. 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

.....  
(20) Note-se que, sendo o caso de imaginar-se a possibilidade da criação de novas receitas públicas, outros caminhos existem a trilhar, tais como o voltado à otimização do coeficiente de utilização do potencial tributário e o concernente à possibilidade de exploração da autorização contida no § 5º do artigo 18 da Emenda Constitucional nº 1/69, relativa a matéria de competência tributária residual.

fiscalizador e anuente em todas as cessões daqueles direitos que, entre particulares, se realizem, sendo estritamente necessário, inclusive, ponderar a possibilidade de assegurar-se ao setor público preferência na aquisição de tais direitos. Outrossim, cabe também analisar 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 encontre a unidade de solo urbano referida seja inferior ao coeficiente único. 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 sempre preservadas condições de igualdade de oportunidade para os empreendedores imobiliários e de isonomia social.

34. Cabe ainda, neste ponto, anotar o fato de que a premissa anteriormente disposta — cessão, pelo setor público, exclusivamente dos direitos de criar solo inerente 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. Nesta 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 n.º 7.288, de 2 de abril de 1969, de São Paulo — fosse ao empreendedor imobiliário permitido o cômputo da área de terreno doada à municipalidade para fins de cálculo do índice de aproveitamento, de outro imóvel em que pretende construir, permitido pelo zoneamento.

35. Finalmente, uma derradeira questão deve ainda aqui ser explorada: a relativa aos direitos dos atuais proprietários de solo criado, que, indiscutivelmente, devem ser reconhecidos como por eles adquiridos.

Tal reconhecimento, aliás, resulta em que se reconheça vantagem adicional, conseqüente à instituição da noção de solo criado, expressa na redução dos custos de aquisição, pelo setor público, de um imóvel que deseje preservar. Isto porque, nesta hipótese, adquirido o imóvel poderiam os direitos de construir a ele inerentes ser postos em mercado.

## E — CONCLUSÕES

36. Restrito o âmbito das conclusões a definir neste documento — o que implica a pressuposição de que, com os subsídios decorrentes da discussão a seu propósito travadas em futuro seminário, deverá tal âmbito ser estendido — é possível afirmar que:

- 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 de sua legislação de zoneamento;
- b) é constitucional também, por outro lado, a instituição da chamada transferibilidade do direito de criar solo.

## F — OBSERVAÇÕES CRÍTICAS

37. À medida que o presente documento foi sendo elaborado — durante a segunda quinzena de setembro e a primeira de outubro — alguns de seus aspectos foram discutidos com um grupo de consultores da Fundação CEPAM.

Determinadas posições então por esses consultores expostas foram adotadas e incorporadas ao documento. Outras, no entanto, foram recusadas pelo autor, que não as admite, seja parcialmente, seja na integridade.

Tendo-se todavia em vista os fins a que se destina o documento elaborado — discussão do problema jurídico do solo criado, em seminário — é de todo útil é proficiente que tais posições fiquem aqui registradas, servindo como subsídio às análises que a propósito do tema serão desenvolvidas.

38. Afirmou-se que o valor econômico inerente ao solo urbano é igual a zero. Tal afirmação não pode ser aceita sob nenhuma hipótese, visto que implicaria, em suas últimas conseqüências, negação do direito de propriedade do solo urbano.

39. Recomendou-se fosse enfatizado o fato de que o interesse coletivo impõe se confira solução a três necessidades básicas:

- equilíbrio entre áreas públicas e áreas particulares;
- recuperação dos investimentos novos exigidos pelo solo criado;
- recuperação dos investimentos anteriormente feitos pela coletividade.

Entendeu, no entanto, o autor do documento não ser conveniente insistir nestes pontos a fim de evitar seja atribuído à noção do “solo criado” o caráter de instrumento de receita tributária.

40. Afirmou-se que o coeficiente único “deve aplicar-se a qualquer propriedade imóvel, urbana ou rural, pois esta limitação, mesmo que definida a partir de critérios urbanísticos, políticos ou econômicos, etc..., é, antes de mais nada, uma redefinição do direito de propriedade, no que diz respeito à capacidade de construir que lhe é inerente”

O autor do documento não concorda com tal colocação, até porque poderia ela encaminhar a conclusão de que apenas a lei federal poderia fixar o coeficiente único. Ademais — como demonstrado no documento — são inteiramente diversas as situações de titularidade da propriedade imóvel urbana e rural.

41. Insistiu-se na análise da possibilidade de se considerar a hipótese de “outorga do direito de criar solo”

Tal hipótese, todavia, parece ao autor do documento ser juridicamente inviável (vide item nº 31).

42. Ainda mais, alegou-se que a definição de um valor econômico, inerente à propriedade urbana, seria problemática (especialmente quando se considerem os efeitos da utilidade marginal de cada uma de suas unidades).

Não resta dúvida quanto ao fato de que a definição matemática de tal valor econômico é problemática. No caso, porém, o objeto dessa definição será o volume do *coeficiente único de aproveitamento* e não o *valor econômico*. Tal coeficiente poderá ter o seu volume convencionado sem que se comprometa aquele valor econômico, convencional e aproximadamente também tomado.

Quanto à alusão à utilidade marginal das unidades de solo urbano, obviamente não é inerente à propriedade, mas sim função de causas exógenas que atuam no sentido de tornar variável o seu *valor de mercado* (não o valor econômico inerente a elas, pois).

**O SOLO CRIADO COMO INSTRUMENTO DE EQUIDADE**

**MARIA DE LOURDES CESARINO COSTA**

## 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 construídas;

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 sub-solo;

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 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 deverá oferecer à coletividade as compensações necessárias ao reequilíbrio 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 sub-solo.

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 tombado, o proprietário poderá alienar o direito de construir correspondente à área edificada ou ao coeficiente único de edificação.

Álvaro Villaça Azevedo

Celso Antônio Bandeira de Mello

Dalmo do Valle Nogueira Filho

Eros Roberto Grau

Eurico de Andrade Azevedo

Fábio Fanucchi

José Afonso da Silva

Mária de Lourdes Cesarino Costa

Mário Pazzaglini Filho

Miguel Seabra Fagundes

Jorge Hori

Antonio Cláudio Moreira Lima e Moreira

Clementina De Ambrosis

Domingos Theodoro de Azevedo Netto

Luiz Carlos Costa

Norberto Amorim

## **PARTICIPANTES DOS SEMINÁRIOS**

- I – São Sebastião – 25 e 26 de junho de 1976**
- II – Hilton – São Paulo – 28 e 29 de junho de 1976**
- III – Embu – 11 e 12 de dezembro de 1976**