

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**  
**FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO**

**OUTORGA ONEROSA DO DIREITO DE CONSTRUIR E A EFETIVAÇÃO DA  
FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA**

**Gabriele Angelucci Carvalho**

**Orientador: Prof. Dr. Thiago Marrara**

**Ribeirão Preto**

**2013**



**GABRIELE ANGELUCCI CARVALHO**

**OUTORGA ONEROSA DO DIREITO DE CONSTRUIR E A EFETIVAÇÃO DA  
FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado  
ao Departamento de Direito Público da  
Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da  
Universidade de São Paulo para a obtenção do  
título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Thiago Marrara

**Ribeirão Preto**

**2013**

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

### **FICHA CATALOGRÁFICA**

Carvalho, Gabriele Angelucci

Outorga onerosa do direito de construir e a efetivação da  
função social da propriedade urbana / Gabriele Angelucci  
Carvalho. -- Ribeirão Preto, 2013.

107 p. ; 30cm

Trabalho de Conclusão de Curso -- Faculdade de Direito  
de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

Orientador: Thiago Marrara.

Nome: CARVALHO, Gabriele Angelucci.

Título: Outorga onerosa do direito de construir e a efetivação da função social da propriedade urbana .

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_



*Para Lilian, minha mãe,  
sem a qual nada seria possível.*





## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, tenho de agradecer a Deus por chegar até aqui. Sem a crença de uma força superior, que guia a todos nós, nada faz sentido.

A Deus também tenho que agradecer por ter me dado o maior prêmio da minha vida: Lilian, a minha mãe. Mulher de fibra, corajosa e batalhadora como poucas pessoas que conheço. Ela foi testemunha e dividiu comigo os anseios de um TCC, por também sofrer na elaboração de um. Admiro-a pela bravura de não deixar de querer aprender e se superar a cada minuto. A ela, o meu incansável e modesto muito obrigada por ser meu exemplo, e por todos os momentos em que estive ao meu lado, com a certeza de que sempre encontro em seus ombros meu porto seguro.

A dois homens de caráter, que já não se encontram mais aqui, meus avôs João e Ernesto. De vocês, guardo a lição de honestidade e trabalho. Pelas conquistas na vida, e por terem deixado em suas famílias um legado único sobre a dedicação ao que se deseja, e pelo serviço ao próximo. Tenho orgulho de ser a neta do Seu Ernesto e do Dr. João.

À minha avó Aparecida, por mostrar a cada dia a vitalidade e a calma que hoje a fazem matriarca da “Casa das Sete Mulheres”, conduzindo uma família unida no amor, na fé e no companheirismo.

A toda a minha família, por sermos um só, ajudando, sofrendo e sorrindo juntos, sempre.

Ao Danilo, a quem agradeço por me acompanhar há pouco, mas já significativo tempo, dispensando a mim amor e carinho, e a quem admiro muito pela responsabilidade e obstinação. Seu apoio é fundamental. Também o agradeço pela paciência e, junto com minha mãe, por acreditar em mim quando eu mesma já me desacreditava. Sem vocês, jamais chegaria aqui.

A todos da 4ª Vara Criminal de Ribeirão Preto, por terem se tornado, desde 2011, minha segunda família, e por me acolherem com tanto carinho e preocupação. Lá aprendi que

cooperação, respeito, educação, humildade e dedicação são a fórmula do sucesso profissional.

Por fim, e não menos importante, ao meu orientador, Prof. Marrara, cujo título de paraninfo da Turma II já demonstra seu brilhantismo profissional e a admiração que tenho pelo senhor.

*O entusiasmo é a maior força da alma.  
Conserva-o e nunca te faltará poder para  
conseguires o que desejas.*

*Napoleão Bonaparte*



## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo o estudo da função social da propriedade urbana, e também da outorga onerosa do direito de construir, instituto urbanístico inserido no ordenamento pátrio pelo Estatuto da Cidade. Após a análise destes conceitos e institutos, busca-se estabelecer a correlação entre ambos, demonstrando se, ou em que medida, a outorga onerosa do direito de construir é instrumento hábil à efetivação da função social da propriedade urbana. Utilizou-se o método comparativo para tanto, e o trabalho desenvolveu-se em quatro capítulos. No primeiro capítulo, apresentaram-se conceitos de urbanismo, direito urbanístico, princípios urbanísticos e diretrizes gerais do Estatuto da Cidade. O capítulo seguinte é dedicado exclusivamente à função social da propriedade, em especial à função social da propriedade urbana. O quarto capítulo abarca o instituto da outorga onerosa do direito de construir e todas as suas peculiaridades. O quinto capítulo é dedicado à análise do princípio da função social da propriedade urbana dentro dos fundamentos do Estatuto da Cidade, do contexto da outorga onerosa do direito de construir e da destinação dos recursos obtidos com a outorga, através da análise de pesquisa, e leis municipais específicas. Percebeu-se que a parcela de municípios que instituíram a outorga onerosa do direito de construir em lei específica é muito pequena, dada a quantidade de municípios existentes no Brasil, e que, dentre estes, menor ainda é o número que disciplina corretamente a destinação dos recursos. Ao fim, sugeriu-se nova análise de elementos do instituto da outorga onerosa do direito de construir, para ampliar a realização da função social da propriedade urbana.

Palavras-chave: função social da propriedade urbana, Estatuto da Cidade, outorga onerosa do direito de construir



## **ABSTRACT**

The present work aims to study the social function of urban property, and also the onerous grant the right to build, institute urban inserted in land parental by the City Statute. After analyzing these concepts and institutions, seeks to establish the correlation between the two, showing whether, or to what extent, the onerous grant the right to build is an effective instrument to effect the social function of urban property. We used the comparative method to do so, and the work was carried out in four chapters. In the first chapter, showed up concepts of urbanism, urban law, urban principles and guidelines of the City Statute. The next chapter is devoted exclusively to the social function of property, particularly in the social function of urban property. The fourth chapter includes the Office of onerous grant the right to build and all its peculiarities. The fifth chapter is devoted to the analysis of the principle of the social function of urban property within the grounds of the City Statute, the context of onerous grant the right to build and the allocation of the proceeds of the grant, through analysis, research and laws specific municipal. It was noticed that the share of municipalities that instituted onerous grant the right to build a specific law is very small, given the number of municipalities in Brazil, and, among these, the smaller the number is still properly discipline the allocation of resources. At the end, it was suggested new element analysis of the institute onerous grant the right to construct, enlarge the realization of the social function of urban property.

Keywords: social function of urban property, the City Statute, onerous grant the right to build.





## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>20</b>
<b>2 PRINCÍPIOS DE DIREITO URBANÍSTICO E DIRETRIZES GERAIS DO ESTATUTO DA CIDADE.....</b>	<b>22</b>
2.1 Urbanismo e Direito Urbanístico.....	22
2.2 Princípios do Direito Urbanístico .....	25
2.2.1 Função social da propriedade .....	26
2.2.2 Função social da propriedade urbana .....	27
2.2.3 Função social da cidade .....	27
2.2.4 Gestão democrática das cidades .....	28
2.3 Diretrizes gerais do Estatuto da Cidade.....	28
2.3.1 Diretrizes governamentais .....	30
2.3.2 Diretrizes sociais.....	31
2.3.3 Diretrizes econômico-financeiras .....	33
2.3.4 Diretrizes relativas ao solo urbano .....	34
2.3.5 Diretrizes jurídicas.....	36
<b>3 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA.....</b>	<b>37</b>
3.1 Evolução da propriedade .....	38
3.2 A propriedade no direito brasileiro.....	41
3.3 A função social da propriedade .....	43
3.3.1 Evolução .....	43
3.3.2 Conceito.....	45
3.4 A função social da cidade .....	48
3.5 A função social da propriedade urbana .....	49
3.6 O Estatuto da Cidade .....	52
3.7 As limitações administrativas à propriedade .....	53
<b>4 A OUTORGA ONEROSA DO DIREITO DE CONSTRUIR.....</b>	<b>56</b>

4.1 O direito de propriedade .....	57
4.1.1 Histórico.....	57
4.1.2 Direito de construir inerente à propriedade.....	59
4.1.3 Direito de construir dissociado do direito de propriedade .....	60
4.1.4 Direito de propriedade limitado pelo direito de construir.....	61
4.2 O instituto no Brasil .....	63
4.3 Constitucionalidade do solo criado .....	65
4.4 O solo criado no Estatuto da Cidade.....	68
4.5 Da nomenclatura do instituto .....	69
4.6 Solo criado X solo virtual X outorga onerosa do direito de construir .....	71
4.7 Conceito de outorga onerosa do direito de construir .....	71
4.8 A natureza jurídica da outorga onerosa do direito de construir .....	72
4.9 A importância do plano diretor .....	74
4.10 Coeficientes de aproveitamento .....	77
4.10.1 Coeficiente de aproveitamento básico .....	77
4.10.2 A possibilidade de coeficientes de aproveitamento básico diferenciados .....	78
4.10.3 Coeficiente de aproveitamento máximo .....	81
4.10.4 A ausência do coeficiente básico na lei nacional.....	82
4.11 A lei municipal específica.....	85
4.12 Critérios para a outorga onerosa .....	86
4.13 Fórmula de cálculo para a cobrança.....	88
4.14 Hipóteses de isenção .....	88
4.15 Contrapartida.....	89
4.16 Natureza jurídica do ônus prestado pelo particular ao Poder Público .....	90
4.17 Destinação dos recursos obtidos .....	92
<b>A OUTORGA ONEROSA DO DIREITO DE CONSTRUIR E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA.....</b>	<b>93</b>

5.1 Outorga onerosa do direito de construir e os fundamentos do Estatuto da Cidade .....	95
5.2 Outorga onerosa do direito de construir e a destinação dos recursos auferidos .....	98
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>102</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>104</b>

## INTRODUÇÃO

O objeto do presente trabalho é a análise da função social da propriedade urbana à luz do instituto da outorga onerosa do direito de construir. Consagrado pelo recente Estatuto da Cidade, instituído pela Lei 10.257/01, o presente instrumento urbanístico vem disciplinado no artigo 4º, inciso V, alínea “n”, do referido diploma legal, configurado como um instrumento político do Estatuto da Cidade.

A curiosidade por seu estudo deveu-se à possibilidade de aplicação prática e efetiva do instituto, no contexto de urbanização do Brasil, uma vez que a outorga onerosa do direito de construir se relaciona diretamente à ampliação dos espaços urbanos, na medida em que possibilita a construção para além de um coeficiente básico previsto em lei.

Na esteira de análise deste instituto, e de sua consolidação como instrumento da política urbana, entendeu-se fundamental a análise conjunta da função social da propriedade urbana, inserida no macro-contexto da função social da cidade.

Para tanto, houve inicialmente a análise dos princípios urbanísticos, bem como foi feito um apanhado geral nas diretrizes gerais estabelecidas pelo Estatuto da Cidade, em seu artigo 3º. Compreendido o contexto de inserção dos institutos, realizou-se a análise da função social da propriedade urbana, através da evolução do conceito de propriedade, e da inserção de uma função social a ela.

Tratou-se, ainda, da outorga onerosa do direito de construir, evidenciando-se, em capítulo específico, as diversas posições acerca do direito de propriedade e do direito de construir, para, então, poder se entender a outorga onerosa do direito de construir. No tocante à outorga, evidenciou-se seu regime jurídico, as divergências doutrinárias acerca de sua nomenclatura, e os conceitos que a compõem. Foram esmiuçadas a natureza jurídica da contrapartida a ser prestada pelo particular, e a destinação a ser dada aos recursos auferidos com a outorga onerosa do direito de construir.

Por fim, foi realizada uma análise englobando a função social da propriedade urbana concatenada com a outorga onerosa do direito de construir, sob os aspectos dos fundamentos do Estatuto da Cidade e da destinação dos recursos auferidos com a outorga. Foram

analizados, ainda, alguns dados de pesquisa empírica, para se evidenciar o delineamento do presente estudo.

## 2 PRINCÍPIOS DE DIREITO URBANÍSTICO E DIRETRIZES GERAIS DO ESTATUTO DA CIDADE

### 2.1 Urbanismo e Direito Urbanístico

O direito urbanístico é modalidade recente de estudo em nosso ordenamento, tendo inclusive, ganhado destaque como ciência jurídica ao longo do século XX, com a evolução das cidades, seu povoamento, e a necessidade da ordenação dos espaços disponíveis no ambiente urbano. Por se relacionar à cidade e ao estabelecimento humano nela, o conceito de urbanismo é fortemente utilizado ao se tratar de direito urbanístico.

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles<sup>1</sup>,

“urbanismo é o conjunto de medidas estatais destinadas a organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade”

Muitos autores<sup>2</sup> conceituam o urbanismo como um misto entre técnica e ciência, tendo como principal objetivo a organização e alocação dos espaços passíveis de povoamento, bem como reger as condutas dos particulares, quanto aos empreendimentos imobiliários, de modo a proteger os interesses da coletividade, para que se realizem as funções realizadas pelo homem na cidade: circulação, habitação, trabalho e lazer. José Afonso da Silva<sup>3</sup> afirma que o

---

<sup>1</sup> MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Municipal Brasileiro**. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 491.

<sup>2</sup> Neste sentido, Daniela Libório Campos Di Sarno, ao definir urbanismo, afirma: “(...) o urbanismo é entendido hoje como uma ciência, uma técnica e uma arte ao mesmo tempo, cujo objetivo é a organização do espaço urbano, visando ao bem-estar coletivo, realizado por legislação, planejamento e execução de obras públicas que permitam o desempenho harmônico e progressivo das funções urbanas elementares: habitação, trabalho, recreação e circulação no espaço urbano”, in DI SARNO, Daniela Campos Libório, **Elementos de Direito Urbanístico**, Barueri: Manole, 2004, p. 7

<sup>3</sup> SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**, 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 31

urbanismo busca a organização dos espaços habitáveis, objetivando a realização da qualidade de vida humana.

José dos Santos Carvalho Filho<sup>4</sup> ainda destaca outro aspecto concernente ao urbanismo, afirmando que ele reflete um “sistema de cooperação” entre a sociedade e o aparelho estatal, na medida em que os indivíduos devem ter consciência social da necessária interação entre o público e privado. Ao Estado cabe, por sua vez, a concretização de mecanismos de melhoria social.

Sendo assim, pode-se afirmar, de modo geral, que o urbanismo, integrante da atividade urbanística, é a ciência responsável pela ordenação da ocupação humana do espaço habitável, buscando, através da ocupação ordenada, a dignidade das pessoas que a ocupam.

Ao tratar da atividade urbanística, José Afonso da Silva<sup>5</sup> estabelece três categorias. São elas: planejamento, ordenação do solo, ordenação urbanística de áreas de interesses especial, ordenação urbanística da atividade edilícia e instrumentos de intervenção urbanística.

O planejamento é o mote de toda atividade urbanística, que gera intervenções, limitações e restrições à propriedade; a ordenação do solo cuida da ocupação e do uso dos espaços passíveis de povoação. A ordenação urbanística de áreas de interesse especial trata da criação de meios hábeis ao desenvolvimento das quatro funções básicas do homem na cidade: circulação, habitação, lazer, e trabalho; a ordenação urbanística da atividade edilícia consiste em verificar se os projetos de construção encontram-se de acordo com as regras estabelecidas para a ordenação da ocupação e uso do solo. Por fim, os instrumentos de intervenção urbanística objetivam a execução do plano e a ordenação do solo.

Solidificado o conceito de urbanismo, cabe definir o direito urbanístico. Responsável por regular o urbanismo, o direito urbanístico desenvolveu-se após 1950, com o forte êxodo rural ocorrido em todo o mundo. Percebeu-se, nesta época, uma mudança no paradigma de ocupação do ambiente. Antes predominantemente rural, com o fim da Segunda Guerra Mundial, as populações buscaram cada vez mais as cidades, transformando o perfil de povoamento, antes agrário, em urbano.

---

<sup>4</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos, Comentários ao Estatuto da Cidade. 3ª Ed. Lumem Juris: Rio de Janeiro, 2009, p. 5

<sup>5</sup> SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 32

Com o crescimento desenfreado e sem planejamento, as cidades logo viram eclodir conflitos relacionados a problemas tipicamente urbanos, como moradia, circulação e infraestrutura. O caos na ocupação do solo levou o Estado a paulatinamente intervir na adequação dos espaços urbanos e sua ocupação. Surgem, então, normas urbanísticas, em decorrência das mudanças sociais, limitando a propriedade urbana.

José Afonso da Silva, ao tratar da evolução do direito urbanístico<sup>6</sup>, afirma que ele decorre de uma nova função do Direito, que busca oferecer instrumentos normativos ao Poder Público, para que, respeitando o princípio da legalidade, atue no meio social e na esfera privada, ordenando a realidade em prol da coletividade.

Indubitavelmente, o direito urbanístico é ramo do direito público, na medida em que busca, por meio de princípios e normas regulamentadoras, arranjar o espaço urbano, de modo a criar o melhor ambiente e vida digna aos homens. Entretanto, não se deve negar o caráter multidisciplinar desta ciência, pois, em seu regramento, percebem-se normas constitucionais, civis, e até penais<sup>7</sup>

Para Hely Lopes Meirelles<sup>8</sup>, o direito urbanístico é

“Ramo do direito público destinado ao estudo e formulação dos princípios e normas que devem reger os espaços habitáveis, no seu conjunto cidade-campo. Na amplitude desse conceito incluem-se todas as áreas em que o homem exerce coletivamente qualquer de suas quatro funções essenciais na comunidade – habitação, trabalho, circulação e recreação –, excluídas somente as terras de exploração agrícola, pecuária ou extrativa que não afetem a vida urbana.”

Para José Afonso da Silva<sup>9</sup>, o direito urbanístico possui dois aspectos. O primeiro aspecto é o “direito urbanístico objetivo”, conceituado por ele como o corpo normativo responsável pela organização dos espaços habitáveis, buscando sempre melhores condições de vida ao homem enquanto pertencente a uma coletividade. O outro aspecto consiste no “direito urbanístico como ciência”, cujo objetivo é a exposição, interpretação e sistematização das normas e princípios da atividade urbanística.

Entende-se, então, que o direito urbanístico é ramo recente do Direito, responsável pela edição de normas reguladoras, cujo objetivo é a ordenação da ocupação e uso dos

---

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 36

<sup>7</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Op. cit.*, p. 6

<sup>8</sup> MEIRELLES, Hely Lopes, *Op. cit.*, p. 494

<sup>9</sup> SILVA, José Afonso da, *Op. cit.*, p. 49-50



espaços habitáveis, de modo a realizar as quatro funções inerentes ao homem, quais sejam, circulação, habitação, lazer e trabalho.

## 2.2 Princípios do Direito Urbanístico

Os princípios, nos ensinamentos de José Afonso da Silva<sup>10</sup>, são “ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são ‘núcleos de condensações’ nos quais confluem valores e bens constitucionais.” Miguel Reale, a seu turno, afirma:

“(...) os princípios são ‘verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades de pesquisa e da praxis.”<sup>11</sup>

Os princípios são inerentes ao ordenamento jurídico, e possuem grande carga valorativa dentro do sistema. Como assevera Eros Roberto Grau<sup>12</sup>, os princípios ainda têm grande importância na interpretação do direito, afirmando que ele dotam de coerência o sistema normativo. Deste modo, evidencia-se a função primordial dos princípios na aplicação do direito, na medida em que o interpreta e o conforma à realidade em que é aplicado.

No direito urbanístico, não é diferente a relevância dos princípios. Eles possibilitam a atuação das normas urbanísticas com escopo da realização das políticas urbanas. No ordenamento pátrio, os princípios urbanístico encontram-se amparados pela Constituição Federal.

José Afonso da Silva<sup>13</sup> enumera cinco princípios basilares do direito urbanístico. São eles: o urbanismo como função pública, a conformação da propriedade urbana, a coesão dinâmica entre as normas urbanísticas, a afetação das mais-valias ao custo de urbanificação, a justa distribuição dos ônus e benefícios derivados da atuação urbanística.

O princípio do urbanismo como função pública confere ao direito urbanístico o caráter normativo, permitindo que o Poder Público atue no meio social, ordenando o espaço, sempre

---

<sup>10</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 92

<sup>11</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 299.

<sup>12</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.51.

<sup>13</sup> SILVA, José Afonso da. *Op. cit*, p. 44-45

baseado no interesse coletivo e respeitando o princípio da legalidade. Por vezes, esta atuação estatal extrapola o âmbito público, e atinge direitos privados, em especial o direito de propriedade, que será estudado adiante.

Os ditames da conformação da propriedade urbana afirmam que a propriedade urbana deve se submeter às normas de direito urbanístico, respeitando sempre a legalidade e o interesse coletivo, de modo a se ordenar a ocupação e uso dos espaços habitáveis. A coesão dinâmica das normas urbanísticas prevê normas urbanísticas capazes de reordenar a ocupação do espaço urbano, que se mostram mais eficientes quando adotadas em conjunto, do que simples regramentos de controle, sem nenhum planejamento urbanístico que os envolva.

O princípio da afetação das mais-valias ao custo de urbanificação relaciona-se à compensação feita pelos proprietários urbanos, em decorrência da urbanificação, e que dela se beneficiaram. Esta compensação pela ação do Poder Público deve ser adstrita ao quantum de melhoria decorrente da urbanificação.

Por fim, o quinto princípio elencado por José Afonso da Silva, a justa distribuição dos benefícios e ônus da atuação urbanística implica tratamento igualitário e isonômico aos afetados pela atividade urbanística realizada pelo aparelho estatal.

Há ainda, fora da classificação do nobre doutrinador, outros princípios que merecem destaque, entre eles a função social da propriedade, a função social das cidades e a gestão democrática da cidade. O princípio da função social da propriedade e da função social da propriedade urbana receberá atenção especial em capítulo próprio. Eles encontram-se na Constituição Federal, e no Estatuto da Cidade.

### **2.2.1 Função social da propriedade**

A função social da propriedade é princípio informador do direito urbanístico, deixando evidente a relevância da preponderância do interesse público sobre o privado. A origem deste princípio é muito antiga, remontando à época de combate ao liberalismo, onde os ideais de limitação ao direito absoluto de propriedade começaram a aflorar entre os pensadores. O desenvolvimento deste princípio culminou com o efetivo domínio do interesse coletivo, em

detrimento dos anseios particulares, e facultando ao Poder Público a ingerência sobre a propriedade privada, a fim de garantir o interesse público.

Este princípio é tão importante que vem explicitado na Constituição Federal<sup>14</sup>, que garante como direito fundamental o direito à propriedade, porém a condiciona ao exercício de função social. Os pormenores serão estudados em capítulo próprio.

### **2.2.2 Função social da propriedade urbana**

O princípio da função social da propriedade reflete também na propriedade urbana. Não obstante a necessidade da realização da função social da propriedade vir positivada na Constituição Federal como garantia fundamental, o legislador constituinte, ao tratar da política urbana<sup>15</sup>, estabeleceu que a função social da propriedade urbana é cumprida quando forem atendidos requisitos constantes do plano diretor, no tocante à ordenação da cidade.

Entende-se como função social da propriedade urbana a destinação correta do imóvel urbano, voltado à realização do interesse coletivo, corporificado nas quatro funções essenciais do homem na cidade, quais sejam, circulação, habitação, trabalho e lazer.

### **2.2.3 Função social da cidade**

O princípio da função social da cidade encontra-se previsto no artigo 182, da Constituição Federal, e também no artigo 2º, do Estatuto da Cidade. Assim como a função

---

<sup>14</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

<sup>15</sup> Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

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

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

social da propriedade, tem como objetivo o bem-estar coletivo, também com base na promoção de circulação, trabalho, moradia e lazer.

A função social da cidade encontra-se intimamente ligada ao uso pleno e consciente dos recursos da cidade, pautado por equidade e isonomia. O meio para a realização deste uso são os instrumentos urbanísticos contidos no plano diretor, que ordenam a ocupação do solo

#### **2.2.4 Gestão democrática das cidades**

Não menos importantes que os princípios das funções sociais, constitucionalmente previstos, o Estatuto da Cidade traz, em seu artigo 43<sup>16</sup>, o princípio da gestão democrática das cidades, que consiste em permitir a todos do povo, incluindo suas entidades representativas, a participação na elaboração, desenvolvimento e acompanhamento de planos, e efetivação de instrumentos urbanísticos, elencados nos incisos do referido artigo para que tal princípio seja alcançado.

Pela análise do artigo 43, do Estatuto da Cidade, fica evidente a obrigatoriedade do Poder Público em consultar a população acerca dos caminhos a serem trilhados pelo desenvolvimento urbano. É essencial que haja a efetiva participação da população na elaboração dos planos de desenvolvimento da política urbana, pois são eles os maiores interessados, e os mais afetados pelas melhorias ou pioras nas condições de vida urbana.

### **2.3 Diretrizes gerais do Estatuto da Cidade**

A Constituição Federal de 1988 disciplinou, em seus artigos 21, XX<sup>17</sup>, e 182, a competência da União para instituir diretrizes gerais relativas ao desenvolvimento urbano,

---

<sup>16</sup> Art. 43. Para garantir a gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos:

I – órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal;

II – debates, audiências e consultas públicas;

III – conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal;

IV – iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

<sup>17</sup> Art. 21. Compete à União:

colocando a cargo dos Municípios a edição de normas locais para promoção do desenvolvimento da política urbana, através de um plano diretor.

Segundo Macruz, Macruz e Moreira<sup>18</sup>

“A Constituição Federal estabelece uma divisão de competências entre as esferas de poder. Examiná-las é estudar as competências legislativas e programáticas atinentes a cada uma das pessoas políticas de direito público interno, isto é, a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios.

(...)

Ao Município, a Constituição confere competência legislativa para assuntos de interesse local e também a de suplementar a legislação federal e estadual no que couber. De fato, a competência municipal está delineada no art. 30, VIII, do Texto Constitucional determinando que cabe a esse ente da federação a promoção e o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo.”

Interpretando estes dispositivos constitucionais conjuntamente, tem-se que boa parte da competência urbanística prevista na Constituição Federal foi abarcada pela Lei 10.257/01, o Estatuto da Cidade, responsável pela elaboração das diretrizes gerais da política urbana.

Ao Município, por meio de um plano diretor, coube a criação de normas de aspecto local, para ordenação da ocupação e uso dos espaços habitáveis, sempre em consonância com as diretrizes estabelecidas pelo Estatuto da Cidade.

As diretrizes gerais do Estatuto da Cidade encontram-se em seu artigo 2º. José dos Santos Carvalho Filho<sup>19</sup>, ao comentá-las, estabeleceu cinco grandes categorias. São elas: diretrizes governamentais, sociais, econômico-financeiras, relativas ao solo urbano e, por fim, jurídicas. Entretanto, ressalta-se que, ao classificá-las, não se pode estabelecer rigidez no enquadramento de diretrizes em uma ou outra categoria, e as classificações não são excludentes. É possível, então, que uma mesma diretriz esteja contida em mais de uma categoria, dadas as suas características.

---

(...)

XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;

<sup>18</sup> MACRUZ, João Carlos, MACRUZ, José Carlos, MOREIRA, Mariana. **O Estatuto da Cidade e seus instrumentos urbanísticos**. São Paulo: LTr, 2002, p. 15

<sup>19</sup> CARVALHO FILHO, *Op. cit.*, p. 23

### 2.3.1 Diretrizes governamentais

As diretrizes governamentais são aquelas que dependem da atuação ou iniciativa do Poder Público, ou seja, a lei urbanística dirige tais diretrizes ao Poder Público, e o condiciona a agir de determinada maneira, obrigando a instituição, preservação ou reestruturação do espaço urbano. São representadas pelos incisos IV, V, VII, VIII, XII e XVI e têm relevância pela função urbana de prover melhores condições de ocupação.

O inciso IV<sup>20</sup> trata do planejamento. Nas palavras de Carvalho Filho, é

“o processo prévio de análise urbanística pelo qual o Poder Público formula os projetos para implementar uma política de transformação das cidades com a finalidade de alcançar o desenvolvimento urbano e a melhoria das condições de qualquer tipo de ocupação dos espaços urbanos.”<sup>21</sup>

O inciso V<sup>22</sup> dispõe sobre os equipamentos urbanos, transportes e serviços, consistentes em atividades eminentemente pertencentes ao Poder Público, de modo que a sua instituição traz melhores condições do exercício de uma vida digna, no ambiente urbano. O final do inciso prescreve que a oferta destes equipamentos, transportes e serviços deve se dar observando-se os aspectos intrínsecos ao local de aplicação de tais diretrizes, e a sua efetividade dentro daquela coletividade.

O inciso VII<sup>23</sup> traz a ideia de que norte da política urbana deve ser a busca pela integração entre o espaço urbano e o espaço rural. Percebe-se que, apesar de se tratar do escopo da política urbana a harmonização do espaço urbano, não se deixou de lado a zona rural. Isto porque não se pode negar a natural interação entre campo e cidade, seja de natureza cultural, social ou econômico-financeira.

O inciso VIII<sup>24</sup> prescreve que a coexistência e convivência harmoniosa entre produção, consumo, expansão urbana e sustentabilidade, em todos os aspectos, do município. Consagra

---

<sup>20</sup> Art. 2º:

IV – o planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos;

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 25-26

<sup>22</sup> V – oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais

<sup>23</sup> VII – integração e complementariedade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento socioeconômico do Município e do território sob sua área de influência;

<sup>24</sup> VIII – adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência;

o princípio geral da proporcionalidade, na medida em que exige compatibilidade entre vetores opostos dentro da cidade.

Ao tratar da proteção ao patrimônio, no inciso XII<sup>25</sup>, do artigo 2º, do Estatuto da Cidade, o legislador estabeleceu claramente a proteção ao patrimônio público, se considerado de modo geral. Disposição semelhante já se encontrava inserida na Constituição Federal, nos artigos 215 e 216.

A última das diretrizes governamentais vem trazida no inciso XVI<sup>26</sup> e dispõe sobre a isonomia de condições entre agentes públicos e privados. Entretanto, a maior parte da doutrina admite não ser possível haver isonomia de tratamento entre os entes. Como assevera Carvalho Filho<sup>27</sup>,

“(...) a rigor, não pode haver integral isonomia entre o setor público e privado, e isso pela simples razão de que cada um deles é subordinado a regime jurídico próprio, dotado de normas específicas que marcam nitidamente ambas as esferas. É claro que algumas normas de cada regime jurídico poderão exibir idêntico conteúdo, mas no âmago dos regimes encontrar-se-ão regras próprias para regular segmentos que, no mínimo, têm objetivos diversos.”

Como afirma o nobre doutrinador, a ideia que se extrai de tal inciso é de que ocorra a cooperação sem ônus excessivo aos agentes privados, mas sem se deixar de lado o interesse público, coletivo, que deve sempre vir em primeiro lugar.

### 2.3.2 Diretrizes sociais

As diretrizes sociais, de acordo com Carvalho Filho, vêm enumeradas nos incisos II, III, IX e XIII, do artigo 2º, do Estatuto da Cidade. Elas se referem ao benefício social decorrente das ações de desenvolvimento da política urbana, beneficiando direta ou indiretamente a coletividade. Sua origem é na própria coletividade, influenciada pelos resultados da política urbana.

---

<sup>25</sup> Art. 2º

XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico;

<sup>26</sup> XVI – isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização, atendido o interesse social;

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 34

O inciso I<sup>28</sup> trata do direito às cidades sustentáveis, direito fundamental ao ser humano, e deve ser o objetivo de toda política de desenvolvimento urbano. Cidades sustentáveis são entendidas como aquelas em que há a coordenação entre os elementos do ambiente urbano e do ambiente natural, de modo a permitir condições dignas de vida aos atuais ocupantes e preservar o espaço habitáveis às gerações futuras.

O inciso II<sup>29</sup> trata da gestão democrática da cidade. Sua importância é tão relevante para o direito urbanístico que, na classificação ora adotada, a gestão democrática destacou-se da esfera de diretrizes e é considerada por muitos como um princípio formador do direito urbanístico, e já foi tratada oportunamente. Apenas retomando, em breve síntese, a participação popular na gestão da cidade consubstancia-se na efetiva ação dos populares e de entidades e associações representativas no tocante à elaboração, execução e fiscalização dos projetos e ações de cunho urbanístico.

O inciso III<sup>30</sup> dispõe sobre a cooperação entre governo e a iniciativa privada, sempre prevalecendo o interesse social e coletivo. Constitui-se, nas palavras de Carvalho Filho<sup>31</sup>, em verdadeira parceria a ser firmada entre os órgãos públicos e as pessoas privadas, buscando alcançar diversas finalidades, baseadas em interesse público, e especialmente sem fins lucrativos.

A justiça nos benefícios e ônus, trazida no inciso IX<sup>32</sup>, relaciona-se fortemente com a diretriz governamental do inciso XVI, que trata da isonomia entre os agentes públicos e privados. Entretanto, enquanto a diretriz social refere-se à execução das ações urbanísticas, esta diretriz social objetiva os resultados daquela ação, ou seja, os impactos, positivos ou negativos, causados pela implantação de um instrumento urbanístico.

---

<sup>28</sup> I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

<sup>29</sup> II - gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

<sup>30</sup> III – cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 39

<sup>32</sup> IX – justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização;



O derradeiro inciso sobre diretriz social, o inciso XIII<sup>33</sup> procurou blindar a população da tentativa de aprovação de empreendimentos danosos ao meio ambiente, e ao bem-estar coletivo da população diretamente afetada. Também foi trazido o conceito de atividade, de modo a não limitar a participação popular somente em questões de vultuosos empreendimentos que a afetem, mas também a execução de um serviço, que possa ser potencialmente danoso a uma determinada população.

A população deve ser ouvida por meio de audiência pública, a ser realizada pelo Poder Público municipal, ou por “opinamento prévio”<sup>34</sup>, valendo-se dos termos empregados por Carvalho Filho, da população quanto ao empreendimento ou atividade a serem desenvolvidos.

### 2.3.3 Diretrizes econômico-financeiras

As diretrizes econômico-financeiras são decorrentes de política econômica, financeira e tributária. Também se originam de investimentos, devidamente adequados ao interesse social e ao pleno desenvolvimento das cidades. Elas se encontram nos incisos X e XI, do artigo 2º, do Estatuto da Cidade.

O inciso X<sup>35</sup> trata dos instrumentos de política econômico-financeira, mostrando a aplicação do princípio da isonomia também aos investidores<sup>36</sup>. Se o investimento estiver destinado a fins de cunho urbanístico, terá prerrogativas não conferidas àqueles que destinarem seus recursos a fins não urbanísticos. Tal possibilidade só se vislumbra se se considerarem que os objetivos perquiridos pelo investimento estão concatenados com os alvos do desenvolvimento urbano.

O segundo inciso que versa sobre as diretrizes econômico-financeiras, constante do inciso XI<sup>37</sup>, dispõe acerca da recuperação dos investimentos, demonstrando a clara intenção

---

<sup>33</sup> XIII – audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população;

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 42

<sup>35</sup> X – adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar geral e a fruição dos bens pelos diferentes segmentos sociais;

<sup>36</sup> *Idem*, p. 43

<sup>37</sup> XI – recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos;

do legislador em “recuperar” os gastos realizados pelo Poder Público em ações urbanísticas de desenvolvimento. Os investimentos, e seus custos, são distribuídos entre toda a coletividade, que, ao invés de ter apenas bônus com o investimento estatal, terá um ônus causado pela valorização de sua propriedade.

Há diversas formas de ressarcimento ao Poder Público. Podem ser de natureza tributária, como as contribuições de melhoria, cuja origem é a valorização imobiliária “causada” por investimento público. Há também a desapropriação por zona, implementada pelo Decreto-lei nº 3.365/41, e consiste na desapropriação de imóveis que obtiveram valorização excessiva decorrente do investimento público em melhorias urbanas. Por fim, citam-se ainda os preços públicos, compensações financeiras e ingresso comercial<sup>38</sup>.

#### **2.3.4 Diretrizes relativas ao solo urbano**

As diretrizes relativas ao solo urbano se mostram indispensáveis para a condução das ações urbanísticas, uma vez que esta encontra-se intimamente ligada às políticas urbanas, incluindo a ocupação do solo. Estatuto da Cidade trouxe, em seus incisos VI e XIV, do artigo 2º, regras urbanísticas atinentes ao solo urbano. Segundo Carvalho Filho<sup>39</sup>, solo urbano o aglomerado de áreas que compõem a zona urbana da cidade, englobadas nela a área central, e, em alguns casos, a zona de expansão, definida em lei municipal, e que abrange o espaço reservado para eventual crescimento da cidade.

O inciso VI trata da ordenação e controle do uso do solo. O modo adotado pelo legislador do Estatuto da Cidade não foi o de prever as condutas necessárias à ordenação e fiscalização do uso do solo, mas de colocar as condutas que devem ser evitadas, por se afigurarem como as mais lesivas ao ambiente, urbano e natural

As condutas as serem evitadas, nos termos das alíneas do inciso VI, são as seguintes:

Art. 2º: A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:

---

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 45

<sup>39</sup> *Idem*, p. 46

- a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos;
- b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes;
- c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana;
- d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como pólos geradores de tráfego, sem a previsão da infra-estrutura correspondente;
- e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização;
- f) a deterioração das áreas urbanizadas;
- g) a poluição e a degradação ambiental;
- h) a exposição da população a riscos de desastres.

Não se adentrará à análise minuciosa das alíneas do referido inciso, cabendo apenas ressaltar que coibir tais condutas é medida essencial à concretização das políticas urbanas, que devem ser realizadas sem se distanciarem destas diretrizes, e das condutas que buscam evitar ações danosas à população e ao ambiente, natural e urbano.

No inciso XIV<sup>40</sup>, cuida o legislador do tratamento específico das populações de baixa renda, e da regularização fundiária. O texto legal é específico quanto à faixa da população a ser atendida: população de baixa renda, que ocupam determinada área, geralmente de maneira irregular ou inadequada, sem qualquer aparato de equipamentos urbanísticos. Entretanto, tais populações não podem ser deixadas à margem dos projetos sociais e das ações urbanísticas do Poder Público. Pela condição degradante, na maioria das vezes, tais pessoas devem receber atenção especial do aparelho estatal, de modo a se tentar minimizar, ou extinguir, a situação precária em que se encontram essas populações.

O inciso, em sua redação, trata de dois mecanismos: a regularização fundiária, e a urbanização das áreas. A primeira consiste em se reconhecer as situações de fato vividas pelas pessoas que lá habitam. Muitos destes conglomerados são verdadeiras ilhas de miséria, e a única coisa que as famílias possuem, no sentido jurídico do termo, são suas residências. A política de regularização fundiária deve, então, transformar estas situações de fato em situações de direito, através da usucapião urbana, desde que atendidos os requisitos estabelecidos nos artigos 9º a 14, do Estatuto da Cidade.

---

<sup>40</sup> Art. 2º

XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais;

O outro mecanismo contido neste inciso é o da urbanização destas áreas. Na verdade, conforme ensina Carvalho Filho<sup>41</sup>, uma ação decorre da outra, isto é, se houver regularização fundiária, certamente haverá urbanização, e a instalação de equipamentos urbanísticos leva, quase que obrigatoriamente, à regularização fundiária. A urbanização consiste em infraestrutura, como saneamento, água, energia elétrica, adequação e pavimentação de ruas, entre outros.

### **2.3.5 Diretrizes jurídicas**

Não se pode negar que todas as diretrizes do Estatuto da Cidade, mesmo aquelas não jurídicas, têm algum conteúdo jurídico. Elas encontram-se no artigo 2º, inciso XV<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 55

<sup>42</sup> Art. 2º:

XV – simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais;

### 3 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA

Atualmente, o princípio norteador do Direito Urbanístico é a função social da propriedade, que, em hipótese alguma pode ser confundida com as limitações administrativas à propriedade. Neste sentido, assevera José Afonso da Silva<sup>43</sup>

“O princípio da função social da propriedade tem sido mal definido na doutrina brasileira, obscurecido, não raro, pela confusão que dele se faz com os sistemas de limitação da propriedade. Não se confundem, porém. Limitações dizem respeito ao exercício do direito, ao proprietário; enquanto a função social interfere com a estrutura do direito mesmo”.

A Constituição Federal, ao instituir o direito de propriedade atrelado à realização de sua função social, em seu artigo 5º, incisos XXII e XXIII, combinado com o artigo 170, incisos II e III, alterou drasticamente o conceito do direito de propriedade até então vigente. O direito de propriedade, após 1988, deixou de ocupar somente a esfera privada, e adentrou também no ramo público.

Adilson de Abreu Dallari<sup>44</sup> destaca que não foi apenas esta a mudança advinda da nova Carta Magna. Segundo ele, vale ressaltar que a Constituição Federal de 1988 buscou cindir a barreira até então existente entre o interesse estritamente público e aquele eminentemente particular, consagrando os direitos difusos e coletivos.

Para se alcançar a definição da propriedade, e do direito inerente a ela, tal como se concebe na atualidade, muitas foram as mutações sofridas pelo direito de propriedade, desde sua origem no Direito Romano, até a vinculação de uma função social ao exercício da propriedade.

---

<sup>43</sup> SILVA, José Afonso da, *Op. cit.*, p. 75

<sup>44</sup> DALLARI, Adilson de Abreu, DI SARNO, Daniela Campos Libório (coords). **Direito urbanístico e ambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 24

### 3.1 Evolução da propriedade

Nos primórdios do processo de povoamento, nas hordas primitivas<sup>45</sup>, a propriedade era considerada coletiva. O trabalho era organizado em uma espécie de cooperativa, onde toda a propriedade pertencia à coletividade, e todos os frutos e produtos dela eram compartilhados entre a população que lá habitava.

Segundo Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf<sup>46</sup>,

“Desde o início de sua existência, o homem vivia em grupos, denotando, desde então, uma essência gregária, mas ao mesmo tempo que se agregava em grupos não havia uma organização formal. A propriedade era coletiva, assim como era repartido o fruto da coleta.”

Com o surgimento das civilizações gregas e romanas, no período da Antiguidade Clássica, começaram a aflorar os primeiros traços de individualismo, no tocante ao direito de propriedade. A estruturação das cidades gregas da época era pautada pela propriedade, tendo proteção garantida pela religião.

Entre os romanos<sup>47</sup>, a propriedade primitiva surgiu entre as tribos e tinha características eminentemente coletivas. Os integrantes daquele conglomerado apenas tinham o direito de gozo da terra. Não havia, portanto, traços individuais, nem o direito de propriedade consubstanciado em um único indivíduo. Em um avanço da propriedade romana, evoluiu-se para o poder familiar, decorrente da figura do *pater familias*, responsável pelo cultivo da terra. Entretanto, tal modalidade de distribuição da propriedade não permitia a alienação da parcela de terra que fora conferida ao chefe da família.

O estágio seguinte da propriedade romana passou a apresentar traços de individualismo. A propriedade individualista, tal como se concebe atualmente, sofreu grande influência do conceito de propriedade desenvolvido na Roma Antiga. A propriedade romana adquiriu caráter absoluto e personalíssimo, decorrendo dela o *jus utendi, fruendi e abutendi*, ,

<sup>45</sup> MATTOS, Liana Portilho. **Limitações urbanísticas à propriedade.** in FERNANDES, Edésio, Direito urbanístico e política urbana no Brasil (org.), Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 58

<sup>46</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Limitações urbanas ao direito de propriedade.** São Paulo: Atlas, 2010, p. 9

<sup>47</sup> MATTOS, Liana Portilho, *Op. cit.*, p. 58

bem como um caráter absoluto, ilimitado, oponível a terceiros, exclusivo e perpétuo<sup>48</sup>, presentes até hoje nas propriedades, porém com algumas mitigações.

No período de Justiniano, ainda em Roma, perceberam-se as primeiras limitações à propriedade, de modo efetivo, por meio do direito de vizinhança, e de normas sanitárias em geral. Aos poucos o direito de vizinhança se consolidou como instituto jurídico<sup>49</sup>, e suas limitações foram positivadas pelos regramentos locais.

Com o recrudescimento das cidades, e o retorno da população ao campo, ligada pelo feudalismo que dominou a Idade Média, os traços da propriedade voltaram a seu caráter absoluto, agora centralizado na figura do senhor feudal, que era o detentor das terras e meios de produção, e a quem os demais deveriam se submeter. A lei vigente era aquela imposta pelo senhor feudal. Não havia propriedades individuais, e prevalecia o autoritarismo do senhor feudal.

Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf<sup>50</sup> afirma que, nesta época, o poder do feudalismo encontrou espaço para expansão devido ao enfraquecimento das monarquias e invasões bárbaras. Sem a figura do rei como centralizador do poder, núcleos locais de poder surgiram entorno dos senhores feudais, que exerciam a gerência, por meio do autoritarismo já citado, e também protegiam a população de ataques, dentro do seu feudo.

Com a evolução da sociedade, evadindo-se do campo, as propriedades passaram a se sujeitar, cada vez mais, às normas impostas, deixando um pouco de lado a evolução no sentido individualista, e retomando alguns traços coletivos. Estes traços coletivos foram percebidos com a propagação de ideias por meio do cristianismo. Têm-se como maiores expoentes da época São Tomás de Aquino e Santo Agostinho. Apesar de adotarem vieses diferentes em alguns pontos sobre a propriedade, de modo geral ambos afirmaram a carga coletiva inerente à propriedade.

Entretanto, São Tomás de Aquino<sup>51</sup> propugnava por uma propriedade individualista, porém que atendesse a interesses coletivos, que seriam estabelecidos pelas altas classes da

---

<sup>48</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, *Op. cit.*, p. 19

<sup>49</sup> Liana Portilho Mattos anota que a Lei das XII Tábuas já possuía algumas limitações ao direito de propriedade. *Op. cit.*, p. 59

<sup>50</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, *Op. cit.*, p. 22

<sup>51</sup> “Deus destinou as coisas ao bem-estar de todos os homens, embora não se devesse aceitar a exploração coletiva da propriedade, por ser mais adequada a iniciativa individual: o homem produz mediante um estímulo, que é o remuneratório, e se todos fossem chamados a contribuir em conjunto, para a obtenção de um resultado

sociedade, compostas pelo clero e pela nobreza. Percebe-se, neste ponto da evolução da propriedade, uma incipiente ideia de que a propriedade deve se voltar a uma função social.

A Revolução Francesa modificou os paradigmas relativos à propriedade. Em contraste ao período anterior, buscou inicialmente firmar um direito absoluto e inviolável à propriedade. Com o Código Civil francês de 1804, começou a ser relativizada, pois, apesar de manter seu caráter absoluto, passou a admitir restrições ao direito de propriedade, decorrente de leis e regulamentos administrativos, mostrando que a flexibilização, por conta da mitigação da propriedade pelo direito de vizinhança, incutia traços cada vez mais sociais a este instituto.

Sobre este período e a evolução do direito de propriedade, José Afonso da Silva<sup>52</sup> afirma que

“Demais, o caráter absoluto do direito de propriedade, na concepção da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (segundo o qual o qual o seu exercício não estaria limitado senão na medida em que ficasse assegurado aos demais indivíduos o exercício de seus direitos), foi sendo superado pela evolução, desde a aplicação da teoria do abuso de do direito, do sistema de limitações negativas e depois também de imposições positivas, deveres e ônus, (...)”

Com o desenvolvimento da doutrina socialista, o marxismo pregou que a propriedade, até então concentrada nas mãos de poucos, passasse a pertencer a todos, o que foi efetivamente pregado e instituído em alguns países que adotaram o socialismo como base. De modo geral, o pensamento socialista permitiu a alteração no modelo de propriedade, que passou a adquirir, cada vez mais, contornos sociais, mas sem perder a individualidade inerente à propriedade.

Ao surgir o Estado Democrático de Direito, houve uma adequação de princípios, pois, juntamente com este novo modelo de Estado, desenvolveram-se também diversos princípios, em especial da legalidade, igualdade, soberania popular, justiça social, entre outros, deixando de lado o aspecto absoluto, inclusive da propriedade.

---

impressoal e genérico, sem aferição individual, ninguém se esforçaria, havendo negligencia geral, uns esperando os outros, mas a sobra desse ganho pessoal, ou seja, o que ultrapasse as necessidades do proprietário deveria ser colocado para o benefício da comunidade” São Tomás de Aquino, Suma Teologica, in *Dizionario enciclopedico Del pensario di San Tommaso D'Aquino*, verbete Proprietà, Possesso. *apud* MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, *Op. cit.* p. 25

<sup>52</sup> SILVA, José Afonso da, *Op. cit.* p.72



### 3.2 A propriedade no direito brasileiro

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 foi marcante, pois inseriu diversas alterações ao conceito de propriedade, em especial para adequá-la ao Estado Democrático que se instalou com a sua promulgação. A função social da propriedade se mostra como a maior referência na ordenação do direito de propriedade, na medida em que reconhece a propriedade individual, porém condicionada à realização de uma função contida na legislação urbanística<sup>53</sup>.

Antes disso, a propriedade tinha sua concepção fundada nos preceitos constitucionais, que aos poucos foram instituindo a função social da propriedade, como será oportunamente analisado, e a definição de propriedade contida no Código Civil de 1916.

Na época de elaboração do referido diploma legal, o contexto histórico e habitacional do Brasil era absolutamente distinto. Segundo Liana Portilho Mattos<sup>54</sup>, a concepção de cidade se resumia a um aglomerado de terrenos de propriedade privada, estando o direito civil responsável apenas pela regulação das relações entre particulares. No Código Civil de 1916, a propriedade veio regulada nos artigos 524<sup>55</sup> e seguintes, sem se fazer referência à consecução de um interesse público pela propriedade, o que só veio consolidado na Constituição Federal de 1988<sup>56</sup>, e pelo Código Civil de 2002, que seguiu os ditames constitucionais, especialmente no tocante à propriedade.

A tendência que se percebe, após a promulgação da Carta Magna, é o deslocamento do direito de propriedade da estanque área do direito privado, para a seara do direito público, pois o instituto passou a se condicionar às restrições impostas pela norma urbanística, publicizando o direito de propriedade<sup>57</sup>.

O detentor da propriedade urbana na atualidade não pode agir desconsiderando os direitos da coletividade quanto a desfrutar as funções sociais inerentes à cidade. Estas devem

<sup>53</sup> MATTOS, Liana Portilho, *Op. cit.*, p. 61

<sup>54</sup> *Idem*, p. 65

<sup>55</sup> Art. 524. A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reaver-los do poder de quem quer que injustamente os possua.

Parágrafo único. A propriedade literária, científica e artística será regulada conforme as disposições do capítulo VI deste título.

Art. 525. É plena a propriedade, quando todos os seus direitos elementares se acham reunidos no do proprietário; limitada, quando tem ônus real, ou é resoluvel.

<sup>56</sup> cf. artigos 5º, XXIII; 156, § 1º; 170, III e 182

<sup>57</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, *Op. cit.*, p. 37

ser de livre acesso a todos, que devem ter direito à moradia digna, trabalho, transportes de qualidade, e atividades de lazer. A concepção atual da propriedade não dá espaço ao individualismo

Por força do artigo 3º, da CF, a cidade, ao realizar a sua função social, deve combater a exclusão e fomentar medidas que busquem erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais. Tais objetivos são, pela Carta Magna, essenciais e fundamentais à nação.

Retomando o conceito de propriedade inserido na Constituição Federal, tem-se que a realização da propriedade está intimamente relacionada à consecução de sua função social, e isso se mostra mais sensível no tocante à propriedade urbana, em razão do que vem disposto no artigo 182<sup>58</sup>, da Constituição Federal. Apesar de ter surgido com maior vigor na constituição vigente, a importância da função social da propriedade já vinha disposta, de modo esparsa, nas constituições anteriores. Todavia, os parâmetros adotados pela Constituição Federal de 1988 alteraram drasticamente o perfil da propriedade urbana<sup>59</sup>.

A nova configuração trazida à propriedade, imiscuída à realização de sua função social, obrigando o proprietário a agir visando o bem da coletividade, trouxe à disciplina da propriedade a possibilidade de adoção de instrumentos típicos do Direito Urbanístico, de modo a adequar a utilização da propriedade à função social que ela busca desenvolver.

---

<sup>58</sup> Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

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

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

§ 3º - As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

<sup>59</sup> SAULE JUNIOR, Nelson. **Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro: ordenamento constitucional da política urbana: aplicação e eficácia do plano diretor**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 58 “Outro elemento condicionante da ruptura do modelo tradicional da propriedade privada é o condicionamento da propriedade urbana à política urbana, que será executada pelo Poder Público Municipal, tendo por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes” *apud* FERNANDES, Edésio, *Op. cit.*, p. 64

### 3.3 A função social da propriedade

#### 3.3.1 Evolução

O conceito de função social da propriedade não é novo. Ao revés, vem sendo discutido desde Duguit, no início do século XX. Para ele<sup>60</sup>, o estudo da propriedade deveria conduzir à superação do conceito trazido pela Revolução Francesa, na Declaração de Direitos de 1789 e pelo Código Napoleônico de 1804.

A nova ideia de propriedade deveria se basear na substituição do direito subjetivo à propriedade pela realização de uma função social. Para ele, o direito subjetivo, entendido como aquele poder equivalente a um anseio de imposição de vontades, quando se busca algo não proibido pela lei<sup>61</sup>, anda na contramão do que almeja a função social, pois aquele possui um caráter individual e antissocial.

A busca de Duguit pela concepção social da propriedade contrapunha todo o individualismo até então pregado. A função social, ao criar, de certa maneira, uma interdependência entre as pessoas, fazendo-as agir de modo coletivo, elevava o homem à condição de ser social, na medida em que suas atitudes eram responsáveis pela manutenção da sociedade.

Neste entendimento, Duguit passa a entender a propriedade não como um direito, mas como uma função a ser desenvolvida por aquele que a detém. Ele afirma que

“A propriedade é para todo possuidor de uma riqueza o dever, a obrigação de ordem objetiva, de empregar a riqueza que possui em manter e aumentar a interdependência social.”<sup>62</sup>

---

<sup>60</sup> Leon Duguit *Las transformaciones generales Del derecho privado desde el Código de Napoleon*, 2 ed., Trad. de Carlos Posada. Madrid, Francisco Beltran, 1920. *Apud* PINTO, Victor Carvalho. **Direito Urbanístico**, 2. Ed, RT: São Paulo, 2010, p. 155

<sup>61</sup> Duguit, *idem*, p. 26, *apud* PINTO, Victor Carvalho, *idem*

<sup>62</sup> Duguit, *idem*, p. 169 e 178, *apud* PINTO, Victor Carvalho, p. 157

Ao tratar a propriedade como uma função, e não mais como direito, Victor Carvalho Pinto afirma que há três consequências de tal posicionamento<sup>63</sup>, baseando-se nos ensinamentos de Duguit.

A primeira delas diz respeito ao reconhecimento da importância da propriedade privada, pois o proprietário que almeja ampliar sua riqueza deve utilizar a propriedade de modo produtivo, o que contribui com o desenvolvimento econômico. Diferentemente do anteriormente posto, a propriedade privada é defendida não pelo seu viés individualista, mas pelo interesse público existente por trás do uso desta propriedade.

É salutar transcrever uma passagem dos ensinamentos de Duguit, escritos em 1920 e que encontram esteio no atual entendimento sobre a propriedade privada e sua função social.

“Eu não digo, nem disse jamais, nem jamais escrevi, que a situação econômica que representa a propriedade individual desaparece ou deva desaparecer. Digo somente que a noção jurídica, sobre a qual descansa a sua proteção social, se modifica. Apesar disso, a propriedade individual persiste protegida contra todos os atentados, inclusive contra os que procedam do Poder Público. E mais, diria que está mais fortemente protegida que com a concepção tradicional.”<sup>64</sup>

Outra consequência decorrente da adoção da propriedade como função é que o uso dela deve se fazer de acordo com o interesse coletivo, jamais contrário a ele. O Estado tem, inclusive, a faculdade de tornar compulsória a utilização do bem, não se confundindo esta com as restrições oriundas do poder de polícia ou com as punições decorrentes de abuso de direito ou mau uso da propriedade.

Por fim, a terceira consequência da assunção da propriedade como uma função é a finalidade que passa a ser inerente a ela. Deste modo, o proprietário age, ao usar a propriedade, em nome próprio, atendendo em alguma medida seus anseios, mas sempre vislumbrando o interesse de terceiros, que aqui são reconhecidos como a coletividade.

Alguns pensadores<sup>65</sup>, entretanto, não entendem que a propriedade deve ser entendida como uma função, enquanto outros<sup>66</sup> admitem a existência de um caráter social da propriedade, coexistindo com o direito subjetivo inerente a ela.

---

<sup>63</sup> PINTO, Victor Carvalho, *Op. cit.*, p. 157

<sup>64</sup> Duguit, *idem*, p. 180, *apud* PINTO, Victor Carvalho, *idem*, p. 157

<sup>65</sup> Conforme afirma Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf, in limitações urbanas ao direito de propriedade, p. 57, “O pensamento de Duguit, no entanto, foi palco de muitas divergências, sendo criticado por diversos juristas, entre eles: Dabin, Savatier, Barati, Messineo. Descreve Pugliatti que ‘a propriedade não é uma

Entendemos que o posicionamento quanto à harmonização entre a função social da propriedade e o direito subjetivo de propriedade seja o melhor a elucidar esta relação entre os interesses privados e públicos a que se destina a propriedade. Não há sentido, aos olhos do proprietário, possuir uma propriedade que deva atender apenas aos anseios coletivos. Por este modo, ter-se-ia invertido a situação anterior, pois o individualismo extremo era condenado, do mesmo modo que a total coletivização da propriedade, no contexto atual, não parece ser a melhor alternativa à realização de uma função social da propriedade.

O interesse coletivo deve ingerir na propriedade para estabelecer os limites de atuação da vontade privada do proprietário, confirmando o caráter social inerente àquela propriedade<sup>67</sup>. Neste sentido, afirma Kiyoshi Harada que a função social da propriedade é uma restrição ao absoluto individualismo que permeava a propriedade, e que passou a sofrer limitações ao longo do tempo, no tocante a seus caracteres de absolutismo, exclusividade e perpetuidade<sup>68</sup>.

### 3.3.2 Conceito

Sobre o conceito da função social da propriedade, tem-se que, após as influências trazidas por Duguit no início do século XX, os traços desta função foram se delineando após a Primeira Guerra Mundial, ao ser inserida nas constituições que afluíam, norteadas por novos ideais e princípios. Um exemplo é a Constituição de Weimar<sup>69</sup>.

É cediço na doutrina que a posição adotada pela função social da propriedade é a de harmonização entre os interesses individuais e coletivos. Kiyoshi Harada afirma que ela foi inserida como princípio constitucional, colocada inclusive no capítulo que trata da ordem econômica, garantindo, assim, a valorização do trabalho livre e da livre iniciativa, para possibilitar a existência digna, seja relacionada à propriedade rural ou urbana<sup>70</sup>.

---

função no sentido técnico do termo. Função e direito subjetivo são entidades que divergem e não podem se conciliar’.”

<sup>66</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, *Op. cit.*, Laveley, Fichte e Cárdenas

<sup>67</sup> *Idem*, p. 58

<sup>68</sup> HARADA, Kiyoshi. **Desapropriação: doutrina e prática**. 3 ed, São Paulo: Atlas, 1999, p. 23, 24

<sup>69</sup> Art. 153, Constituição de Weimar: A propriedade obriga e seu uso e exercício devem ao mesmo tempo representar uma função no interesse social

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 27

A função social da propriedade é, em alguma medida, a convergência de toda a evolução do conceito de propriedade, e só é atendida quando concatena aos seus interesses uma função social.<sup>71</sup> Ela permitiu uma nova concepção sobre a propriedade capitalista<sup>72</sup>, o que não significa dizer que obteve traços da doutrina socialista, porém condicionou seu exercício à realização de uma função com reflexos diretos na coletividade.

Segundo Gilmar Mendes<sup>73</sup>, a função social da propriedade é um princípio jurídico, e não uma regra de direito. Isto implica afirmar que a sua implementação se dá através de complementações e restrições recíprocas, não por meio da exclusão de outras normas; mostra-se essencial a realização da função social da propriedade atrelada às normas. Tais normas, pode-se dizer, são aquelas de origem urbanística, como as limitações ao exercício do direito de propriedade, em prol do interesse coletivo.

No Brasil, por sua vez, este conceito foi aos poucos sendo inserido nas Constituições. A primeira constituição, outorgada em 1824, trazia o exercício do direito de propriedade de modo absoluto<sup>74</sup>, trazendo apenas uma breve ressalva quanto à desapropriação.

A função social da propriedade ganhou status constitucional em 1934 e, com exceção da Constituição de 1937, tem-se apresentado em todas as Cartas Magnas do país desde então<sup>75</sup>. Entretanto, o modo como foi inicialmente abordada em pouco se assemelha com o que se encontra positivado atualmente. Antes da positivação em 1934, o ordenamento nacional tinha algumas legislações esparsas, quanto à limitação urbana, em regramentos administrativos, que continham, de certo modo, princípios de função social.

Foi na Carta Constitucional de 1969 que a função social da propriedade ganhou status de princípio constitucional, e Dallari<sup>76</sup>, ao comentá-la, afirma que o sistema jurídico positivava a função social da propriedade, de modo a amparar o direito de propriedade, quando aquele princípio era cumprido, criando diversas possibilidades ao Poder Público para regulamentar o uso e ocupação do solo.

---

<sup>71</sup> MATTOS, Liana Portilho, *Op. cit.*, p. 63

<sup>72</sup> SILVA, José Afonso da, *Op. cit.*, p. 65

<sup>73</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. Ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1407

<sup>74</sup> MATTOS, Liana Portilho, *Op. cit.*, p. 64, fala “em toda a sua plenitude”

<sup>75</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Op. cit.*, p. 1407

<sup>76</sup> DALLARI, Adilson de Abreu. **Desapropriação para fins urbanísticos**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 37

O instituto alcançou seu ápice com a inserção do artigo 182, na Constituição Federal de 1988. Tal momento mostra-se um marco da positivação da função social da propriedade, pois, não só consagrou tal princípio no ordenamento pátrio, como delimitou padrões para que fosse analisada a sua realização<sup>77</sup>. Tais padrões constituem os instrumentos urbanísticos presentes no plano diretor, como já determina o § 1º, daquele artigo.

Não se pode esquecer, porém, que, mesmo tendo elevado a função social da propriedade a princípio, a Constituição Federal não descuidou do direito privado à propriedade. Entretanto, condicionou o uso desta ao cumprimento daquele princípio, como afirma Marina Mariani de Macedo Rabahie<sup>78</sup>:

“Temos que a função social é elemento qualificador do direito de propriedade que, se de um lado abriga o direito subjetivo de seu titular, de outro lado comporta a existência de uma função que deve ser desempenhada quando do exercício dos poderes inerentes ao domínio”

Como já dito, é o plano diretor o instrumento hábil à medição da consecução ou não da função social da propriedade. Isto porque, seguindo os preceitos do artigo 182, § 2º, cabe a ele ordenar os instrumentos urbanísticos para se alcançar a função social da propriedade.

Carlos Ari Sundfeld<sup>79</sup> conceitua, sabiamente, citando Santi Romano, que a função é um poder que se exerce por um interesse objetivo, ou mesmo um interesse de outrem (neste caso, a coletividade), e não pelo interesse unicamente próprio. É um dever jurídico, voltado ao interesse coletivo.

E afirma:

“Como se vê, ao acolher o princípio da função social da propriedade, o Constituinte pretendeu imprimir-lhe uma certa significação pública, vale dizer, pretendeu trazer ao Direito Privado algo até então tido por exclusivo do Direito Público: o condicionamento do poder a uma finalidade. Não se trata de extinguir a propriedade privada, mas vinculá-la a interesse outros que não os exclusivos do proprietário. Assim como a imposição de deveres inderrogáveis ao empregador, no interesse do empregado, não faz dele um ente público, também a função social não desnatura o proprietário nem a propriedade: apenas lhe impõe cerceamentos diferenciados.”

Com a edição da Lei 10.257/01, conhecida como Estatuto da Cidade, foram criadas as diretrizes gerais, de acordo com o texto constitucional, para que se alcance a função social da

<sup>77</sup> MATTOS, Liana Portilho, *Op. cit.*, p. 65

<sup>78</sup> RABAHIE, Marina Mariani de Macedo, in DALLARI, Adilson de Abreu, FIGUEIREDO, Lucia Valle (coords.) *Temas de Direito Urbanístico* 2, São Paulo: RT, 1991

<sup>79</sup> SUNDFELD, Carlos Ari, **Função social da propriedade**, in DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lucia Valle (coords). *Temas de direito urbanístico* 1. São Paulo: RT, 1991, p. 5

propriedade urbana. Por isso, considera-se, na esteira do que descreve a doutrina sobre o tema, que o Estatuto da Cidade, ao estabelecer as diretrizes gerais exigidas pelo artigo 182, da Constituição Federal, trouxe eficácia à função social da propriedade. Embora o plano diretor já estivesse constitucionalmente previsto, a ausência de uma norma regulamentadora impedia a atuação dos Municípios quanto ao desenvolvimento da política urbana local.

A partir do Estatuto da Cidade, foi possível estabelecer obrigações ao proprietário urbano, de modo a coibir a especulação imobiliária, e ordenar, por meio de captação de recursos financeiros, a ocupação do solo, inclusive minorando as consequências de um desenvolvimento urbano desordenado.

Quanto à efetivação da função social da propriedade, Júnia Verna Ferreira de Souza<sup>80</sup> afirma que:

“a concretização da teoria da função social da propriedade importa em se exigir do titular não apenas determinados comportamentos negativos (poder de polícia), mas, igualmente, comportamentos positivos.

O uso da propriedade há de estar entrosado com a utilidade coletiva, de tal modo que não implique uma barreira capaz de impedir a realização dos objetivos públicos. Nesse sentido, direito subjetivo e função não se contrapõem, antes, harmonizam-se”

### 3.4 A função social da cidade

Para que se atinja a função social da cidade, é necessário que seus elementos urbanos estejam em um equilíbrio dinâmico, o que somente se atinge quando estes elementos, integrantes do sistema urbano, encontram-se concatenados para conseguir as maiores vantagens aos cidadãos.<sup>81</sup>

É fundamental que a política de desenvolvimento urbano, que engloba planejamento e gestão do ambiental natural e urbano, fomenta a realização das funções sociais da cidade, através de implantação de instrumentos urbanísticos, por meio do plano diretor, e de equipamentos urbanos, capazes de realizar o bem-estar da coletividade. Segundo

<sup>80</sup> Solo criado: um caminho para minorar os problemas urbanos. In temas de direito urbanístico 2 são Paulo: RT, 1991, p. 149

<sup>81</sup> MARRARA, Thiago, **Bens públicos: domínio urbano: infra-estrutura**. Belo Horizonte: Fórum, 2007 p. 182



Marrara<sup>82</sup>, a realização da função social nada mais é do que promover a dignidade humana, condicionando-a ao bem-estar dos cidadãos que dela usufruem.

Neste sentido, afirma que:

“a ideia de função social, incluindo a função ou funções sociais da cidade, revela uma expansão do princípio clássico do interesse público primário (da sociedade e não do Estado) para o âmbito de todos os ramos do direito, criando base para a edição de limitações jurídicas (negativas e positivas) às possibilidades de uso dos mais variados tipos de sociedade.”<sup>83</sup>

Percebe-se, então, que a função social da cidade, de modo geral, impõe a adoção de atitudes positivas (obrigações de fazer e de dar) e negativas (obrigações de não fazer) e só se mostra constitucional quando impõe condutas fundamentais à supremacia do interesse público. Sendo assim, a função social, no âmbito da cidade, assume caráter determinante, ao limitar a atuação do Poder Público, que também fica condicionada ao atendimento de uma função social, e também apresenta reflexos importantes na propriedade privada, através das limitações ao direito de propriedade, em benefício da coletividade.

### 3.5 A função social da propriedade urbana

A função social da propriedade urbana vem complementar a função social da cidade<sup>84</sup>, e se encontra positivada na Constituição Federal, no artigo 182, § 2º. Para a sua realização, é fundamental a edição de normas disciplinadoras do conteúdo da política de desenvolvimento urbano. A criação de normas gerais, de diretrizes gerais, aplicáveis a todos os entes de federação, ficou a cargo da União, que as instituiu, através da Lei 10.257/01, conhecida como Estatuto da Cidade.

Segundo José Afonso da Silva, o legislador constituinte, ao trazer, especificamente no artigo 182, § 2º, da Constituição Federal, a propriedade urbana, condicionou a função social à ordenação da cidade.<sup>85</sup> Através da função social da propriedade, a legislação urbanística precede o direito de propriedade, e especifica as condições de seu reconhecimento

---

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 183

<sup>83</sup> *Idem*, p. 184

<sup>84</sup> *Idem*, p. 184

<sup>85</sup> SILVA, José Afonso da, *Op. cit.*, p. 78

Aliado ao Estatuto da Cidade, para a realização da função social da propriedade urbana, é fundamental, por parte dos municípios, a criação de um plano diretor, também previsto constitucionalmente como um dos instrumentos capazes de executar as políticas de desenvolvimento urbano, onde serão instituídas as normas regulamentadoras do uso e ocupação do solo urbano.

Segundo José Afonso da Silva<sup>86</sup>

“com as normas dos arts. 182 e 183 a CF fundamenta a doutrina segundo a qual a propriedade urbana é formada e condicionada pelo direito urbanístico a fim de cumprir sua função social específica: realizar as chamadas funções urbanísticas de propiciar *habitação* (moradia), condições adequadas de *trabalho, recreação e circulação* humana; realizar, em suma, as funções sociais da cidade (CF, art. 182)”

As normas contidas no plano diretor devem condicionar a utilização do espaço urbano, e cabe ao Município, pela competência constitucional conferida a ele, instituir, no plano diretor, os instrumentos urbanísticos contidos no Estatuto da Cidade que mais se adequem às peculiaridades locais, e que se mostrem efetivos à realização da função social da propriedade urbana.

Adriana Maluf<sup>87</sup> entende a função social da propriedade urbana como o conjunto de limitações ou restrições legais que regulamentam o uso e ocupação da propriedade, buscando evitar ou impedir o mau uso, decorrente do individualismo da propriedade, sem se modificar sua essência, com vistas ao bem-estar da sociedade, e possibilitando vida digna aos moradores da cidade.

José Afonso da Silva<sup>88</sup> afirma que é em relação à propriedade urbana que a função social, entendida como preceito jurídico constitucional eficaz, tendo seu maior alcance ao regime de atribuição do direito e o regime de seu exercício. O primeiro prega o cumprimento de um objetivo de legitimação, enquanto determinador de uma causa que justifique a qualidade de proprietário. O regime do exercício realiza a harmonização dos interesses sociais e privados, ordenando o conteúdo jurídico inerente a ele.

Liana Portilho Mattos afirma que o princípio da função social da propriedade urbana representa a convergência entre todos os conceitos de propriedade, e suas evoluções, no sentido de torná-la, cada vez mais, adequada aos interesses coletivos. De um lado, as limitações urbanísticas interferem no exercício do direito de propriedade, do outro, a função

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 77

<sup>87</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, *Op. cit.*, p. 61

<sup>88</sup> SILVA, José Afonso da, *Op. cit.*, p. 77, *apud* Pedro Escribano Collado, **La propiedad urbana**, p. 137

social da propriedade condiciona a estrutura do direito de propriedade e não apenas do seu exercício.<sup>89</sup> Afirma, ainda, que função social da propriedade urbana não é um princípio que norteia apenas o direito urbanístico no Brasil, mas em diversos países do mundo, como estruturante do ordenamento, especialmente no tocante à matéria fundiária.

Para Eros Roberto Grau<sup>90</sup>

“(...) a utilização da propriedade urbana está vinculada a um *destino urbanístico* 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.”

Entende-se, então, que a realização da função social da propriedade urbana, consistente no oferecimento, pelo conjunto de ações ordenadas do Poder Público e de limitações à propriedade urbana, de estrutura para a realização das funções sociais inerentes à cidade e, em certa medida, à propriedade urbana. São elas: circulação, habitação, trabalho e lazer. Em suma, a função social da propriedade urbana se realiza quando são atendidas as funções urbanísticas contidas no Estatuto da Cidade e no plano diretor.

Adriana Maluf<sup>91</sup> afirma que

“Deve assim a propriedade urbana ser exercitada em observância das circunstâncias sócio-econômico-urbanístico-sanitário-ambientais que lhe impõem normas limitadoras, visando à conciliação de interesses de ordem privada, social e pública, abandonando de vez o caráter absoluto que deu lugar a abusos prejudiciais aos recursos naturais e culturais, ocasionando seu esgotamento e destruição, provocando assim graves problemas ao equilíbrio ecológico e social do planeta”

No âmbito da circulação, a função social da propriedade urbana se mostra concreta quando a ordenação do uso e ocupação do espaço urbano se volta para a criação de boas condições de transporte público e infraestrutura viária, especialmente. Permite-se, assim, que todos, independentemente de classe social, possam circular livremente, dispondo de equipamentos urbanos de qualidade e eficientes para tanto.

No aspecto da habitação, que se mostra, provavelmente, a mais importante das funções sociais a ser realizada pelo regramento do uso e ocupação do solo urbano. Através da implantação de instrumentos urbanísticos viáveis e eficientes às peculiaridades locais, é possível fornecer moradia digna inclusive às populações mais carentes, através de programas sociais, e busca de adensamento populacional em determinadas áreas da zona urbana. No

<sup>89</sup> MATTOS, Liana Portilho, *op. cit.*, p. 63

<sup>90</sup> GRAU, Eros Roberto. **Direito Urbano**. São Paulo: RT, 1983, p. 71

<sup>91</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, *Op. cit.*, p. 61

campo da habitação, ainda pode se mencionar como relevante à efetivação da função social da propriedade urbana a criação de estrutura em equipamentos urbanos, como saneamento básico, energia elétrica, iluminação pública, rede de telefone, internet, entre outros serviços essenciais à dignidade humana.

No âmbito do trabalho, talvez a função social da propriedade urbana não se mostre tão claramente presente, mas, na medida em que condiciona a ocupação do solo, permite a setorização de áreas de trabalho e a realização das demais funções sociais permite boas condições de acesso ao trabalho.

Por fim, quanto ao lazer, ou recreação, a função social da propriedade urbana, aliada ao plano diretor, possibilita a discriminação de áreas específicas para a criação de espaços coletivos de lazer, como centros comunitários de recreação.

### **3.6 O Estatuto da Cidade**

O Estatuto da Cidade, regulamentado pela Lei 10.257/01, é considerado um marco para o desenvolvimento do Direito Urbanístico, pois possibilitou a sistematização normativa deste ramo do Direito. Representou, ainda, a confirmação da independência do Direito Urbanístico como ramo autônomo do Direito, e não mais um caminho do Direito Administrativo, valendo-se do poder de polícia para interferir na propriedade urbana.

Este regulamento trouxe princípios e regras específicas do Direito Urbanístico. No Brasil, por ser adotado um regime federalista, cada pessoa jurídica tem competência legislativa no tange à matéria administrativa, incluindo a organização dos espaços habitáveis. O legislador constituinte quis, portanto, conferir aos Municípios posição de destaque em matéria urbanística, o que se justifica pelo fato de que as ações de cunho urbanístico refletem, preponderantemente no ambiente local e seus habitantes.

Estatuto da Cidade, ao dispor sobre normas gerais de Direito Urbanístico, corporificou a competência da União, estabelecida no artigo 24, inciso I<sup>92</sup>, da Constituição

---

<sup>92</sup> Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:  
I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;  
(...)

Federal. Adilson de Abreu Dallari<sup>93</sup> afirma que, por esta razão, não se pode chamar o Estatuto da Cidade de lei federal, uma vez que não é lei aplicável somente ao aparelho administrativo da União. Trata-se, na verdade, de lei nacional, à medida em que preceitua normas gerais, a serem seguidas pelos demais entes federativos. Disto decorre que não se vislumbra a possibilidade de Município agir em dissonância do que vem estabelecido no Estatuto da Cidade.

A municipalidade, nesta, deve ordenar seus instrumentos urbanísticos de acordo com as diretrizes contidas no artigo 2º, da Lei 10.257/01:

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

(...)

IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente;

V – oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais;

(...)

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

Sendo assim, para se atender a função social da propriedade e também da cidade, é necessário o estabelecimento de instrumentos distintos das simples limitações administrativas já existentes. Tais instrumentos estão previstos no Estatuto da Cidade, dos quais destacamos, neste estudo, a outorga onerosa do direito de construir, que será estudada a seguir. Isto não significa dizer, entretanto, que as limitações administrativas ao direito de propriedade devem ser preteridas em detrimento dos novos instrumentos urbanísticos, mas sim que devem ser estabelecidas via lei municipal, para realização da função social da propriedade urbana.

### **3.7 As limitações administrativas à propriedade**

---

<sup>93</sup> DALLARI, Adilson de Abreu, *Op. cit.*, p. 33

A possibilidade de o município, por meio de lei municipal, estabelecer limitações administrativas à propriedade é entendimento firmado no direito brasileiro, bem como a possibilidade de leis posteriores alterarem tais disposições, aumentando ou diminuindo o uso e ocupação do solo. Não há que se falar em indenização do Poder Público ao particular, pois as limitações administrativas buscam apenas delinear o direito de propriedade.

“Cumpra frisar que a noção de propriedade só assume contornos jurídicos, isto é, só se categoriza como direito de propriedade, com o delineamento dos poderes atinentes ao proprietário e correlatas limitações. É dizer: o direito de propriedade é o resultado do regime constitucional e legal da propriedade.

Nisto nada há de peculiar, posto que a noção de ‘direito’ postula a idéia de limitações de contenções. O direito de propriedade, então, é a expressão jurídica da propriedade, o que equivale a dizer que é a propriedade tal como configurada em dado sistema normativo. Daí a procedente observação de Alessi, segundo quem, em rigor lógico, não existem limitações ao ‘direito de propriedade’. Estas simplesmente compõem o perfil, o desenho normativo dele (...)

Uma vez que o zoneamento corresponde a limitações administrativas e sendo elas o próprio delineamento do direito de propriedade resulta que, ao expedi-las ou modificá-las, o Estado não ofende a esfera jurídica de ninguém, mas apenas a configura, tal como aceita em dado sistema normativo”<sup>94</sup>

“por isso, frequentemente as limitações administrativas estabelecidas no zoneamento acarretam alterações patrimoniais detrimntosas para os proprietários, mas, por serem verdadeiramente limitações e deixarem incólumes o direito, não ensejam indenização, nem são juridicamente objetáveis.” Celso Antonio bandeira de Mello, op cit, p. 39-40

Limitação administrativa, nas palavras de Hely Lopes Meirelles<sup>95</sup>, são imposições gerais, gratuitas, unilaterais e de ordem pública, que condicionam o exercício de direitos ou atividades particulares em detrimento do bem estar social.

---

<sup>94</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Natureza jurídica do zoneamento; efeitos**. RDP, São Paulo, v. 15, n. 61, p. 37, 1982

<sup>95</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de construir**, 9. Ed, atual. por Eurico Andrade de Azevedo, Adilson de Abreu Dallari e Daniela Campos Liborio di Sarno, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 89

Por óbvio, estes traços gerais das limitações administrativas também se aplicam àquelas relacionadas à propriedade e ao uso e ocupação do solo, não ultrajando, em qualquer hipótese, o direito de propriedade. Para tanto, Meirelles<sup>96</sup> assevera:

“os superiores interesse da comunidade justificam as limitações urbanísticas de toda ordem, notadamente as imposições sobre área edificável, altura e estilo dos edifícios, volume e estrutura das construções; em nome do interesse público, a Administração exige alinhamento, nivelamento, afastamento, áreas livres e espaços verdes; (...) ordena, enfim, a cidade e todas as atividades das quais dependem o bem-estar da comunidade”

Uma das limitações ao direito de propriedade, trazida pelo Estatuto da Cidade, é outorga onerosa do direito de construir, tema abordado pelo presente estudo, em capítulo específico.

---

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 110

#### 4 OUTORGA ONEROSA DO DIREITO DE CONSTRUIR

O Direito Urbanístico é o campo do direito voltado a disciplinar o uso e a ocupação do solo urbano, e que se desenvolveu principalmente após o aumento populacional e o avanço tecnológico. Nas palavras de José Afonso da Silva<sup>97</sup>,

“A tecnologia das construções proporcionou o surgimento de edificações com *pisos artificiais* sobrepostos ou subpostos, como unidades autônomas, a partir do *solo natural*, configurado pela superfície do lote. Isso importou possibilitar a multiplicação do solo edificável em tantos novos solos quantos desses pisos artificiais seja admitido construir pela legislação edilícia ou de zoneamento. Com isso, em verdade, se está criando solos edificáveis artificiais, suportados pelo solo natural dos lotes.”

Nesse contexto de ordenação e regulamentação da ocupação do solo, os conceitos de solo criado e outorga onerosa do direito de construir surgiram expressamente no Estatuto da Cidade. Entretanto, sua essência, a limitação do direito de propriedade quanto à construção, já estava inserida no ordenamento pátrio, através do Código Civil, na delimitação sobre o direito de vizinhança – artigo 1.299<sup>98</sup> – e em regulamentos administrativos. Até o advento da Lei 10.257/01, a submissão do direito de propriedade ao direito de construir era regulamentada por normas infralegais.

Segundo Hely Lopes Meirelles, solo criado é:

“toda área edificável além do coeficiente único de aproveitamento do lote, legalmente fixado para o local. O solo criado será sempre um acréscimo ao direito de construir além do coeficiente básico de aproveitamento estabelecido pela lei: acima desse coeficiente, até o limite que as normas edilícias admitirem, o proprietário não terá o direito originário de construir, mas poderá adquiri-lo do Município, nas condições gerais que a lei local dispuser para a respectiva zona”<sup>99</sup>

O surgimento destes institutos, envolvendo condições e restrições ao direito de propriedade, implica a superação da ideia de propriedade até então vigente.

---

<sup>97</sup> SILVA, José Afonso da, *Op. cit.*, p. 259

<sup>98</sup> Art. 1.299. O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos.

<sup>99</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Estudos e Pareceres de Direito Público**, v. IX, São Paulo, Ed RT, 1986, p. 333



## 4.1 O direito de propriedade

### 4.1.1 Histórico

O direito de propriedade surgiu em Roma como absoluto, sendo concedida ao particular que o detinha a faculdade de livremente usar, gozar fruir e dispor, conforme assevera José Cretela Junior<sup>100</sup>:

“O proprietário, no direito romano, coloca-se em posição especial diante da coisa, da “res”. Exerce sobre elas todos os direitos – ‘jura’ – possíveis. Pode usá-la, fruí-la e, em qualquer sentido, destruí-la. O jus utendi, fruendi e abutendi – os três jura – caracterizam, pois, o mais absoluto dos direitos.

Só o proprietário dispõe desse poder integral, individual, intransferível sobre a coisa que lhe pertence. É nesse sentido que se fala no traço individualista do direito de propriedade romano, pelo menos em seus primeiros tempos.”

No entanto, mesmo tratado como absoluto e com traços individualistas, o direito de propriedade, já em Roma, encontrava restrições ao seu exercício, especialmente quando confrontado ao direito de vizinhança. No início, a restrição ao direito de propriedade era relacionada somente aos particulares cujas propriedades eram vizinhas.

Após a queda do Império Romano, e o início do feudalismo, acentuou-se ainda mais o viés individualista da propriedade, concentrando-se no senhor feudal o domínio absoluto sobre as terras. Tal concepção acerca da propriedade foi dissipada com a ascensão da burguesia e o surgimento do Estado Absoluto, onde se verificou situação inversa àquela vivenciada na Idade Média: agora a individualidade da propriedade era subordinada aos ditames do soberano, que impunha restrições e limites ao bel-prazer do monarca.

Os ideais iluministas, o progresso e o desenvolvimento das cidades permitiram uma nova concepção sobre a propriedade, assegurada como direito inerente ao homem, sem intervenção estatal, com propósitos típicos do Estado Liberal. Neste período, houve pouca ou nenhuma limitação do direito de propriedade pelo Poder Público.

---

<sup>100</sup> CRETELA JUNIOR, José. **Curso de Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 218

Devido ao progresso, a situação das cidades, crescendo em demasia, sem qualquer ingerência do aparelho estatal, aproximou-se do caos em termos urbanísticos. Se, por um lado a transformação vivenciada pelo mundo nesta época valorizou o homem e o consolidou como ser livre, trouxe consequências severas, especialmente quanto à justiça social e a ocupação do espaço urbano.

Dalmo de Abreu Dallari<sup>101</sup> elucida sabiamente esta passagem histórica:

“Em primeiro lugar, a valorização do indivíduo chegou ao ultra-individualismo, que ignorou a natureza associativa do homem e deu margem a um comportamento egoísta, altamente vantajoso para os mais hábeis, mais audaciosos ou menos escrupulosos. Ao lado disso, a concepção individualista da liberdade, impedindo o Estado de proteger os menos afortunados, foi a causa de uma crescente injustiça social”

Neste mote de indignação pela extrema liberdade e individualismo do homem, desenvolveu-se o Estado Social, apoiado em ideias como aquelas contidas nas Constituições de Weimar e do México, onde, juntamente com as limitações já existentes do direito de propriedade, como direito de vizinhança e restrições administrativas, uniram-se os direitos coletivos. A propriedade e sua destinação passaram, então, a estar intimamente ligadas à função que exerciam dentro da sociedade, situação que se verifica até a atualidade.

Segundo Eros Roberto Grau<sup>102</sup>, a riqueza da propriedade urbana não advém do que nela possa ser produzido, mas sim da sua acessibilidade, de qual uso pode ser dado a ela, de acordo com o contexto e posição que assume na sociedade. Nesse sentido é que se concebe a acessibilidade, pois o valor agregado a este tipo de propriedade encontra-se intimamente ligado ao que dela poderá ser fruído, utilizado.

Este valor agregado à propriedade não depende da força humana do proprietário, mas é produto de ação conjugada da sociedade, em seus setores público e privado, pois em nada basta uma propriedade com atividade aplicada, se não for provida de infraestrutura, que é fornecida pelo poder público, segundo o entendimento de Floriano Marques de Azevedo Neto<sup>103</sup>.

Entretanto, continua a afirmar o autor, o valor agregado à propriedade traz consigo excipientes indesejados à coletividade, e que devem ser manejados para que se mantenha o

<sup>101</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1991.

<sup>102</sup> GRAU, Eros Roberto, *Op. cit.*, p. 72-73

<sup>103</sup> AZEVEDO NETO, Floriano Marques. **Outorga onerosa do direito de construir**. In DALLARI, Adilson de Abreu; FERRAZ, Sergio (coordenadores). *Estatuto da Cidade*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 224

bom funcionamento da cidade. Tais excipientes são das mais diversas naturezas: pode-se falar em adensamento populacional, sobrecarga do sistema viário e transportes públicos, e saturação de outros serviços fundamentais.

Por esta razão, emerge o Direito Urbanístico como limitador do uso da propriedade e, juntamente com ele, o embate entre doutrinadores sobre a existência de uma divisão entre direito de propriedade e direito de construir, do qual decorre o instituto do solo criado e da outorga onerosa do direito de construir. Há duas posições que adotam parâmetros mais rígidos, e ideias extremas, enquanto uma terceira aparece como conciliadora entre os direitos de propriedade e de construir<sup>104</sup>.

#### 4.1.2 Direito de construir inerente à propriedade

A primeira posição se filia mais ao Direito Civil, em sua concepção romana tradicional, que concebe o direito de propriedade como pleno, incluindo o direito de construir, que é inerente às características da propriedade privada, como dela fruir e gozar. Segundo este posicionamento, o direito de propriedade somente encontrava freios no direito de vizinhança, como já asseverava o artigo 572, do Código Civil de 1916, e cuja essência foi mantida no Novo Código Civil de 2002, em seu artigo 1.299. Ambos já admitiam, além do direito de vizinhança, as restrições também impostas por regulamentos administrativos, em sua maioria de origem sanitária e de zoneamento<sup>105</sup>, porém, estes últimos, sem o caráter urbanístico dos instrumentos hoje existentes da política de desenvolvimento urbano. As restrições de cunho urbanístico não são aceitas como válidas para a limitação do exercício do direito de propriedade, nem sequer se cogita a existência de um direito transferido ao Poder Público, e que por ele pode ser outorgado ao particular.

O direito de propriedade é visto praticamente como um direito absoluto. Para esta corrente, não há espaço para o instituto do solo criado, uma vez que a edificação é inerente ao direito de propriedade, e somente encontraria limitação quanto a aspectos técnicos e

---

<sup>104</sup> GASPARINI, Diógenes. **Outorga Onerosa do Direito de Construir**, Biblioteca Digital Fórum de Direito Público, ano 10, n. 47, jan/fev 2008

<sup>105</sup> AZEVEDO NETO, Floriano Marques, *Op.cit*, p. 226

econômicos do proprietário e não restaria ao Poder Público nada mais a tutelar ou outorgar. Hely Lopes Meirelles<sup>106</sup> defende tal ideia, afirmando que:

“O fundamento do direito de construir está no direito de propriedade. Desde que se reconhece ao proprietário o poder legal de usar, gozar e dispor de seus bens (Código Civil, art. 1.228), reconhecido está o direito de construir, visto que no uso, gozo e disponibilidade da coisa se compreende a faculdade de transformá-la, edificá-la, beneficiá-la, enfim, com todas as obras que lhe favoreçam a utilização ou lhe aumentem o valor econômico.”

Este posicionamento foi vigente por séculos, porém, com a ideia de interesse coletivo, e inserção do princípio da função social da propriedade, sua aplicabilidade passou a ser questionada, surgindo outras correntes acerca do tema.

#### 4.1.3 Direito de construir dissociado do direito de propriedade

A segunda posição, que tem como expoente Eros Roberto Grau, é adepta da concepção de divisão entre direito de propriedade e direito de construir. Também com posicionamento extremista, para eles, existe grande preocupação com o bem-estar da coletividade<sup>107</sup>, e com os impactos causados pelas edificações. O direito de construir, neste sentido, não pertence ao proprietário, que apenas detém o direito de propriedade, eivado dele o direito de edificar qualquer construção. Sendo assim, o direito de construir seria atribuído ao particular através de ato do Poder Público, por meio de autorização ou concessão, uma vez que não é intrínseco ao domínio do bem, mas sim tendo a coletividade como detentora de sua titularidade.

Para ele<sup>108</sup>, “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”

Há a clara separação entre direito de propriedade e direito de construir, com naturezas e titularidades distintas, sendo, entretanto, facultado ao proprietário a construção, desde que efetuasse pagamento ou contrapartida ao Poder Público, que autorizaria, então, que se edificasse em determinada propriedade. Além de onerar o particular que desejasse realizar

<sup>106</sup> MEIRELLES, Hely Lopes, *Op. cit.*, p. 27

<sup>107</sup> GASPARINI, Diógenes. *Op. cit.*, p. 3

<sup>108</sup> GRAU, Eros Roberto, *op. cit.*, p. 141-142

qualquer construção, o aparelho estatal ainda imporia o atendimento a diversas condicionantes de caráter urbanístico, administrativo e ambiental.

Este posicionamento foi muito defendido na Itália, por meio da Lei nº 10, de 28 de janeiro de 1977. Esta lei definia que, toda e qualquer construção que se desejasse realizar, independentemente de sua amplitude, estaria condicionada a uma concessão do direito de construir, conferida pelo prefeito, uma vez que este não mais era inerente e decorrente do direito de propriedade, mas concedido pelo Poder Público.

Segundo José Afonso da Silva<sup>109</sup>, ao tratar desta legislação italiana:

“(...) sua edificabilidade é uma resultante dos planos e da legislação urbanística; que o proprietário (ou quem de direito) não possuiria o direito de construir como uma das faculdades do direito de propriedade do terreno e, se quisesse construir (e, em certos casos indicados no planos urbanístico impõe-se até a obrigação de edificar), teria que obter o respectivo direito mediante a concessão da Comuna ”

Os italianos, tal qual defendido por Eros Grau, ainda estabeleceram uma contrapartida a ser prestada pelo particular que almejasse a construção em sua propriedade, cuja destinação era o aparelhamento da infraestrutura local. Entretanto, após o crivo das Cortes Superiores Italianas, tal entendimento foi superado, dando lugar à ideia de que o direito de construir é intrínseco ao direito de propriedade.

De modo geral, este posicionamento radical, dividindo direito de propriedade e direito de construir, não teve larga aceitação nos ordenamentos, inclusive no Brasil.

#### **4.1.4 Direito de propriedade limitado pelo direito de construir**

Há, por fim, uma terceira concepção, e cujo tratamento é o atualmente dado pela legislação vigente quanto ao instituto em comento. Aprovada em 1976, em grupo liderado por Celso Antonio Bandeira de Mello, em seminário realizado pelo CEPAM (citar livro Dallari, p. 227), esta conceituação afirma que o direito de propriedade permite a construção livre pelo proprietário do terreno, porém até uma determinada área. Engloba a utilização e disposição do bem, porém cabe à legislação urbanística estabelecer os limites deste uso e disponibilidade, definida através de um coeficiente de aproveitamento. Sendo assim, ao passo que reconhece

---

<sup>109</sup> SILVA, José Afonso da, *Op. cit.*, p. 265

os direitos ínsitos à propriedade, esta corrente também restringe o exercício de tal direito aos limites legais.

Este posicionamento, antes de se manifestar no Brasil, através da Carta de Embu, foi amplamente desenvolvido na França, em lei de 1975, sob a denominação de teto legal de densidade (em tradução ao “plafond légal de densité”), que permitia a fixação de um coeficiente de aproveitamento único para toda a França, equivalente a 01 (exceto em Paris, cujo coeficiente era de 1,5). Ao proprietário que buscasse edificar para além deste limite, seria imposto o pagamento de um valor equivalente ao do terreno, com o caráter de ressarcimento à coletividade, pelos impactos da construção.

Por este entendimento, a lei tem a capacidade de delimitar, através de critérios objetivos, o direito de construir inerente à propriedade, e o que dele exorbitar, entendendo como tal a construção que ultrapassa o coeficiente de aproveitamento do solo, necessita de outorga específica, concedida pelo Poder Público. Neste aspecto, o direito de construir é inerente ao direito de propriedade até o limite estabelecido pelo coeficiente de aproveitamento do solo. A partir dele, a titularidade cabe à coletividade, e por isso é necessária a contrapartida ao Poder Público.

Filiado a esta última corrente, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo Santos declara:

“Desde logo fixamos posição no sentido de que o conceito de solo criado importa na separação da faculdade de construir do direito de propriedade do terreno, ou, quando menos, vislumbramos uma nova dimensão deste direito. Há uma forte tendência, talvez em razão da ideia do liberalismo clássico, no sentido de conferir ao proprietário do solo um direito quase divino, ilimitado de construir, salvo as limitações administrativas, já pacificadas pela doutrina e jurisprudência. Contudo, essa mentalidade não mais pode ser aceita e contrasta frontalmente com a perspectiva constitucional e seus valores (...)”<sup>110</sup>,

José Afonso da Silva<sup>111</sup>, por sua vez, assevera que conceito de solo criado não se encontra dissociado da faculdade de construir inerente ao direito de propriedade, afirmando que, ao revés, o conceito de solo criado reforça a correlação entre o direito de propriedade e o direito de construir, na medida em que transmuta este último a uma faculdade do proprietário em construir até o limite do coeficiente único.

---

<sup>110</sup> **Outorga onerosa (solo criado) no Projeto de Lei 5.788, de 1990.** Estatuto da Cidade, São Paulo, Fundação Prefeito Faria Lima, 2001, p. 325

<sup>111</sup> SILVA, José Afonso da, *Op. cit.* p. 263

Analisando as três correntes, percebe-se que o legislador pátrio, ao adotar esta última como balizadora da ingerência do Poder Público sobre a propriedade, optou pela melhor possibilidade a ser empregada. Com este posicionamento, pois conseguiu aliar o direito de propriedade, constitucionalmente garantido, e os anseios coletivos, ao restringir tal direito e condicionar seu uso para além dos limites a uma outorga do Poder Público.

## 4.2 O instituto no Brasil

No contexto nacional, diferentemente da tendência que se percebeu em países europeus e nos Estados Unidos da América, a preocupação, com vieses urbanísticos, foi tardia e surgiu juntamente com o processo, também tardio, de industrialização. Após o crescimento desenfreado e sem planejamento das cidades, nas décadas de 1940 a 1980, e uma incipiente política urbana em meados de 1960, percebeu-se que as legislações infraconstitucionais e regulamentos administrativos não eram capazes de ordenar a urbanização vivida pelo Brasil.

Apesar de prever direitos sociais, as constituições anteriores a 1988 não traziam uma sistematização da política urbana nacional, o que só ocorreu com o advento da Constituição de 88. Juntamente com ela, surgiram as discussões sobre os problemas enfrentados pelas cidades, como o crescimento desordenado; a redução dos espaços habitáveis; a especulação imobiliária, juntamente com a dificuldade de realização da moradia digna; o colapso dos equipamentos e aparelhos de infraestrutura e transportes.

Muito antes, entretanto, da Constituição de 1988 e do Estatuto da Cidade, em dezembro de 1976, na cidade de Embu, foi realizado seminário, que se encerrou na elaboração de um documento (Carta de Embu). Através de análise de experiências estrangeiras, e adaptação à realidade brasileira, juristas debateram acerca da limitação ao direito de construir. Tem-se, portanto, que a Carta de Embu contém as premissas e fundamentos do solo criado, que norteiam o raciocínio doutrinário do instituto.

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 do imóvel tombado, o proprietário poderá alienar o direito de construir correspondente à área edificada ou ao coeficiente único de edificação”<sup>112</sup>.

Partindo-se de tais conclusões, percebe-se que o grupo reunido na década de 1970 buscou apresentar meios hábeis a solucionar ou minorar adensamento urbano existente, que já se configurava caótico naquele tempo. Entende-se, pelos pressupostos da Carta de Embu, que o criador do solo tem de oferecer à coletividade uma contraprestação capaz de reequilibrar o sistema urbano, afetado pela edificação de solo extra.

Percebe-se, então, que a Carta de Embu é dotada da ideia de compensação e reparação<sup>113</sup>, pois as construções acima do coeficiente de aproveitamento causariam ônus excessivo à coletividade, que deve ser reparada por tal impacto em seus equipamentos urbanos. O pagamento é, na verdade, o ressarcimento ao Poder Público do orçamento que o aparelho estatal virá a empregar na área adensada, para minorar os efeitos da concentração populacional.

As conclusões seguintes da Carta informam os limites do solo criado, especialmente quanto ao fato de que caberia ao Poder Público o estabelecimento de um coeficiente único de edificação, válido a todas as zonas do Município, sem destituir o município de sua competência acerca do zoneamento. Os pressupostos também condicionam as edificações que extrapolem o coeficiente de aproveitamento à entrega ao Poder Público, pelo proprietário, de áreas em quantidades equivalentes e, sendo impossível, poderia ser substituída por seu equivalente econômico, em pecúnia.

<sup>112</sup> *Solo Criado/Carta de Embu*, CEPAM-Fundação Prefeito Faria Lima, 1977

<sup>113</sup> AZEVEDO NETO, Floriano Marques, *Op.cit*, p. 229



Indo mais adiante, disse ainda que, ao proprietário impedido de explorar a utilização de seu imóvel, dentro do coeficiente mínimo, como os imóveis tombados, é facultada a alienação da parcela entre o coeficiente aproveitável e o coeficiente mínimo<sup>114</sup>.

Mesmo decorridos quase 30 anos do surgimento da Carta de Embu, percebe-se que este documento ainda se mostra recente e atual, com proposições até mais inovadoras que o próprio Estatuto da Cidade. Sua criação trouxe ao tema urbanístico a consciência da necessidade de se positivar o instituto do solo criado em lei específica, a fim de regular a ocupação do solo.

Até a promulgação da Lei 10.257/01, havia grande embate no universo jurídico acerca da competência legislativa para a edição das normas relativas ao solo criado e à outorga onerosa do direito de construir. Ainda que tenha havido grande esforço por parte dos Municípios, no sentido de trazer a eles tal competência, o entendimento majoritário é de que, pelo fato de o direito de propriedade e suas limitações tangerem o Direito Civil, cabe à União disciplinar tal matéria. O Estatuto da Cidade pôs termo a estas discussões acerca da competência, positivando por meio de lei federal, o instituto e suas diretrizes, restando ao município a execução das políticas de desenvolvimento urbano, através de instrumentos urbanísticos.

#### 4.3 Constitucionalidade do solo criado

Há doutrinadores que entendem que a outorga onerosa do direito de construir é inconstitucional, seja por entenderem que o instituto apresenta violação às normas constitucionais tributárias, seja por vislumbrá-lo como infração ao direito legal de propriedade<sup>115</sup>, se se tomar como parâmetro os ditames do direito de propriedade.

No entanto, a versão majoritária na doutrina é acerca da constitucionalidade, pois o conceito de direito de propriedade contido na Carta Magna já se encontra subordinado e limitado ao exercício da função social da propriedade.

---

<sup>114</sup> *Idem*, p. 230

<sup>115</sup> MUKAI, Toshio. **Da constitucionalidade e da legalidade da Outorga Onerosa do Direito de Construir**. Biblioteca Digital Editora Forum de Direito Público. Belo Horizonte, ano 2, n. 7, jan/fev 2003, p. 03

Segundo os comentários de Alexandre de Moraes<sup>116</sup> à Constituição Federal, ao tratar da propriedade, no artigo 5º, incisos XXII e XXIII<sup>117</sup>, posicionou-se de acordo com a mais moderna concepção do direito de propriedade, ao considerá-lo direito fundamental, porém sem o status de seja a propriedade urbana ou rural. Deste modo, a Constituição Federal positivou o que já constava das constituições anteriores e legislações infraconstitucionais, de modo esparso, trazendo um conceito de propriedade desvinculado da concepção tradicional trazida do Direito Romano.

O novo conceito de propriedade impõe que o exercício da propriedade não se dá de modo absoluto, mas sim de acordo com as funções sociais a serem atingidas pela propriedade, a fim de que se destine ao melhor proveito da coletividade, de acordo com o que se encontra determinado em lei. Conclui-se que, positivada constitucionalmente a função social da propriedade, não há que se falar em inconstitucionalidade de um instituto urbanístico que objetive a restrição ao exercício do direito de propriedade pelo particular, buscando a efetivação daquela função social<sup>118</sup>.

Por outro aspecto, ao tratar de tema inerente ao direito de propriedade, afeto ao Direito Civil, somente uma norma oriunda da União seria capaz de dissociar o direito de construir do direito de propriedade, o que se mostra fundamental para a positivação do instituto do solo criado.

Neste sentido, o Ministro Seabra Fagundes<sup>119</sup> afirmou:

“a matéria de competência para legislar sobre o solo criado – tal como o que diz com planos de urbanização – suscita dúvidas, não fáceis de remover. Primeiro, porque o critério do coeficiente único de edificação envolve, de par com o direito de construir, situado inequivocamente na jurisdição municipal, o direito de dispor, que, sendo um dos elementos configuradores do direito de propriedade, se há de situar, primariamente, no âmbito legislativo da União.”

<sup>116</sup> MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional**. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.211

<sup>117</sup> Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXII: é garantido o direito de propriedade

XXIII: a propriedade atenderá a sua função social

<sup>118</sup> AZEVEDO NETO, Floriano Marques, *Op.cit*, p. 232

<sup>119</sup> FAGUNDES, Seabra. **Aspectos Jurídicos do Solo Criado**, in RDA, 129/9

Como já salientado, as restrições ao direito de construir surgiram positivadas no ordenamento brasileiro especificamente com o advento do Estatuto da Cidade, lei federal que trouxe as diretrizes gerais e o impulso inicial sobre a política de desenvolvimento urbano.

Nele há a inserção do solo criado como instrumento urbanístico para a consecução da função social da propriedade.

De igual modo, é constitucional a fixação, por parte do Município, das condicionantes para a outorga onerosa do direito de construir, bem como os coeficientes de aproveitamento a serem aplicados nas áreas da zona urbana. Para Alexandre de Moraes<sup>120</sup>, “o legislador constituinte previu uma competência legislativa especial aos municípios, relacionada à política de desenvolvimento urbano, que será executada pelo Poder Público municipal”. Neste aspecto, é importante analisar o artigo 30, VIII<sup>121</sup>, da Constituição Federal, que traz ao Município a competência de promover a adequação territorial, através do planejamento e controle de seu uso, parcelamento e ocupação do espaço urbano, em sintonia com o interesse local.

Tal atribuição é justificada, nas palavras de Nelson Nery Costa<sup>122</sup>, pois:

“As questões urbanísticas dizem respeito, principalmente ao Município, porque nele se manifestam suas atividades mais objetivas e dinâmicas, conforme o inciso VIII, do art. 29 da CF. O planejamento urbano foi a forma encontrada para se enfrentar a complexidade que as cidades brasileiras vêm assumindo, que precisam melhorar o ordenamento territorial. Não obstante, cabe à União instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação (art. 21, XX).”

E assim a União o fez, pautando-se pela norma contida no artigo 182, da Constituição Federal, que trata da política de desenvolvimento urbano municipal, ao editar a Lei 10.257/01, que instituiu o Estatuto da Cidade.

Analizando a localização do instituto no Estatuto da Cidade, fica evidente seu intuito de balizar a ocupação do solo urbano, objetivando o seu planejamento, e não há espaço para a afirmação sobre a inconstitucionalidade e incompatibilidade do instituto da outorga onerosa,

---

<sup>120</sup> MORAES, Alexandre de, *Op cit.*, p. 2041

<sup>121</sup> Art. 30. Compete aos Municípios:

(...)

VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

<sup>122</sup> COSTA, Nelson Nery. **Constituição Federal anotada e explicada**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 152-153

pois tal mecanismo de ordenação do solo é considerado como instrumento político do desenvolvimento urbano.

Também não cabe a alegação sobre a inconstitucionalidade baseada no fato de que os instrumentos hábeis à efetivação da função social da propriedade são somente aqueles elencados no artigo 182, § 4º, da Constituição Federal. Isto porque o referido artigo traz uma lista de instrumentos destinados a coibir o abuso de direito da propriedade, em especial aquele relativo à especulação imobiliária<sup>123</sup>.

Porém, segundo o entendimento de Floriano Marques de Azevedo Neto<sup>124</sup>, existe não apenas esta, mas três condutas que usurpam o bom funcionamento dos recursos urbanos, e que configuram abuso do direito de propriedade, contrário à função social a ser desenvolvida por ela. São eles: não aproveitamento da infra-estrutura urbana criada às custas da coletividade; o não aproveitamento da propriedade em descompasso com a capacidade de infra-estrutura, forçando a coletividade a concorrer com os recursos de ampliação dos equipamentos urbanos existentes e, por fim, a utilização da propriedade em fins incompatíveis com a infraestrutura, ou que essa se mostre insuficiente.

Deste modo, o instituto em comento se mostra como instrumento hábil e capaz de impedir a sobrecarga dos aparelhos urbanos de infraestrutura, na medida em que mostra não como um instrumento de utilização compulsória, mas de mitigação do uso, ocupação e aproveitamento do solo. Não há, portanto, neste sentido, qualquer coerência na alegação de inconstitucionalidade da outorga onerosa do direito de construir. Os instrumentos de desenvolvimento da política urbana não se restringem àqueles contidos na Constituição Federal, mas sim no rol elencado no artigo 4º, do Estatuto da Cidade.

#### **4.4 O solo criado no Estatuto da Cidade**

O instituto em comento é inicialmente citado de modo geral, dentro do Estatuto da Cidade, no artigo 4º, que trata dos instrumentos da política urbana, nos quais se insere a edição de um plano diretor e de normas de uso, parcelamento e ocupação do solo, e de modo

---

<sup>123</sup> AZEVEDO NETO, Floriano Marques, *Op.cit*, p.233

<sup>124</sup> *Idem*, p. 233

específico no rol de institutos jurídicos e políticos do referido artigo. Essa opção legislativa deixou clara a constitucionalidade da outorga onerosa do direito de construir, pois fica regulamentada como integrante da política de desenvolvimento urbano e fomentador da função social da propriedade, cuja base constitucional é o artigo 182.

Entretanto, por opção dos legisladores responsáveis pela elaboração da Lei 10.257/01, adotou-se a nomenclatura de outorga onerosa do direito de construir ao instituto em comento, e não de solo criado, como foi apresentado pela Carta de Embu.

#### **4.5 Da nomenclatura do instituto**

Há grande discussão na doutrina acerca da nomenclatura adotada pelo Estatuto da Cidade para definir o instituo aqui abordado. Durante todo o desenvolvimento do tema, antes de sua efetiva positivação na Lei 10.257/01, o direito de construir acima do coeficiente de aproveitamento era chamado de “solo criado”, muito em decorrência do congresso que originou a Carta de Embu, marco do instituto no Brasil. No entanto, o legislador, ao trazer o solo criado para o conteúdo do Estatuto da Cidade, preferiu chamá-lo de “outorga onerosa do direito de construir”.

Para tanto, nomeou toda a Seção IX, do Capítulo II, do Estatuto da Cidade<sup>125</sup>, sob o título de “Da outorga onerosa do direito de construir”, na qual se inserem a outorga onerosa do direito de construir relativa ao solo criado, e também a outorga onerosa de alteração de uso do solo.

Diógenes Gasparini<sup>126</sup> entende que a opção legislativa se mostra correta, pois, quanto ao solo criado, uma das modalidades de outorga, a outorga onerosa do direito de construir é instrumento urbanístico hábil ao proprietário, ou àquele que se interesse, de obter o direito de edificar acima do coeficiente de aproveitamento básico estabelecido. A alteração do uso do solo, por sua vez, também se configura modalidade de outorga onerosa do direito de construir,

---

<sup>125</sup> A Seção IX, do Capítulo II, do Estatuto da Cidade traz, além da instituição do solo criado, a alteração do uso do solo, e suas respectivas outorgas onerosas.

<sup>126</sup> GASPARINI, Diógenes. **Estatuto da Cidade**. São Paulo: NDJ, 2002, p. 174

entretanto faculta ao proprietário do imóvel promover destinação diversa daquela estipulada para a área da cidade em que se encontra.

Não parece, porém, correto este posicionamento defendido pelo nobre doutrinador. Não se pode admitir que institutos com atos administrativos distintos e resultados diversos na política urbana sejam tratados como integrantes do mesmo gênero, como optou o legislador do Estatuto da Cidade. O direito de alteração do uso do solo não pode ser classificado como espécie da outorga onerosa do direito de construir, do qual decorre o solo criado, pois aquele resulta da outorga onerosa do direito de alteração do uso do solo.

Segundo o entendimento de Floriano Marques de Azevedo<sup>127</sup>, cometeu o legislador dois erros ao adotar tal nomenclatura. O primeiro deles, menos grave, diz respeito à abrangência do título, menor em relação ao conteúdo da respectiva sessão, uma vez que, além da outorga onerosa do direito de construir, o Capítulo II, Seção IX, do Estatuto da Cidade, abriga também outorga onerosa de alteração do uso. O outro problema, considerado mais grave pelo doutrinador, concerne ao conceito em si, uma vez que, segundo ele, solo criado e outorga onerosa do direito de construir não são sinônimos.

A instituição do solo criado é, na verdade, causadora da outorga onerosa, pois não há sentido em se prever o pagamento, se não houver a possibilidade de construção de um solo virtual, além dos limites do coeficiente de aproveitamento, e que extrapola o direito de construir inerente ao direito de propriedade.

Mostra-se tão clara a distinção conceitual entre o solo criado e a outorga onerosa do direito de construir, que o primeiro é tratado já no artigo 28, enquanto a segunda vem disposta no artigo 30, do Estatuto da Cidade. Em suma, a essência do conteúdo da Seção IX, do Capítulo II, do Estatuto da Cidade, é aquela brilhantemente definida por Hely Lopes Meirelles: “toda área edificável além do coeficiente único de aproveitamento do lote, legalmente fixado para o local. O ‘solo criado’ será sempre um acréscimo ao direito de construir além do coeficiente-base de aproveitamento estabelecido pela lei”<sup>128</sup>.

---

<sup>127</sup> AZEVEDO NETO, Floriano Marques, *Op. cit.*, p. 234

<sup>128</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Estudos e Pareceres**. V. IX, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 333

#### 4.6 Solo criado X solo virtual X outorga onerosa do direito de construir

É importante distinguir os conceitos de solo criado, solo virtual, e contrapô-los ao conceito de outorga onerosa do direito de construir.

Não se pode confundir solo criado com solo virtual (ou solo artificial). O solo artificial é o emprego dos meios necessários, incluindo materiais, técnicas, mão-de-obra e capacidade do solo natural. O solo virtual pode ser lícito ou ilícito, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas que envolverem sua criação. Tratar-se-á de solo criado quando o solo artificial é construído de maneira lícita, após a concessão, por parte do Poder Público, da outorga onerosa do direito de construir, tendo o particular adimplido com a contraprestação que lhe cabe.

Para Daniela Campos Libório Di Sarno<sup>129</sup>,

“O solo criado é a possibilidade de construir acima dos parâmetros legais gerais estabelecidos pelo Poder Público. Pelo estabelecimento do coeficiente de aproveitamento, o Poder Público poderá indicar, no Plano Diretor, quais áreas urbanas podem ter edificações cima deste limite estabelecido. Portanto, aquele que quiser construir acima do permitido deverá checar se seu terreno se encontra nas regiões onde são permitidos tais benefícios.”

#### 4.7 Conceito de outorga onerosa do direito de construir

Segundo Diógenes Gasparini<sup>130</sup>, outorga onerosa do direito de construir é a licença concedida pelo Município ao particular, proprietário de um determinado imóvel localizado na zona urbana, que é estabelecida pelo plano diretor, para que, efetuando uma contrapartida ao Poder Público, construir acima do coeficiente de aproveitamento.

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles<sup>131</sup>, trata-se do exercício do direito de edificar para além do coeficiente de aproveitamento básico determinado para uma área, segundo disposição do plano diretor, através de contraprestação prestada pelo beneficiário, ao Poder Público.

---

<sup>129</sup> DI SARNO, Daniela Campos Libório, *op. cit.*, p. 76

<sup>130</sup> GASPARINI, Diógenes, *Op. cit.*, p. 170

<sup>131</sup> MEIRELLES, *Op. cit.*, p. 531

Para José Afonso da Silva<sup>132</sup>, por sua vez:

“ (...) outorga onerosa do direito de construir é um novo instrumento de política urbana instituído pelo Estatuto da Cidade (art. 4º, V, “n”). As normas que regulamentam o instituto geram uma espécie de *solo criado*, ou seja, um espaço edificável acima do coeficiente de aproveitamento. (...) Quer dizer: em princípio, o proprietário do lote tem o direito de erguer no seu terreno uma construção nos limites desse coeficiente básico admitido, bastando, para tanto, obter a correspondente licença da Prefeitura, sem ônus senão o pagamento de taxa de polícia correspondente.”

Sendo assim, depreende-se, dos conceitos formulados pelos juristas acima citados que a outorga onerosa do direito de construir é a faculdade concedida ao particular, proprietário ou terceiro interessado, de edificar acima do coeficiente de aproveitamento estabelecido para o imóvel ou área da cidade, o que se convencionou, desde a Carta de Embu, a chamar de “solo criado”. Para tanto, o particular deve, via de regra, requerer concessão de tal direito ao Poder Público, detentor do direito de construir para além dos limites, prestando ao ente estatal uma contraprestação, ou contrapartida.

Vale esclarecer, ainda, que a outorga onerosa do direito de construir difere da licença de construir. A primeira relaciona-se ao conceito de solo criado, cujo titular do direito de construir é o Poder Público, que o outorga ao particular. A licença, por sua vez, consiste em direito inerente ao direito de propriedade, exercido pelo particular, dentro do imóvel por ele adquirido, e não é necessária qualquer contraprestação ao Poder Público para consegui-la.

#### 4.8 A natureza jurídica da outorga onerosa do direito de construir

A outorga onerosa do direito de construir é ato administrativo, cuja natureza é constitutiva de direito<sup>133</sup>, uma vez que o direito de edificar acima do coeficiente de aproveitamento básico é pertencente ao Poder Público, que, através da referida outorga, concede o direito subjetivo ao proprietário de construir em tais circunstâncias.

Há, entretanto, na doutrina, discussão acerca da discricionariedade ou vinculação do ato administrativo que concede a outorga. Para Diógenes Gasparini<sup>134</sup>, o ato administrativo é

<sup>132</sup> SILVA, José Afonso, *Op. cit.*, p. 268-269

<sup>133</sup> FIGUEIREDO, Lucia Valle, *Op. cit.*, p.128

<sup>134</sup> GASPARINI, Diógenes, *Op. cit.*, p. 178.



vinculado. Assevera que se trata de ato administrativo na medida em que externaliza vontade da Administração Pública Municipal; trata-se, ainda, de ato vinculado pois, estando o imóvel em área delimitada pelo plano diretor como passível de outorga onerosa do direito de construir, e tendo o particular preenchido os requisitos e critérios objetivos (inclusive a contrapartida), o direito de construir deve ser outorgado pelo Poder Público.

No mesmo sentido, ensina Carvalho Filho<sup>135</sup>:

“A despeito de, numa primeira visão, a denominação do instituto induzir a um raciocínio diverso, o certo é que na outorga onerosa haverá a mesma vinculação, vale dizer, mesmo quando o direito de construir for pretendido além dos limites do coeficiente básico de aproveitamento, continuará militando em favor do interessado a presunção de que a construção é compatível com a ordem urbanística, como ocorre no direito de construir dentro do coeficiente básico.

A razão é simples: a partir do momento que as áreas nas quais se possibilita exercer tal direito estejam previstas no plano diretor, como estabelece o art. 28 do Estatuto, constitui direito subjetivo do proprietário erigir sua construção dentro dos limites estabelecidos na lei. Portanto, não poderá a Administração denegar-lhe esta pretensão. Cuida-se de direito subjetivo instituído por lei (...)”

Por outro lado, Figueiredo<sup>136</sup> defende a natureza discricionária do ato administrativo da outorga onerosa do direito de construir. Para ele, o particular, após requerer o direito de construir acima do patamar de aproveitamento, terá seu pedido submetido ao Poder Público que, analisando os interesses da coletividade, será facultado a conceder tal direito. Essa decisão seria, então, baseada na análise casuística de cada pedido, em relação à zona em que o imóvel se insere dentro da cidade, considerando-se, ainda, seus aparelhos e equipamentos urbanísticos e a capacidade de absorção do eventual adensamento populacional.

Há discricionariedade tanto para a adoção e implantação deste instituto no plano diretor, que será desenvolvido posteriormente, quanto no ato administrativo que o concede ao particular.

Não se pode aceitar tal posicionamento por eles defendido. Como se verá adiante, o Estatuto da Cidade estabeleceu a faculdade para a implantação da outorga onerosa do direito de construir no plano diretor, de acordo com as necessidades do desenvolvimento da política urbana de cada município. Entretanto, pela própria essência do instituto, e da fixação de seus critérios, notadamente objetivos, em lei específica municipal, como também se elucidará a seguir, tendo o Município instituído a outorga onerosa do direito de construir, o particular que

---

<sup>135</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Op. cit.*, p. 202

<sup>136</sup> FIGUEIREDO, Lucia Valle, *Op. cit.*, p. 125

preencher tais requisitos, e após a prestação da contrapartida, deve ser beneficiado com a possibilidade de construir acima do coeficiente de aproveitamento.

Não se olvida que a fixação dos critérios para a obtenção da outorga, estabelecidos em lei municipal com este objetivo, é discricionária, e deve obedecer aos padrões e peculiaridades locais. Porém esta discricionariedade não se estende ao ato administrativo que concede a outorga onerosa do direito de construir: o administrador não tem margem para decidir subjetivamente pela concessão ou não da outorga. Preenchidos os requisitos, ela há de ser conferida.

Para elucidar a diferenciação entre vinculação e discricionariedade, e corroborando a ideia de que a outorga onerosa do direito de construir é ato vinculado, tem-se o ensinamento de Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>137</sup>:

“Haveria atuação vinculada e, portando, um poder vinculado, quando a norma a ser cumprida já predetermina e de modo completo qual o único possível comportamento que o administrador estará obrigado a tomar perante casos concretos cuja compostura esteja descrita pela lei, em termos que não ensejam dúvida alguma quanto ao seu objetivo reconhecimento. Opostamente, haveria atuação discricionária quando, em decorrência do modo pelo qual o Direito regulou a atuação administrativa, resulta para o administrador um campo de liberdade em cujo interior cabe interferência de uma apreciação subjetiva sua quanto à maneira de proceder nos casos concretos, assistindo-lhe, então, sobre eles prove na conformidade de uma intelecção, cujo acerto seja irredutível à objetividade e ou segundo critérios de conveniência e oportunidade administrativa. Diz-se que, em tais casos, a Administração dispõe de um ‘poder’ discricionário.”

#### 4.9 A importância do plano diretor

É cediço na doutrina, através da interpretação do Estatuto da Cidade, em consonância com a Constituição Federal, que o meio hábil à implantação do instituto do solo criado é a edição de um plano diretor, peça fundamental na instituição da política de desenvolvimento urbano, através dos instrumentos previstos no artigo 4º, da Lei 10.257/01.

O artigo 28, *caput*, do Estatuto da Cidade, deixa clara a incumbência do plano diretor de disciplinar a outorga onerosa do direito de construir:

---

<sup>137</sup> BANDEIRA DE MELLO. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 09;48

“Art. 28. O plano diretor poderá fixar áreas nas quais o direito de construir poderá ser exercido acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário.”

Segundo Alexandre de Moraes<sup>138</sup>,

“O *plano diretor*, aprovado pela Câmara Municipal, *obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes*, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, sendo que, por expressa previsão constitucional, a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.”

No mesmo sentido, declara Marcia Walkiria Batista dos Santos<sup>139</sup>, afirmando que a Lei 10.257/01, trata da outorga onerosa do direito de construir, escolhendo o plano diretor como o documento onde se estabelecerão os coeficientes de aproveitamento básico e máximo para tal outorga.

A falta do plano diretor, entretanto, inviabiliza a instituição da outorga onerosa do direito de construir, pois não haveria meio apto à fixação dos coeficientes de aproveitamento (básico e máximo), sem os quais não se pode falar em limitação ao direito de construir.

Deve-se consignar que, de acordo com o entendimento majoritário, a instituição da outorga onerosa do direito de construir no plano diretor não é obrigatória.

Nas palavras de Carvalho Filho<sup>140</sup>:

“Do ponto de vista técnico-jurídico, contudo, o *solo criado* (ou, para alguns, o *solo virtual*) é o instituto jurídico em si, que pode ser, ou não, adotado em determinado ordenamento jurídico, ao passo que a *outorga onerosa do direito de construir* é o ato administrativo que resultado do acolhimento do instituto.”

Os municípios têm a faculdade de utilizar, ou não, deste instrumento urbanístico, conforme sua necessidade e interesse locais. A política urbana varia de um município a outro, e cada um terá os instrumentos urbanísticos, em seu plano diretor, que mais se adequem à sua realidade.

Em nenhum momento, ao tratar do instituto, o Estatuto da Cidade trouxe a obrigatoriedade de sua instituição pelos municípios, através do plano diretor. Sendo assim, configura-se como mera faculdade, a ser exercida pelo município, se entender que a outorga

<sup>138</sup> MORAES, Alexandre de, *Op. cit.*, p. 2041

<sup>139</sup> MEDAUAR, Odete (coord.). **Estatuto da Cidade**, 2. Ed, São Paulo: RT, 2004, p. 211

<sup>140</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Op. cit.*, p. 197-198

onerosa do direito de construir é instrumento urbanístico hábil à realização da política de desenvolvimento urbano local. Deste modo, sua ausência não pode ser considerada como omissão por parte das autoridades, mas sim como opção legislativa para sua não instituição, como parte da política de planejamento urbano. Isto porque cabe ao município a edição de normas de interesse local, e a criação de solo virtual, para além do previsto, se tiver como objetivo o aumento da densidade populacional nesta ou naquela região.

A justificativa para tal se encontra bem elucidada em informativo emitido pela CEPAM<sup>141</sup>, em 2001:

“Desde logo, verifica-se que, em face da realidade municipal analisada, a concepção, estruturação e dimensionamento dos aludidos instrumentos será diversa. Não há que se falar, necessariamente, na aplicação efetiva de todos os instrumentos incondicionalmente por todos os municípios. É preciso ter presente que a norma do artigo 30 e seus incisos da Constituição Federal garante ao Município “legislar sobre assuntos de interesse local”. A vetusta norma constitucional 136 não só garante efetivamente o princípio da autonomia municipal, em seus vários aspectos, mas, inclusive, serve para diagnosticar e implementar, como bem lhe aprouver, a concretização dos instrumentos urbanísticos. Haverá município que, por suas dimensões geográficas e econômicas, não necessitará desse ou aquele instrumento urbanístico. Todos, sem exceção, devem traçar a sua Política Urbana, por intermédio de seu Plano Diretor”

Entretanto, optando o município pela adoção da outorga onerosa do direito de construir como instrumento da política urbana, a sua disciplina deve estar contida no plano diretor, que deve estabelecer o coeficiente de aproveitamento básico, podendo este ser único ou diferenciado, como a seguir será explanado. Também, quanto a esta matéria, deve o plano diretor estabelecer a área onde haverá ou não a incidência da outorga onerosa do direito de construir. Deste modo, por opção de ordenação urbanística, poderão existir áreas em que será vedada a criação de solo virtual, e aquelas onde haverá fomento de ocupação<sup>142</sup>.

Neste ponto, discute-se se a outorga onerosa do direito de construir estaria adstrita somente à zona urbana do município, ou se poderia atingir a zona de expansão urbana, que são zonas contíguas à área urbana, onde são desenvolvidas atividades rurais, e para onde se reserva o potencial de crescimento da zona urbana, em média, para os próximos 20 anos. O Estatuto da Cidade traz, em seu artigo 28, § 2º, referência apenas à zona urbana. Todavia, há doutrinadores, como João Carlos Macruz, José Carlos Macruz e Mariana Moreira<sup>143</sup>, que entendem não haver óbice legal à expansão da outorga onerosa do direito de construir para

<sup>141</sup> FUNDAÇÃO PREFEITO FARIA LIMA – CEPAM. **Estatuto da cidade**, coordenado por Mariana Moreira. São Paulo, 2001.

<sup>142</sup> AZEVEDO NETO, Floriano Marques, *Op.cit.*, p. 236

<sup>143</sup> MACRUZ, José Carlos, MACRUZ, João Carlos, MOREIRA, Mariana, *Op. cit.*, p. 102

fora dos limites do perímetro urbano, pelo município, pois tal medida seria, inclusive, incentivadora do adensamento populacional em tais áreas. Desta maneira, povoando-se regiões da zona de expansão urbana, pode ser reduzida a pressão demográfica populacional sobre a zona urbana

O plano diretor deve, ainda, definir quais serão os patamares máximos de construção, de criação e solo virtual, isto é, coeficientes máximos de aproveitamento, para concessão da outorga. Há discussão na doutrina quanto à possibilidade de criação de coeficientes de aproveitamento básico diferenciados. Segundo Floriano Marques de Azevedo<sup>144</sup>, deveria ser instituído um coeficiente único de aproveitamento básico, válido para toda a zona urbana, indistintamente. Entretanto, para atender aos interesses da política urbana e o adensamento populacional, poder-se-iam estabelecer limites distintos para o máximo a ser atingido pelo coeficiente, por meio da outorga onerosa do direito de construir.

## **4.10 Coeficientes de aproveitamento**

### **4.10.1 Coeficiente de aproveitamento básico**

O coeficiente de aproveitamento básico vem estabelecido no artigo 28, § 1º, do Estatuto da Cidade. Segundo Eros Grau<sup>145</sup>, “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”.

Pertencente ao instrumento urbanístico outorga onerosa do direito de construir, o coeficiente de aproveitamento básico é um padrão urbanístico que tem como finalidade a coordenação e controle das edificações, coibindo, também, a construção desordenada, que tem impactos severos na coletividade e nos equipamentos urbanos<sup>146</sup>.

---

<sup>144</sup> AZEVEDO NETO, Floriano Marques, *Op.cit.*, p.237

<sup>145</sup> GRAU, Eros Roberto, *Op. cit.*, p. 56

<sup>146</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Op. cit.*, p. 205

Sendo assim, coeficiente básico de aproveitamento nada mais é do que, nas palavras de Floriano Marques de Azevedo<sup>147</sup>, o potencial que pode ser explorado pelo particular, no que tange ao direito de construir inerente à sua propriedade, sem necessitar, para tanto, de outorga do Poder Público. Este coeficiente é, portanto, o limite máximo que pode ser atingido pelo direito de construir do proprietário. Para além dele, o direito de construir pertence ao Poder Público, sendo necessário ao particular “adquiri-lo”, para construir acima de tais coeficientes.

Entendem os doutrinadores<sup>148</sup> que o coeficiente básico de aproveitamento desejável a um imóvel é 1,0, ou seja, que o proprietário daquele terreno tenha a livre possibilidade de construir até a área do imóvel que adquiriu. Entretanto, não se olvida a instituição de coeficientes básicos de aproveitamento maiores ou menores que a área do terreno, como meio de se incentivar ou coibir a construção em determinados espaços urbanos, para ampliar ou reduzir, respectivamente, o direito de construir inerente ao proprietário.

O coeficiente de aproveitamento básico pode, ainda, ser único ou diferenciado, conforme estabeleceu o artigo 28, § 2º<sup>149</sup>, do Estatuto da Cidade.

#### 4.10.2 A possibilidade de coeficientes de aproveitamento básico diferenciados

O Estatuto da Cidade, ao tratar da outorga onerosa do direito de construir, e do coeficiente de aproveitamento básico, não vetou a possibilidade de se estabelecerem, dentro de uma mesma zona urbana, coeficientes de aproveitamento básico distintos para áreas específicas e determinadas dentro da zona urbana. Há divergência na doutrina, no tocante a esta faculdade de estabelecimento de diversos coeficientes, contida na Lei 10.257/01

<sup>147</sup> AZEVEDO NETO, Floriano Marques, *Op.cit.*, p. 238

<sup>148</sup> Neste sentido, José Afonso da Silva “Esse coeficiente único pode ser qualquer um, mas o mais lógico e razoável consiste no coeficiente de aproveitamento correspondente a 1,0”, *Op cit.* p. 260, José dos Santos Carvalho Filho “O normal, repetimos, é que o proprietário tenha o direito de dimensionar sua construção com a mesma extensão do lote que constitui sua propriedade. Por isso, o desejável, em princípio, é que o coeficiente de aproveitamento seja de 1,0” *Op cit.*, p. 204

<sup>149</sup> Art. 28. O plano diretor poderá fixar áreas nas quais o direito de construir poderá ser exercido acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário.

(...)

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

O entendimento majoritário é de que, embora o Estatuto da Cidade tenha previsto esta possibilidade, não se mostra correta sua aplicação, no que se refere ao coeficiente de aproveitamento básico. Defende-se que deve ser implantado um coeficiente de aproveitamento básico único para todo o território, pois a fixação de coeficientes distintos geraria situação de iniquidade, quebra da isonomia e violação ao princípio da igualdade no planejamento urbanístico.

José Afonso da Silva declara<sup>150</sup>:

“Quando a legislação de uso e ocupação do solo fixa coeficientes variáveis, como têm que ser, para os vários terrenos edificáveis, isso gera desigualdade de tratamento entre seus proprietários, porquanto os que podem construir com coeficiente mais elevado têm seus terrenos mais valorizados. Com isso, o conteúdo econômico dos terrenos urbanos edificáveis varia também em razão do volume de construção que neles pode ser implantado. (...)”

Pois bem, a *fixação do coeficiente único* iguala essa equação econômica.”

Julia Verna Ferreira de Souza<sup>151</sup> complementa:

“[...] o índice de aproveitamento, como já referido, tem se mostrado, por si só, mecanismo insuficiente para o efetivo e racional controle do uso do solo urbano.

Com efeito, sendo variável, isto é, havendo diferentes coeficientes de aproveitamento em diferentes zonas, os terrenos cujo coeficiente de aproveitamento for maior terão, como consequência, uma maior valorização, enquanto os terrenos com coeficiente menor sofrerão uma queda de valor. (...)”

Trata-se de situação iníqua, atentatória do princípio da igualdade, já que dá tratamento desigual aos proprietários de terrenos que, assim, aleatoriamente, ganham ou perdem.

(...) O que se pretende, então, para corrigir a distorção a pouco assinalada é, exatamente, o estabelecimento de um coeficiente único, de tal forma que o direito de construir do proprietário encontre seus limites nesse mesmo coeficiente único.”

Da maneira como veio definido na Carta de Embu, o solo criado previa somente um coeficiente único de aproveitamento.

Nas palavras de Azevedo<sup>152</sup>, a criação de coeficientes de aproveitamento distintos a um município seria perigosa, pois poderia transmutar-se em um mecanismo disfarçado de zoneamento, sujeito à outorga onerosa do Poder Público.

<sup>150</sup> SILVA, José Afonso da, *Op. cit.*, p. 260

<sup>151</sup> SOUZA, Julia Verna Ferreira. **Solo Criado: Um caminho para minorar os problemas urbanos.** in DALLARI, Adilson Abreu, FIGUEIREDO, Lucia Valle (coords) *Termas de direito Urbanístico* 2. 1991, p. 161, 162

<sup>152</sup> AZEVEDO NETO, Floriano Marques, *Op.cit*, p. 241

Tais autores defendem, ainda que, não obstante não seja admissível a instituição de coeficientes de aproveitamento básico distintos dentro de um mesmo território municipal, o Estatuto da Cidade deveria ter fixado um coeficiente de aproveitamento básico único para todo o território nacional. Não tendo havido essa previsão na Lei 10.257/01, o mínimo aceitável seria a fixação de um coeficiente de aproveitamento único para o município, sob pena de se ocasionar tratamento desigual aos respectivos proprietários, tolhendo o princípio urbanístico da isonomia aplicada às regras de uso e aproveitamento do espaço urbano.

Toshio Mukai<sup>153</sup>, por sua vez, não considera inadmissível o estabelecimento de coeficientes de aproveitamento distintos, afirmando que a diferenciação dos coeficientes, realizada através de demonstração e justificativa não viola a isonomia e equidade no planejamento urbano.

Ainda que seja vigente e majoritário o entendimento acerca da fixação de coeficientes de aproveitamento básico único para toda a zona urbana, não se pode deixar de ventilar a possibilidade de fixação de coeficientes distintos, desde obedecidas a motivação e justificativa suscitadas por Toshio Mukai.

Neste sentido, entendemos, de modo inovador, que, se a atribuição de coeficientes de aproveitamento básico distintos às áreas da zona urbana se der através de estudos minuciosos e elaborados com base nas peculiaridades locais, analisando, inclusive, os eventuais impactos decorrentes de um adensamento populacional em outra região, é certo que a sua função, nem de longe, teria relação com o zoneamento, como afirmou Azevedo. Ao revés, seria meio hábil à criação de moradia digna a populações anteriormente sem qualquer perspectiva de habitação decente, com acesso a infraestrutura, transportes, dentre outros direitos urbanos fundamentais.

E também não há que se dizer que esta diferenciação de coeficientes é vazia de sentido<sup>154</sup>, considerando-se que o seu intuito de abarcar situações peculiares estaria suprido por outros mecanismos do Estatuto da Cidade. É evidente que há outros meios, como a isenção de pagamento de outorga. Entretanto, esta peca ao não prever um adensamento excessivo em região cuja infraestrutura seja incapaz de absorvê-la, pois mesmo o regime de outorga prega que, preenchidos os requisitos objetivos, ela há de ser conferida. Não é apenas através da fixação de coeficientes de aproveitamento máximo distintos que se controla o

---

<sup>153</sup> MUKAI, Toshio. **O Estatuto da Cidade**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 74

<sup>154</sup> AZEVEDO NETO, Floriano Marques, *Op.cit*, p.241



adensamento populacional nas regiões. De igual modo, o coeficiente básico de aproveitamento diferenciado também se mostra instrumento hábil para tanto.

#### 4.10.3 Coeficiente de aproveitamento máximo

O Estatuto da Cidade adotou dois parâmetros para o aproveitamento do solo. Um é referente à limitação do direito de construir inerente à propriedade, e se corporifica no coeficiente de aproveitamento básico. O outro se relaciona ao solo criado propriamente dito, delimitando-se o quantum máximo a ser adquirido do Poder Público pelo particular, para a construção acima daquele primeiro coeficiente. Isto porque a possibilidade de criação do solo é um valor finito e, portanto, deve ter um patamar máximo fixado.

Os limites máximos, por sua vez, devem ser estabelecidos de maneira integrada aos demais instrumentos de desenvolvimento da política urbana, contidos no plano diretor, considerando o eventual impacto devido ao adensamento gerado, e a capacidade de a infraestrutura já existente absorver esse novo contingente populacional. Não se pode considerar, para a fixação de tais limites, a potencial infraestrutura a ser instalada no local, mas sim os efetivos equipamentos urbanos e coletivos já existentes.

Sendo assim, afirma Carvalho Filho<sup>155</sup>

“Aqui se estabelece que o plano diretor definirá os limites máximos a serem atingidos pelos coeficientes de aproveitamento, considerando a adequação entre a infra-estrutura já presente no local e a elevação de densidade que pode ser projetada para a área”

Não há, na doutrina, qualquer óbice à implantação de coeficientes de aproveitamento máximo distintos, como ocorre no coeficiente de aproveitamento básico. Ao revés, entende-se que a consecução da política de desenvolvimento urbano, por meio da outorga onerosa do direito de construir, tem como necessária a fixação de limites máximos distintos. É através da fixação de coeficientes de aproveitamento máximo que há o surgimento da outorga onerosa do direito de construir, pois este direito de construir, que ultrapassa o direito de propriedade, pertence ao Poder Público, que o outorga ao particular, através de contraprestação.

---

<sup>155</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Op. cit.*, p. 207

Não há iniquidade quando se estabelecem limites diferenciados de coeficiente de aproveitamento máximo, pois cada área, de acordo com suas peculiaridades locais, e existência de infraestrutura hábil a absorver o adensamento ali projetado.

José Afonso da Silva<sup>156</sup>, ao tratar deste coeficiente de aproveitamento, ressalta que estes limites não podem ser aleatórios, mas devem ser capazes de corporificar uma distribuição equitativa e funcional das densidades, compatibilizadas com a infra-estrutura e equipamentos urbanos de cada área. Sendo assim, do mesmo modo que se defende a realização de estudos de impacto e adensamento populacional nas potenciais áreas de coeficiente de aproveitamento básico, o mesmo deve ser considerado para os limites máximos que geral acréscimo de construção, através da criação de solo virtual

Também é consolidado o entendimento de que, se o particular adquire o direito de construir para além do coeficiente de aproveitamento básico, e dentro dos limites de aproveitamento máximo, não está ele adstrito à realização da edificação. Pode realizar a construção em parcelas, desde que tenha adquirido solo virtual correspondente.

#### **4.10.4 A ausência do coeficiente básico na lei nacional**

Segundo o entendimento de Floriano Marques de Azevedo<sup>157</sup>, o legislador do Estatuto da Cidade foi falho ao não estabelecer, na lei federal, um coeficiente básico de aproveitamento, válido para todo o país, e tal falha traz duas consequências, de acordo com o referido autor. Uma é de ordem jurídica, pois se entende, de modo geral na doutrina, que, caso a lei federal dispusesse sobre um coeficiente único de aproveitamento, invadiria a competência legislativa do município, o que é refutado por ele.

Para Azevedo, o estabelecimento do coeficiente de aproveitamento no Estatuto da Cidade traria parâmetros para o direito do titular da propriedade edificar sobre ela. Deste modo, em seu raciocínio, se há a necessidade de edição de norma federal para a “criação” do instituto do solo criado, por se tratar de matéria de direito de propriedade, ínsita ao direito civil, o mesmo deveria ocorrer com o coeficiente de aproveitamento básico, já que se trata de

---

<sup>156</sup> SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 254

<sup>157</sup> AZEVEDO NETO, Floriano Marques, *Op.cit*, p. 239

limite ao exercício do direito subjetivo à propriedade. Neste entendimento, só se cogitaria a invasão da competência municipal na eventualidade de se estabelecerem os coeficientes máximos de aproveitamento no Estatuto da Cidade.

Aqui, cabe fazer uma crítica ao posicionamento adotado pelo doutrinador, pois, na remota hipótese de fixação, via lei federal, de um coeficiente de aproveitamento básico único para todo o país, o que não ocorreu, estar-se-ia diante de uma grande incongruência. Isto porque o Brasil possui dimensões geográficas continentais, com perfis urbanos absolutamente distintos ao longo de seu território. O estabelecimento de um coeficiente único nacional, seja ele básico ou máximo, geraria impactos nas políticas locais de desenvolvimento urbano, ainda que se admitisse a existência de coeficientes de aproveitamento municipais distintos, de acordo com o interesse de desenvolvimento da política urbana.

Ademais, haveria o sério risco de não se atender, na maioria dos casos, dada a pluralidade de padrões de habitação e ocupação do território nacional, o princípio constitucional da função social da propriedade, seja pela utilização mínima a ser conferida pelo coeficiente de aproveitamento, seja pelo patamar máximo, cujo adensamento afeta drasticamente os equipamentos urbanos e coletivos de infraestrutura.

O plano diretor, ao estabelecer o coeficiente de aproveitamento básico deve, obrigatoriamente, obedecer a três aspectos<sup>158</sup>. Primeiramente, seu estabelecimento deve se valer de impessoalidade, não podendo beneficiar ou prejudicar indivíduos determinados, sem motivação específica, e destoando do interesse público. Entretanto, motivadamente, pode conferir padrões distintos de coeficientes. O segundo aspecto a ser observado é a finalidade de sua instituição, que corresponde aos critérios para se estabelecer o coeficiente de aproveitamento, de acordo com estudos prévios de impacto decorrente do eventual adensamento populacional em áreas de criação de solo virtual, balizando-se através das políticas contidas no plano diretor. Por fim, deve ainda ser elaborado um coeficiente de aproveitamento que seja compatível com os direitos inerentes à propriedade, pois parece contracenar a criação de coeficientes tão baixos, que demandem outorga onerosa do direito de construir para praticamente toda edificação a ser realizada pelo proprietário.

Como já explicitado acima, entende-se, pela presente análise, o cabimento de críticas a este posicionamento. Isto porque, ao deixar a cargo dos legisladores federais a competência

---

<sup>158</sup> *Idem*, p. 239

para o estabelecimento de um coeficiente de aproveitamento básico único, por meio do Estatuto da Cidade, instituir-se-ia no país o mesmo coeficiente para regiões populosas/povoadas e áreas com ínfimo adensamento populacional. Ainda que se diga que os limites de coeficientes máximos, deixados como competência do município, via plano diretor, sejam suficientes para adequar o coeficiente básico a estas diversas regiões do país, é certo que este valor, dependendo da localidade onde for aplicado, arrisca gravemente a realização da função social da propriedade.

As características locais de habitação, construção e demanda são extremamente sensíveis para que seja possível a generalização em caráter nacional. Por exemplo: certamente, um mesmo coeficiente básico aplicado à cidade de São Paulo/SP, a mais populosa do país, e à cidade de Borá/SP<sup>159</sup>, a menos populosa, ensejaria problemas urbanísticos a ambas. Na cidade mais populosa, por certo o coeficiente de aproveitamento básico único seria insuficiente para as construções habituais, levando o proprietário, ainda que de baixa renda, à necessidade de requereu outorga onerosa do direito de construir. Ao revés, na cidade menos populosa, seria muito provável que o coeficiente único estivesse muito além daquilo necessário ao proprietário, colocando em risco a realização da função social da propriedade, pela não utilização de áreas.

Ainda que se sustente a viabilidade, segundo este entendimento de Floriano Marques de Azevedo, da instituição de um coeficiente de aproveitamento único para todo o território nacional, inclusive como política de remanejamento populacional, desestimulando o adensamento em regiões muito populosas e fomentando a aglomeração em regiões de poucos habitantes, não parece, pelos motivos explicitados, a melhor solução em termos de política de desenvolvimento urbano, como se discorrerá no item seguinte.

A outra consequência da falha causada pela ausência de um coeficiente de aproveitamento único, ainda de acordo com Floriano Marques de Azevedo, é de ordem política. Deixando a cargo dos municípios a incumbência da definição do coeficiente básico de aproveitamento, correr-se-ia o risco do instituto se transformar em massa de manobra e pressão política local, ou ainda como fonte de receitas, o que desvirtuaria sobremaneira a essência do instituto.

---

<sup>159</sup> <http://censo2010.ibge.gov.br/resultados>, acessado em 20 de julho de 2013.

Entretanto, o estabelecimento de coeficiente não parece se transmutar em massa de manobra e pressão política local, pois a sua execução, no contexto da política de desenvolvimento urbano não se dá de modo isolado. Há de se ressaltar que coeficiente de aproveitamento, inserido dentro do contexto da outorga onerosa do direito de construir, é apenas um dos instrumentos da política urbana, que, aliado a outros, visa ordenar a ocupação do espaço urbano e gerenciar os equipamentos coletivos e urbanos. Então, o coeficiente, por si só, não é capaz de se tornar instrumento de pressão política, inclusive pelo fato de estar adstrito e condicionado à lei de zoneamento, e também à lei específica que o cria, cuja alterabilidade não é instantânea.

#### **4.11 A lei municipal específica**

O Estatuto da Cidade, em seu artigo 30, disciplina que a outorga onerosa do direito de construir deverá ser regulamentada, no âmbito municipal, através de lei específica, diversa daquela instituidora do plano diretor e também não pode estar contida na lei de zoneamento. Na verdade, a lei municipal específica que disciplinará a outorga onerosa do direito de construir encontra seu substrato no plano diretor, que prevê a sua possibilidade como instrumento de desenvolvimento da política urbana, e também na lei de zoneamento, que permitirá a realização

Nas palavras de Carvalho Filho<sup>160</sup>, a lei municipal específica é uma verdadeira complementação da lei que aprovou e instituiu o plano diretor. Entretanto, distingue que o plano diretor, juntamente com a lei de zoneamento, tem a incumbência de delimitar as áreas onde será possível a outorga à construção para além dos limites de coeficiente de aproveitamento básico, enquanto a lei municipal específica tem o condão de estabelecer critérios e condições para a outorga.

De acordo com o melhor entendimento da doutrina, trata-se de uma norma procedimento, porque nela devem estar contidos todos os regramentos de cálculos, bem como os critérios e parâmetros a serem adotados para efeitos de contrapartida, e os critérios

---

<sup>160</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Op. cit.*, p. 210

objetivos a serem preenchidos pelo proprietário que deseja edificar além do coeficiente básico de aproveitamento.

#### 4.12 Critérios para a outorga onerosa

O solo criado, e o direito de construir acima do coeficiente de aproveitamento básico a ele inerente, são entendidos, de modo geral, como um bem público, como já explanado, uma vez que seu detentor é o Poder Público, que o onera ao particular interessado em edificar. No entanto, este é um recurso finito, do que decorre que o ente estatal não pode, livre e indiscriminadamente, criar solos virtuais, sem que se considere a infraestrutura do local, e sua capacidade de acolher o adensamento populacional decorrente do aumento da área construída.

Deste modo, o procedimento hábil à outorga onerosa do direito de construir deve ser revestido de elementos que permitam aos proprietários pleitear tal outorga com isonomia, o que é alcançado através do estabelecimento de condições objetivas que, preenchidas, impelem o Poder Público a outorgar tal direito de construção.

Para Eros Roberto Grau<sup>161</sup>, o procedimento necessário à outorga onerosa do direito de construir constitui verdadeira “venda” do bem pelo Poder Público, assim como fazem os particulares, mediante uma remuneração. Por esta razão, não deve “estar sujeito às tradicionais e ortodoxas regras de licitação”.

Já para Floriano Marques de Azevedo<sup>162</sup>, o procedimento de outorga deve ser constituído de processo licitatório simples, com previsão, inclusive, da modalidade licitatória a ser utilizada, que, para ele, melhor seria na modalidade de leilão, dando aplicação amplificada a este instituto, previsto na Constituição Federal e na Lei de Licitações. Segundo ele, não há óbices legais à instituição da modalidade de leilão para a outorga onerosa do direito de construir, pois o Estatuto da Cidade deu ampla liberdade para o município, via lei municipal específica, delimitar as condições para a concessão da outorga, inclusive em forma de licitação.

---

<sup>161</sup> GRAU, Eros Roberto, *Op. cit.*, p. 81

<sup>162</sup> AZEVEDO NETO, Floriano Marques, *Op.cit*, p. 242

Entretanto, critica-se aqui este posicionamento, pois, ainda que admitida a outorga onerosa do direito de construir ao proprietário do bem ou terceiros interessados em adquiri-la, não parece plausível a adoção de procedimento complexo e burocrático, como é sabidamente o da licitação, para a concessão da outorga. Por se tratar de instrumento de efetivação da política urbana, a outorga onerosa do direito de construir deve ter como objetivo fomentar, em sua maioria, a construção em pontos específicos da zona urbana, defendendo-se, assim, o estabelecimento de coeficientes de aproveitamento básico e máximo distintos para as diversas áreas urbanas.

A licitação, em sua modalidade de leilão, só seria possível, então, quando a possibilidade de se construir acima do coeficiente de aproveitamento básico conferida a um proprietário puder ser exercida pelo proprietário de outro imóvel, situado em área distinta, em que o limite máximo é mais elevado, via de regra.

Por fim, se a lei municipal que regulamenta o procedimento para outorga onerosa do direito de construir estabelecer a possibilidade de outorga somente ao proprietário do bem, e admitindo-se a licitação como meio a ela, estar-se-ia diante da hipótese de inexigibilidade de licitação, nos termos do artigo 25<sup>163</sup>, da lei 8.666. Sob essa ótica, haveria apenas um concorrente hábil à concessão da outorga, que é o próprio proprietário do bem.

No tocante às condições a serem estabelecidas pela lei municipal específica, podem-se citar, adotando os ensinamentos de Carvalho Filho<sup>164</sup>, que ela deverá conter o modo de realização do cálculo para a cobrança, as hipóteses de isenção de pagamento e a contrapartida a ser prestada pelo particular que deseja edificar acima do coeficiente de aproveitamento

<sup>163</sup> Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

<sup>164</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Op. cit.*, p. 210

básico. Sem estas condições, consideradas com pressupostos da aplicação deste instituto, não há a possibilidade de utilização da outorga onerosa do direito de construir pelo poder municipal como instrumento de desenvolvimento da política urbana.

#### 4.13 Fórmula de cálculo para a cobrança

O Poder Público pode se utilizar de diversos critérios para a realização do cálculo. Não há, no Estatuto da Cidade, parâmetros definidos para a fixação de uma fórmula matemática para se chegar ao valor. Segundo Floriano Marques de Azevedo, tais parâmetros vão desde um percentual do valor venal do imóvel, até estimativa de mercado do potencial econômico atribuível ao solo criado. É cediço na doutrina que o valor a ser cobrado não pode ser superior, em valor unitário do metro quadrado, o valor unitário do terreno<sup>165</sup>. Entretanto, percebe-se que há, neste ponto, como em todos os outros de concessão da outorga, discricionariedade do Poder Público na fixação dos critérios a serem preenchidos pelo particular que almeja a outorga.

Em situações de outorga para construção acima do coeficiente de aproveitamento básico, este valor não pode ser superior ao valor do imóvel, valendo-se da máxima do Direito Civil de que não há sentido em o acessório, no caso o solo criado, alcançar valor superior ao principal, ou seja, a propriedade de que decorre o solo virtual a ser construído.

Segundo Carvalho Filho,<sup>166</sup>

“Contudo, é oportuno lembrar que o valor que resultar da aplicação da fórmula prevista em lei deve corresponder, da forma mais precisa possível, ao benefício auferido pelo titular do direito, quando lhe é permitido construir acima do coeficiente básico da área ou lhe é autorizada a alteração do uso do solo.”

#### 4.14 Hipóteses de isenção

---

<sup>165</sup> *Idem*, p. 234

<sup>166</sup> *Idem*, p. 210-211



A isenção do pagamento da contrapartida do particular é delineada, de modo geral, no artigo 30, II, do Estatuto da Cidade<sup>167</sup>. Entretanto, é competência municipal a instituição dos critérios para a isenção, atendendo aos interesses locais.

Os critérios para o não pagamento podem ser de ordem objetiva, como política de desenvolvimento urbano, quando se desejar adensar uma região pouco habitada, ou subjetivas, que, em geral, considerarão o caráter social e filantrópico a que se destinará o direito de construir.

#### 4.15 Contrapartida

O artigo 30, inciso I, do Estatuto da Cidade, determina que haverá cobrança pela outorga onerosa do direito de construir, ao estabelecer uma fórmula de cálculo para a cobrança, permitindo, em seguida, no inciso II, a isenção de tal pagamento. Deve-se entender, entretanto, que tal cobrança não será, necessariamente, em dinheiro, pecúnia<sup>168</sup>.

Segundo Diógenes Gasparini<sup>169</sup>

“Contrapartida é a compensação que o beneficiário da licença para construir acima do coeficiente de aproveitamento entrega ao Município. Contrapartida é expressão ampla que significa uma compensação, um contrapeso em dinheiro (entrega de certo valor), em bens (doação de área para alargamento de via pública), em construção (execução de um viaduto) ou em serviço (execução de pavimentação)”

O Poder Público municipal, em ação conjunta do Legislativo e do Executivo, pode estabelecer que a forma de pagamento pela outorga se dê de outras maneiras. Pode-se vincular a concessão deste direito de construir acima do coeficiente básico de aproveitamento à criação de equipamentos de infraestrutura na região passível de adensamento em virtude da criação de solo virtual; doação de imóveis em outras áreas da zona urbana.

<sup>167</sup> Art. 30. Lei municipal específica estabelecerá as condições a serem observadas para a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso, determinando:

I – a fórmula de cálculo para a cobrança;

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

III – a contrapartida do beneficiário.

<sup>168</sup> Nas palavras de Carvalho Filho: “Não obstante, o Estatuto não deixou consignado que tipo de contrapartida seria atribuído ao beneficiário.” *Op. cit.*, p. 212

<sup>169</sup> GASPARINI, Diógenes, *Op. cit.* p. 171

A regra na concessão da outorga onerosa do direito de construir é a onerosidade, que já vinha estabelecida, inclusive, na Carta de Embu.<sup>170</sup>

Carvalho Filho<sup>171</sup> assevera que, de acordo com as peculiaridades locais e visando os objetivos da política urbana, a lei municipal específica pode discorrer outras possibilidades de contrapartida, como a doação de áreas privadas à municipalidade, estabelecimento de parcerias com projetos sociais, e até a transformação de um terreno em área de proteção ambiental, sem indenização ao particular.

Em seu inciso III, o referido artigo traz outras possibilidades, daquilo que denomina “contrapartida” do particular ao Poder Público, para a concessão de outorga. No entanto, pecou o legislador ao deixar abertas as possibilidades de contrapartida. O projeto de lei que deu origem ao Estatuto da Cidade, tinha, reversamente do texto aprovado, quatro hipóteses, bem definidas: ativos financeiros, bens imóveis, execução de obras e serviços relevantes para o desenvolvimento urbano municipal, créditos relativos a indenizações não pagas pelo município<sup>172</sup>.

É provável que tal opção legislativa tenha se dado para não restringir a autonomia dos municípios no tocante a quais possibilidades de contrapartida poderia facultar ao particular.

#### **4.16 Natureza jurídica do ônus prestado pelo particular ao Poder Público**

Há forte discussão acerca da natureza jurídica da outorga onerosa do direito de construir. Pelo fato de geralmente ser exigido o pagamento em espécie, em pecúnia, há doutrinadores que defender se tratar de tributo, como Seabra Fagundes<sup>173</sup>. Segundo ele,

“será próprio, sim, gravar com ônus maior, e até mesmo bem maior do que o usual, as construções que, pela superposição de múltiplos pisos, importam sobrecarga extraordinária aos equipamentos e serviços públicos locais. Mas isso através de tributo, e não como uma espécie de transação, eticamente espúria, entre o Poder

<sup>170</sup> “[...] É constitucional exigir, na forma da lei municipal, como condição de criação do 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.” In Carta de Embu, Fundação Prefeito Faria Lima – CEPAM 1977.

<sup>171</sup> CARVALHO FILHO, *Op. cit.*, p. 212

<sup>172</sup> AZEVEDO NETO, Floriano Marques, *Op.cit.*, p. 244

<sup>173</sup> FAGUNDES, Seabra, *Op. cit.*, p. 7

Público e o proprietário, à custa daquilo que se considerou, tendo em vista o interesse coletivo, como limite máximo da superposição de pisos e, consequentemente, de habitabilidade da área.”

Não se trata, entretanto, de espécie tributária, pois não se pode dizer que é taxa<sup>174</sup>, como defende Carvalho Filho<sup>175</sup>, pois o município não pratica nenhum ato de polícia que justifique a cobrança de taxa ou mesmo que a outorga onerosa do direito de construir configure a prestação de um serviço específico e divisível. A outorga onerosa do direito de construir é apenas a cessão de um direito aos que desejam construir acima do coeficiente de aproveitamento básico. Outros, por sua vez, defendem se tratar de imposto<sup>176</sup>, o que também não se pode admitir, pois é essência desta espécie tributária o pagamento compulsório, além de que sua cobrança, pela própria conceituação dada pelo Código Tributário Nacional, é desvinculada de qualquer atividade prestada pelo ente estatal.

Sendo assim, a nosso ver, não se pode admitir que a outorga onerosa do direito de construir tenha natureza de imposto, pois a sua contrapartida é dada justamente para a concessão da outorga.

Florianio Marques de Azevedo, a seu turno, defende se tratar de preço público, uma vez que o instituto da outorga onerosa do direito de construir é faculdade conferida ao particular que intenta construir acima do coeficiente básico de aproveitamento. Despido, portanto, da compulsoriedade, é impossível se dizer que a contrapartida é imposto.

Caso de considerasse a outorga em questão como tributo, haveria de se reconhecer a inconstitucionalidade do artigo 26 e seus incisos, do Estatuto da Cidade, uma vez que nele vem disposta a necessidade de vinculação dos proventos decorrentes da outorga com finalidades específicas.

Há quem que o pagamento pela outorga onerosa do direito de construir não se trata de preço público, mas de simples preço, pois o preço público está sempre ligado e condicionado à prestação de um serviço público, enquanto a outorga onerosa do direito de construir se destina apenas a conferir ao particular o direito de construir acima do coeficiente de aproveitamento básico.

---

<sup>174</sup> Segundo Luis Eduardo Schoueri, “(...) as taxa são devidas ‘em razão’ de uma atividade do Estado, a qual pode caracterizar o exercício do poder de polícia ou a prestação de serviços públicos específicos” in **Direito Tributário**, São Paulo: Saraiva, 2011, p 167

<sup>175</sup> *Idem*, p. 214. Afirma que se trata de taxa, pois “em virtude do exercício do poder de polícia fiscalizatório pelo governo municipal”

<sup>176</sup> Art. 16, CTN: Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica relativa ao contribuinte.

Importante destacar que a grande maioria da doutrina, apesar de destoar quanto à específica classificação da outorga onerosa do direito de construir, é uníssona quanto à negativa de que se trata de imposto. Nas palavras de Eros Roberto Grau<sup>177</sup>: “Tributos são receitas que encontram sua causa na 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.”

Não se pode considerar que o simples fato da onerosidade atribuída à outorga possa configurá-la como imposto. Deve-se analisar a necessidade, via de regra, de contrapartida, de pagamento da outorga como um “compensador” dos ônus trazidos pela criação de solo virtual, e do eventual adensamento populacional e sobrecarga dos aparelhos e equipamentos urbanos e coletivos.

O STF, ao se posicionar sobre o tema, parece ter adotado a posição de considerar a outorga onerosa do direito de construir como preço público, pois a sua contrapartida seria um ônus, imposto ao particular que deseja edificar acima do coeficiente básico, sendo que a não prestação o impediria apenas de construir aquilo que almeja<sup>178</sup>, posição a que esse estudo se filia.

#### **4.17 Destinação dos recursos obtidos**

A necessidade de outorga onerosa do direito de construir só faz sentido, como instrumento urbanístico, devido ao que preceitua o artigo 31. Ele remete ao artigo 26 que, em seus incisos, traz um rol de finalidades em que o recurso obtido com a outorga deve ser empregado. São eles:

I – regularização fundiária;

II – execução de programas e projetos habitacionais de interesse social;

III – constituição de reserva fundiária;

---

<sup>177</sup> GRAU, Eros Roberto, *Op. cit.* p.82

<sup>178</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Op. cit.* p. 213.

IV – ordenamento e direcionamento da expansão urbana;

V – implantação de equipamentos urbanos e comunitários;

VI – criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes;

VII – criação de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse ambiental;

VIII – proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico;

IX – (VETADO)

A criação desta vinculação traz maior segurança jurídica à aplicação dos recursos oriundos da outorga onerosa do direito de construir, pois, ao descrever claramente onde serão empregados, impede que seu investimento se dê em áreas não destinadas à ordenação e planejamento públicos, tornando-se uma mera receita.

## 5 A OUTORGA ONEROSA DO DIREITO DE CONSTRUIR E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA

Para Eros Roberto Grau<sup>179</sup>, não se pode falar em outorga onerosa do direito de construir, sem trazer a função social da propriedade como condicionante necessária deste instituto urbanístico.

A observação da evolução da propriedade, desde os primórdios romanos, sendo expressão clara do direito natural, até a contemporaneidade, onde assume a dita função social, deve ser feita sempre se adotando um espectro multifacetário, pois são diversos os vieses que podem levar à realização da função social da propriedade.

Como já foi afirmando, a propriedade, seja ela urbana ou rural, mas aqui enfatizando-se a propriedade urbana, desde muito deixou de ser apenas relacionada a um direito puramente subjetivo, de caráter individualista e absoluto. A evolução da propriedade trouxe a ela, inevitavelmente, a realização de uma função social, ou seja, a colocação da propriedade em uma esfera muito maior de abrangência. Deixou-se de considerá-la apenas como direito subjetivo, e dotou-a de um caráter público, consubstanciado no atendimento de um interesse coletivo, público, reconhecido como a função social a ser realizada pela propriedade.

Nesta seara, surgiram as limitações ao direito de propriedade, como uma maneira de se realizar a função social da propriedade urbana, sejam estas ações, por parte do proprietário, positivas ou negativas.

Para o presente estudo, adota-se apenas a análise da outorga onerosa do direito de construir e do princípio da função social da propriedade urbana, sem desconsiderar, por óbvio, que esta última se encontra inserida em um contexto muito mais amplo, onde também deve se realizar a função social, que é a cidade, em especial no ambiente urbano.

---

<sup>179</sup> GRAU, Eros Roberto, *Op. cit*, p. 62

Para Eros Roberto Grau<sup>180</sup>, citando o Min. Moreira Alves, esta realização da função social da propriedade urbana se dá quando se alcançam as funções do urbanismo, que o referido autor substitui pela expressão “objetivos do urbanismo”, e que parece mais adequada à contemporaneidade, dada a redação conferida ao Estatuto da Cidade. São as funções sociais do urbanismo a circulação, habitação, trabalho e lazer.

Para a análise da realização da função social da propriedade urbana, através da outorga onerosa do direito de construir, é importante se estabelecerem dois pontos distintos de análise: a conformação do instituto da outorga onerosa do direito de construir aos objetivos do Estatuto da Cidade, e a destinação dos recursos advindos da outorga.

### **5.1 Outorga onerosa do direito de construir e os fundamentos do Estatuto da Cidade**

No que concerne aos objetivos do Estatuto da Cidade, estabelecidos no artigo 2º da Lei 10.257/01, entende-se que a função social da propriedade urbana será alcançada através da realização das políticas de desenvolvimento urbano contidas nos incisos do referido artigo. Sendo assim, a outorga onerosa do direito de construir, ao ordenar a ocupação do solo urbano através do estabelecimento de áreas passíveis de adensamento populacional, mostra-se um meio hábil à realização de uma cidade plena, sustentável, com boas condições de habitação, infraestrutura, lazer e circulação.

Isto porque a implantação da outorga onerosa do direito de construir está condicionada à existência prévia de infra-estrutura urbana no local de futuro adensamento populacional, justamente para manter as boas condições de vida, proporcionando dignidade aos moradores. A realização da vida digna é, em grande medida, uma das funções sociais a ser desempenhada pela cidade, dentro também do contexto da função social da cidade.

Como instrumento urbanístico, a outorga onerosa do direito de construir, como já abordado, pode ser implantada de duas maneiras: através de coeficiente de aproveitamento único para toda a cidade, ou por meio de fixação de coeficientes diferenciados às diversas áreas contidas na zona urbana.

---

<sup>180</sup> *Ibidem*, p. 71

A doutrina majoritária defende a ideia de que, para que se alcance moradia digna, boas condições de habitação, infraestrutura local completa, realizando-se, assim, a função social da propriedade urbana, o coeficiente de aproveitamento básico fixado pelo Município deve ser único. Em que pese a isonomia prevalecer nesta modalidade de fixação de coeficiente de aproveitamento, possibilitando igualdade de tratamento às pessoas, e igualdade de acesso à moradia, não se pode desconsiderar a possibilidade, já prevista e ventilada pelo Estatuto da Cidade, da fixação de coeficientes de aproveitamento básico distintos.

O entendimento alcançado é no sentido de que a fixação de coeficiente de aproveitamento básico único é medida generalizadora na implantação da outorga onerosa do direito de construir. Isto porque não parece correto estabelecer, para uma mesma cidade, quiçá para um país todo, como desejam alguns, um coeficiente de aproveitamento básico único.

O Estatuto da Cidade é pautado pela concessão de competência ao Município para edição do plano diretor, justamente por ser, tecnicamente, capaz de delimitar com mais precisão as necessidades e peculiaridades locais, possibilitando, assim, o desenvolvimento da política urbana. Dentre as diretrizes gerais e instrumentos da política urbana, caberá ao legislador municipal a escolha daqueles instrumentos que mais se adéquam à realidade urbana local.

Sendo assim, parece mais acertado, ainda que se encontre dura resistência na doutrina, a fixação de coeficientes de aproveitamento básico distintos. Entretanto, é necessária uma ressalva importante. Não se pode realizar a fixação destes coeficientes diferenciados ao bel-prazer dos legisladores. É imprescindível a realização de estudos prévios, nas comunidades onde se deseja adensamento, seja ele de ordem habitacional ou comercial.

Sem a realização de um estudo detalhado e minucioso acerca das peculiaridades do local a ser agraciado pela outorga onerosa do direito de construir, incluindo, fundamentalmente, neste estudo, a aferição da infraestrutura existente no local, fator este necessário à outorga, como estabelece a lei, o instituto urbanístico em questão seria transformado em massa de manobra em políticas locais. Caso isso ocorresse, estar-se-ia afastando cabalmente a outorga onerosa do direito de construir da realização da função social da propriedade urbana, tão perquirida pelo Estatuto da Cidade.



Pode-se dizer que o estabelecimento de coeficientes de aproveitamento básico distintos, como ora se propõe, é medida eficaz na realização das funções sociais de habitação, transporte, lazer e trabalho.

Quanto à habitação, este estabelecimento de coeficientes distintos permite a alocação e o adensamento populacional em regiões onde o Poder Público tenha já instalado infraestrutura capaz de absorver o novo contingente populacional que advém da outorga. A ocupação desordenada dos espaços urbanos, ao revés, causaria sobrecarga nos equipamentos e aparelhos urbanos. Tais sobrecargas são dificilmente solucionadas, pois os danos à dignidade da vida no local é como uma reação em cadeia, vai desencadeando outras situações problemáticas, especialmente quanto à infra-estrutura.

De igual modo, transporte e lazer podem existir em determinadas áreas, e serem subaproveitados, devido ao pequeno contingente populacional que ali se instalou. Com o estabelecimento do coeficiente de aproveitamento básico distinto, haverá um fomento pelo adensamento populacional naquela área, com potencial de infraestrutura subutilizado, desafogando outras áreas com condições precárias de habitação, infraestrutura, transporte e recreação.

No tocante ao papel social, e eminentemente controlador da densidade populacional nas áreas da cidade, tem-se a seguinte conclusão de Fabio Caprio Leite de Castro<sup>181</sup>

“O solo criado, que é uma compensação financeira pelo exercício do direito de construir acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado pelo Município, funciona como um dos principais meios de controle da densidade urbana a ser definido no plano diretor, orientado pela função social da cidade e da propriedade urbana, podendo ser considerado como um dos vetores de estímulo ou concentração do crescimento urbano”

Pelo trecho exposto, fica evidente que, diretamente relacionada à função social da propriedade urbana, a outorga onerosa do direito de construir é por ela norteadada e se mostra como uma efetiva maneira de se atingir a realização da função social da propriedade urbana, permitindo vida digna aos moradores da cidade.

Em suma, não há óbices à aplicação de coeficientes de aproveitamento básico único nos Municípios do Brasil, tanto que este se mostra o modo mais utilizado pelos legisladores

---

<sup>181</sup> DE CASTRO, Fabio Caprio Leite. **A função social da cidade e da propriedade urbana enquanto princípio orientador da regulamentação do solo criado no planejamento urbanístico porto-alegrense.** in Anais do II Congresso de Direito Urbano-Ambiental: Congresso Comemorativo aos 10 anos do Estatuto da Cidade, v. 1. Porto Alegre: Fundação Escola Superior de Direito Municipal, 2011, p.592

municipais, ao estabelecer a outorga onerosa do direito de construir, seja pela praticidade na fixação, seja pelo receio da inovação.

Entretanto, pelos motivos expostos, não se pode deixar de considerar o estabelecimento de coeficientes de aproveitamento básico distintos às diversas áreas do Município. Valendo-se dos procedimentos corretos, a diferenciação dos coeficientes básicos pode-se mostrar como uma grande realizadora da função social da propriedade urbana, realizando as diretrizes contidas no Estatuto da Cidade, e permitindo à população uma vida digna, amparada pelos aparelhos estatais de infraestrutura.

Ainda que não faça parte, diretamente, do conceito de solo criado, pois a construção até o limite do coeficiente de aproveitamento básico é direito de construir inerente ao direito de propriedade, é relevante, para o presente estudo, a discussão de tal ponto, e a ventilação de diversas possibilidades decorrentes deste coeficiente.

Em certa medida, este coeficiente de aproveitamento básico influi diretamente no instituto da outorga onerosa do direito de construir, pois, quanto menor ele for, maior será a procura pela outorga do direito de construir, gerando contrapartidas ao Poder Público, que deverá investi-las de acordo com o estabelecido no Estatuto da Cidade, especialmente para a reparação dos danos decorrentes do adensamento, e para criação de melhor infraestrutura na região adensada.

## **5.2 Outorga onerosa do direito de construir e a destinação dos recursos auferidos**

De acordo com o artigo 31, do Estatuto da Cidade, os recursos auferidos com a outorga onerosa do direito de construir serão aplicados segundo o disposto no artigo 26, do mesmo diploma legal. São os incisos do artigo 26<sup>182</sup> que trazem o rol de finalidades a que

---

<sup>182</sup> I – regularização fundiária;

II – execução de programas e projetos habitacionais de interesse social;

III – constituição de reserva fundiária;

IV – ordenamento e direcionamento da expansão urbana;

V – implantação de equipamentos urbanos e comunitários;

VI – criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes;

VII – criação de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse ambiental;

VIII – proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico;

IX – (VETADO)

devem se destinar os recursos auferidos com a outorga onerosa do direito de construir, para a realização de tais funções e, em última análise, a consecução da função social da propriedade urbana.

Por se tratar de diploma legal recente, e de instituto urbanístico cuja aplicação prática é facultada ao Poder Público Municipal instituir, há poucas informações doutrinárias acerca do tema. Por meio de análise de leis municipais específicas, responsáveis pela criação da outorga onerosa do direito de construir, e da respectiva contrapartida e destinação dos recursos auferidos, pode-se verificar em que medida este instituto é um vetor para a realização da função social da propriedade urbana.

Uma pesquisa apresentada na 10ª Conferência Internacional da LARES<sup>183</sup> apontou que o instituto da outorga onerosa do direito de construir é muito pouco utilizado pelos municípios. Dos 159 municípios que tiveram seus planos diretores analisados, um número relevante (cerca de 81%) prevê a possibilidade de criação da outorga onerosa do direito de construir. Entretanto, por se tratar de instituto que necessita de edição de lei municipal específica, ao buscar informações sobre o advento da lei municipal regulamentadora, números assustadores foram obtidos: daqueles municípios que prevêem a outorga onerosa do direito de construir, apenas 55% deles, de acordo com o IBGE<sup>184</sup>, possuem lei específica para a regulamentação da outorga onerosa do direito de construir.

Continuando com os dados obtidos em tal pesquisa, ao se aferir a quantidade de municípios que têm, em suas normas sobre outorga onerosa do direito de construir, parâmetros para a definição da destinação dos recursos auferidos com a outorga, chega-se a um número alarmante. Apenas 3%<sup>185</sup> dos municípios analisados têm destinações determinadas em lei, e mecanismos de controle social deste direcionamento das contrapartidas recebidas pelo Poder Público, o que pode causar certa insegurança jurídica, pois, inexistente a positivação do destino a ser dado a esta contrapartida, ela pode ser aplicada pela municipalidade onde houver maior interesse, e não nas áreas estabelecidas pelo Estatuto da Cidade.

---

<sup>183</sup> MALERONKA, Camila. **Outorga Onerosa do Direito de Construir: um enigma a ser desvendado**. 10ª Conferência Internacional da LARES, Setembro 15-17, 2010 São Paulo, Brasil, P. 5-6. Disponível em <http://www.lares.org.br/2010/anais2010/images/435-538-2-RV.pdf>, acessado em 20 de agosto de 2013.

<sup>184</sup> *Idem*

<sup>185</sup> *Ibidem*

Neste caso, em eventual destinação diversa, não se pode cogitar em relacionar a contraprestação paga pelo particular ao Poder Público com a realização da função social da propriedade urbana, pois os valores provavelmente não seriam aplicados em obras de melhoria de infraestrutura, que são as responsáveis, em sua maioria, pela realização da função social da propriedade urbana, na medida em que tornam cada vez mais digna a vida da coletividade.

Sobre estes aspectos evidenciados na referida pesquisa, percebe-se que o instituto da outorga onerosa do direito de construir, seja pela faculdade de sua instituição, seja pelo desconhecimento dos benefícios de seu uso como instrumento urbanístico, é previsto nos planos diretores, porém não é utilizado, nem sequer regulamentado.

Quando regulamentado, os Municípios geralmente criam um Fundo de Desenvolvimento Urbano<sup>186</sup>, como é o caso da cidade de São Paulo. Tal fundo é responsável pela arrecadação da contrapartida prestada pelo particular que deseja construir acima do coeficiente básico de aproveitamento. O fundo é, então, responsável pelo gerenciamento das contraprestações dadas pelo particular à municipalidade, para concessão da outorga. De modo geral, o fundo irá administrar os valores recebidos em pecúnia, dando a eles a destinação prevista no artigo 26, do Estatuto da Cidade.

Com a existência de tal fundo, que pode e deve contar com a participação popular, a destinação dos recursos é praticamente certa àquelas diretrizes previstas no Estatuto da Cidade. Com a realização das diretrizes previstas na Lei 10.257/01, é possível se criar um ambiente digno para a habitação das pessoas, fornecendo infraestrutura de qualidade, o que engloba transporte, moradia digna, recreação, e todos os outros elementos necessários à realização das funções sociais.

---

<sup>186</sup> “O Fundo de Desenvolvimento Urbano (FUNDURB) é um fundo de natureza contábil vinculado à Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano (SMDU), cujos recursos são aplicados com a finalidade de realizar investimentos em prol dos objetivos, diretrizes, planos, programas e projetos urbanísticos e ambientais integrantes ou decorrentes do Plano Diretor Estratégico. (Decreto 47.661 – caput do Art. 2º) Os recursos do Fundo são aplicados em consonância com as disposições do Estatuto das Cidades e do Plano Diretor Estratégico na execução de programas e projetos habitacionais de interesse social, incluindo a regularização fundiária e a aquisição de imóveis para a constituição de reserva fundiária; em transporte coletivo público urbano; no ordenamento e direcionamento da expansão urbana, incluindo infra-estrutura, drenagem e saneamento; na implantação de equipamentos urbanos e comunitários, espaços públicos de lazer e áreas verdes; na criação de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse ambiental; na proteção de outras áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico, incluindo o financiamento de obras em imóveis públicos classificadas como Zonas de Preservação Cultural – ZEPEC”. Disponível em [http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/desenvolvimento\\_urbano/fundurb/apresentacao/index.php?p=45100](http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/desenvolvimento_urbano/fundurb/apresentacao/index.php?p=45100), acessado em 20 de agosto de 2013.

Como os valores obtidos são oriundos da contraprestação paga pelo particular ao Poder Público, e tal prestação só é devida pois se incutiu uma função social à propriedade, pode-se dizer que a outorga onerosa do direito de construir é um instrumento efetivador da função social da propriedade urbana.

Por fim, não se pode deixar de considerar a hipótese de isenção e contraprestação diversa de dinheiro, como também realizadoras da função social da propriedade urbana. Quando se almejar o adensamento populacional em uma determinada região, inclusive para fins de regularização fundiária ou urbanização, que são diretrizes do Estatuto da Cidade, como se viu, é facultado ao Poder Público a isenção da contraprestação a ser paga pelo particular.

Em casos de populações de baixa renda, tal possibilidade concretiza efetivamente a função social da propriedade urbana, na medida em que permite a habitação de pessoas carentes e desprovidas de recursos de qualquer espécie, em regiões onde exista infraestrutura capaz de absorver este novo contingente populacional, até então marginalizado, especialmente no tocante à moradia digna.

A contraprestação diversa de pecúnia foi uma possibilidade aberta pelo legislador, que, no projeto de lei do Estatuto da Cidade, trazia rol taxativo de modos de contrapartida. Ao ventilar a possibilidade de pagamento da contraprestação em variadas espécies, pode o Poder Público, ao outorgar o direito de construir a empreendimentos de grande vulto, exigir não o pagamento em pecúnia, mas a realização de obras de infraestrutura, como condicionante para a outorga, o que também demonstra a realização da função social da propriedade urbana, na medida em que não se vislumbra apenas o crescimento, mas sim o desenvolvimento sustentável da cidade, também previsto no Estatuto da Cidade.

Deste modo, o novo empreendimento agregará valores à região, em especial em postos de trabalho, e não trará impactos à infraestrutura local, pois esta já foi fornecida pelo particular que almeja construir, realizando, assim, as funções sociais da propriedade urbana.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou analisar, primeiramente, os princípios de Direito Urbanístico, em especial o princípio norteador da função social da propriedade, de onde decorrem a função social da cidade a função social da propriedade urbana, carro chefe de análise deste estudo.

Por meio da análise das diretrizes gerais contidas no Estatuto da Cidade, e de estudo aprofundado acerca da função social da propriedade urbana, cujas realização se dá através de fornecimento de condições dignas de habitação, lazer, circulação, trabalho e infraestrutura, conceituou-se a outorga onerosa do direito de construir.

A outorga onerosa do direito de construir, instrumento urbanístico contido no Estatuto da Cidade, é um meio de ordenação do uso e ocupação do solo que cuida da criação de pavimentos suplementares àqueles permitidos em lei. O limite de construção vai até o coeficiente de aproveitamento básico. Para além dele, é necessária outorga onerosa do direito de construir, conferida pelo Poder Público ao particular, via de regra, mediante o pagamento de uma contraprestação.

Esta contrapartida pode ser em pecúnia, bens, serviços ou obras, de acordo com o que dispuser a lei específica que regulamenta a outorga onerosa do direito de construir, uma vez que sua previsão deve vir contida no plano diretor.

Os coeficientes, as formas de cálculo da contraprestação, a maneira de adimplemento desta contraprestação e todos os demais detalhes inerentes à outorga onerosa do direito de construir, devem estar contidos em lei municipal específica. O município é o ente da federação competente para a edição de normas de caráter local, como o plano diretor, e a lei da outorga onerosa do direito de construir, sempre observando as diretrizes gerais e fundamentos do Estatuto da Cidade, criado pela União, através da Lei 10.257/01.

Após a análise destes institutos separadamente, coube analisar em que medida a outorga onerosa do direito de construir, e seus elementos integrantes, em especial a contraprestação a ser paga pelo particular ao Poder Público, são meios hábeis à efetivação da função social da propriedade urbana. Também se analisou o instituto da outorga onerosa do direito de construir e sua relação com os fundamentos do Estatuto da Cidade, que são, em

última análise, os meios previstos em lei, através de instrumentos urbanísticos, para que se chegue à realização da função social da propriedade urbana, que nada mais é, em linhas gerais, do que a possibilidade de se oferecer vida digna aos moradores, mitigando-se o direito de propriedade em benefício do interesse coletivo.

Pelo exposto, conclui-se que, embora prevista desde 2001, no Estatuto da Cidade, pesquisas apontam que a outorga onerosa do direito de construir é pouco implementada como instrumento urbanístico na consecução da função social da propriedade urbana.

Entretanto, pelo que se analisou, este instrumento previsto pela Lei 10.257/01 é meio hábil à realização da função social da propriedade urbana, pois permite a adequação do crescimento e adensamento populacional com a possibilidade de moradia digna, ao se distribuírem os contingentes populacionais pelas diversas áreas da cidade.

Para tanto, pode o município se valer de coeficientes de aproveitamento básico distintos, para fomentar a habitação deste ou daquele lugar, sempre respeitando a reserva do possível, no que tange à infraestrutura disponível no local passível de adensamento. Pode, ainda, valer-se de isenção de contrapartida da outorga, para beneficiar populações carentes, e possibilitar a moradia digna, através de programas de regularização fundiária e urbanização.

É possível, ainda, por meio da outorga onerosa do direito de construir e sua contraprestação diversa de pecúnia, a realização, por parte do particular que deseja construir acima do permitido, de obras de infraestrutura que impactem menos na região a ser adensada, adequando o desenvolvimento urbano às funções sociais que devem ser atendidas pela propriedade e pela cidade.

Por fim, há ainda a destinação a ser dada às contraprestações, em especial aquelas em pecúnia. Para tanto, evidenciou-se a existência de fundos de urbanização, como é o caso do FUNDURB, na cidade de São Paulo. Ele é o responsável pelo manejo dos recursos de acordo com os objetivos, fundamentos e diretrizes do Estatuto da Cidade, que, quando atendidos, representam a plena realização da função social da propriedade urbana, permitindo o crescimento urbano e mantendo a qualidade de vida e o bem-estar da coletividade.

## REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Natureza jurídica do zoneamento; efeitos**. RDP, São Paulo, v. 15, n. 61, p. 37.

\_\_\_\_\_. **Discrecionalidade e Controle Jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos, Comentários ao Estatuto da Cidade. 3ª Ed. Lumem Juris: Rio de Janeiro, 2009.

CÓDIGO CIVIL DE 1916, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/13071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm), acessado em 5 de agosto de 2013.

CÓDIGO CIVIL DE 2002, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm), acessado em 2 de agosto de 2013.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm), acessado em 10 de agosto de 2013.

COSTA, Nelson Nery. **Constituição Federal anotada e explicada**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CRETELA JUNIOR, José. **Curso de Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lucia Valle (coords). **Temas de direito urbanístico 1**. São Paulo: RT, 1991.

\_\_\_\_\_. **Temas de direito urbanístico 2**. São Paulo: RT, 1991.

DALLARI, Adilson de Abreu, DI SARNO, Daniela Campos Libório (coords). **Direito urbanístico e ambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.



DALLARI, Adilson de Abreu; FERRAZ, Sergio (coordenadores). *Estatuto da Cidade*. São Paulo: Malheiros, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1991.

DE CASTRO, Fabio Caprio Leite. **A função social da cidade e da propriedade urbana enquanto princípio orientador da regulamentação do solo criado no planejamento urbanístico porto-alegrense**. in *Anais do II Congresso de Direito Urbano-Ambiental: Congresso Comemorativo aos 10 anos do Estatuto da Cidade*, v. 1. Porto Alegre: Fundação Escola Superior de Direito Municipal, 2011

DI SARNO, Daniela Campos Libório, **Elementos de Direito Urbanístico**, Barueri: Manole, 2004.

ESTATUTO DA CIDADE, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/110257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm), acessado em 20 de agosto de 2013.

FAGUNDES, Seabra. **Aspectos Jurídicos do Solo Criado**, in RDA, 129/9.

GASPARINI, Diógenes. **Outorga Onerosa do Direito de Construir**, Biblioteca Digital Fórum de Direito Público, ano 10, n. 47, jan/fev 2008.

GRAU, Eros Roberto. **Direito Urbano**. São Paulo: RT, 1983.

\_\_\_\_\_. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HARADA, Kiyoshi. **Desapropriação: doutrina e prática**. 3 ed, São Paulo: Atlas, 1999.

MACRUZ, João Carlos, MACRUZ, José Carlos, MOREIRA, Mariana. **O Estatuto da Cidade e seus instrumentos urbanísticos**. São Paulo: LTr, 2002.

MALERONKA, Camila. **Outorga Onerosa do Direito de Construir: um enigma a ser desvendado**. 10ª Conferência Internacional da LARES, Setembro 15-17, 2010 São Paulo, Brasil, P. 5-6. Disponível em <http://www.lares.org.br/2010/anais2010/images/435-538-2-RV.pdf>, acessado em 20 de agosto de 2013.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Limitações urbanas ao direito de propriedade**. São Paulo: Atlas, 2010.

MARRARA, Thiago, **Bens públicos: domínio urbano: infra-estrutura**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

\_\_\_\_\_. **Regulação local de infra-estruturas e direitos urbanos fundamentais**.

MATTOS, Liana Portilho. **Limitações urbanísticas à propriedade**. in FERNANDES, Edésio, *Direito urbanístico e política urbana no Brasil* (org.), Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MEDAUAR, Odete (coord.). **Estatuto da Cidade**, 2. Ed, São Paulo: RT, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Municipal Brasileiro**. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de construir**, 9. Ed, atual. por Eurico Andrade de Azevedo, Adilson de Abreu Dallari e Daniela Campos Liborio di Sarno, São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. **Estudos e Pareceres de Direito Público**, v. IX, São Paulo, Ed RT, 1986.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. Ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional**. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA, Mariana (coord.). FUNDAÇÃO PREFEITO FARIA LIMA – CEPAM. **Estatuto da cidade**, São Paulo, 2001.

MUKAI, Toshio. **Da constitucionalidade e da legalidade da Outorga Onerosa do Direito de Construir**. Biblioteca Digital Editora Forum de Direito Público. Belo Horizonte, ano 2, n. 7, jan/fev 2003.

\_\_\_\_\_. **O Estatuto da Cidade**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NETO, Floriano Marques. **Outorga onerosa do direito de construir**. In DALLARI, Adilson de Abreu; FERRAZ, Sergio (coordenadores). Estatuto da Cidade. São Paulo: Malheiros, 2010.

PINTO, Victor Carvalho. **Direito Urbanístico**, 2. Ed, RT: São Paulo, 2010.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

SCHOUERI, Luis Eduardo. **Direito Tributário**, São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. **Direito urbanístico brasileiro**, 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.