

A OUTORGA ONEROSA DO DIREITO DE CONSTRUIR COMO INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DO REEQUILÍBRIO URBANO.

Fernanda Maria Diógenes de Menezes Oliveira*

RESUMO

O direito de propriedade foi um dos que mais sofreu alterações em seu regime na história da humanidade. Influenciado pelo direito romano, era concebido de forma absoluta, atingindo o ápice do individualismo com o Código Civil Napoleônico. Especialmente após a Constituição de Weimar, floresceu a idéia de funcionalização do direito de propriedade, alterando o seu regime e imprimindo-lhe limites em prol do bem comum. A consagração constitucional do princípio da função social da propriedade aliada ao fenômeno da urbanização impulsionou a edição de normas reguladoras do espaço urbano. A Constituição Federal de 1988, em capítulo próprio, estabeleceu os princípios de Política Urbana, atribuindo ao poder público municipal a competência para executar a referida política, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, visando ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e ao bem-estar de seus habitantes. As diretrizes gerais foram fixadas pelo Estatuto da Cidade que, entre outros instrumentos, previu a outorga onerosa do direito de construir. Este instituto decorre da necessidade de regulamentar a propriedade horizontal, formada por pisos superpostos, que permite uma maior concentração populacional em uma área cada vez menor, sobrecarregando a infra-estrutura da cidade. Através do mesmo, o poder público limita o direito de construir, adequando-o ao interesse público. As bases teóricas do instituto, no plano nacional, foram estabelecidas pela Carta de Embu, na década de 70, sendo, então, denominado solo criado. Só foi regulamentado em 2001 pelo Estatuto da Cidade, com a denominação outorga onerosa do direito de construir, que permite ao proprietário construir acima do coeficiente básico definido para zona, dentro do limite máximo de densidade fixado pelo plano diretor, mediante uma contrapartida. Essa contrapartida não tem natureza tributária, é um ônus imposto ao proprietário que deseja construir acima do coeficiente de aproveitamento básico. A finalidade da contrapartida é restaurar o

* Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior de Magistratura do Estado do Ceará - ESMEC e mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará - UFC.

equilíbrio urbano entre imóveis de uso particular e de uso público, garantindo o desenvolvimento sustentável da cidade e qualidade de vida para seus habitantes.

PALAVRAS CHAVES: DIREITO DE PROPRIEDADE; PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE; PROPRIEDADE HORIZONTAL; DIREITO DE CONSTRUIR; SOLO CRIADO; OUTORGA ONEROSA DO DIREITO DE CONSTRUIR; EQUILÍBRIO URBANO.

RESUMEN

El derecho de propiedad fue uno de los que más sufrió cambios en su régimen en la historia de la humanidad. Influenciado por el derecho romano, era concebido de una manera absoluta, llegando al ápice de individualismo con el Código Civil Napoleónico. Sobre todo tras la Constitución de Weimar, nació la idea de funcionalización del derecho de propiedad, cambiando su régimen y imprimiéndole límites en servicio del bien común. La consagración constitucional del principio de la función social de la propiedad aliada al fenómeno de la urbanización he dado impulso a la edición de normas reguladoras del espacio urbano. La Constitución Federal de 1988, en capítulo propio, estableció los principios de Política Urbana, atribuyendo al poder público municipal la competencia para ejecutar la referida política, sur directrices generales fijadas por ley, visando el pleno desarrollo de las funciones sociales de la ciudad y el bien-estar de sus habitantes. Las directrices generales fueron fijadas por el Estatuto de la Ciudad que, entre otros instrumentos, previó la otorga onerosa de derecho de construir. Este instituto recorre de la necesidad de reglamentar la propiedad horizontal, formada por pisos superpuestos, que permite una mayor concentración poblacional en un área cada vez menor, sobrecargando la infra-estructura de la ciudad. Través lo mismo, el poder público limita el derecho de construir, adecuándolo al interés público. Las bases teóricas del instituto, en el plano nacional fueron establecidas por la Carta de Embu, en la década de 1970, siendo, entonces, denominado solo criado. Fue sólo regulado en 2001 por el Estatuto de la Ciudad, con la denominación de otorga onerosa del derecho de construir, que permite al propietario construir mas que el coeficiente básico fijado para la zona, dentro del límite máximo fijado por el Plan Director, mediante un pago. Ése pago no tiene carácter de tributo; es un una carga impuesta al propietario que desea

construir mas que el coeficiente básico de aprovechamiento. La finalidad de la contrapartida es de restablecer el equilibrio urbano entre los edificios de uso privado y los de uso público, garantizando el desarrollo sostenible de la ciudad y la calidad de vida para sus habitantes.

PALAVRAS-CLAVE: DERECHO DE PROPIEDAD; PRINCIPIO DE LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD; PROPIEDAD HORIZONTAL; DERECHO DE CONSTRUIR; SOLO CRIADO; OTORGA ONEROSA DE DERECHO DE CONSTRUIR; EQUILIBRIO URBANO.

INTRODUÇÃO

A relativização do direito de propriedade, com a subordinação deste ao cumprimento da função social abre espaço, no meio urbano, para o florescimento do urbanismo, como arte, técnica e ciência de ordenação do espaço, visando em última análise à qualidade de vida dos habitantes da cidade.

Embora normas de conteúdo urbanístico já existam desde a Antiguidade Clássica, ao menos de forma embrionária, com finalidade de embelezamento e sanitária, o Direito urbanístico tem tido acelerado crescimento a partir da Revolução Industrial, que gerou o fenômeno da urbanização, “processo pelo qual a população urbana cresce em proporção superior à população rural”.¹

A urbanização acarreta uma série de problemas, exigindo uma intervenção estatal que possa planejar e orientar o crescimento da cidade. Uma consequência característica da concentração urbana é o surgimento de imóveis superpostos, grandes edifícios formados por várias unidades habitacionais e, posteriormente, por unidades de usos diversos.

Essa nova forma de uso do solo permite uma maior concentração populacional em uma área cada vez menor, sobrecarregando a infra-estrutura da cidade. Torna-se, então, necessária a intervenção do poder público, limitando o direito de construir em prol da coletividade. Surge, assim, o instituto do solo criado, denominado pelo Estatuto da Cidade de outorga onerosa do direito de construir.

¹ SILVA, José Afonso. **Direito urbanístico brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.26.

Analisaremos brevemente a evolução do direito de propriedade e o princípio da função social como pressupostos para o desenvolvimento do direito urbanístico para, em seguida, debruçarmo-nos sobre o instituto, sua origem, caracterização legal e finalidade.

1 A EVOLUÇÃO DO CONTEÚDO DO DIREITO DE PROPRIEDADE.

O direito de propriedade é aquele cujo conteúdo sofreu maiores alterações desde o seu surgimento, isso porque são as circunstâncias de cada povo e cada momento histórico que hão de determinar o conteúdo da propriedade e as limitações de caráter objetivo e legal, tanto internos como externos, a que este direito fique sujeito.²

Foi classicamente concebido pelos juristas romanos como uma relação entre uma pessoa e uma coisa, de caráter absoluto, natural e imprescritível³, abrangendo o *jus utendi*, *fruendi* e *abutendi*. Com a Revolução Francesa, a intangibilidade desse direito atingiu grau tão elevado que passou a ser considerado como uma projeção da personalidade humana no campo patrimonial.⁴ Essa visão extremamente individualista enxergava na propriedade a simples função de garantir a liberdade dos próprios titulares, destituída de qualquer finalidade social.

Após a Constituição de Weimar de 1919, o caráter absoluto da propriedade foi crescentemente sendo superado, através da adoção de teorias como a do abuso de direito, das limitações administrativas, com imposições de tolerar e não fazer, até chegar-se à concepção atual da propriedade, como um direito subjetivo com função social. De forma que agora não é mais lícito ao proprietário usar o bem exclusivamente para atender seus interesses, o uso deste fica limitado pelo interesse social.

A evolução quanto ao conteúdo e finalidade do direito de propriedade decorre do reconhecimento de que este, como qualquer outro direito subjetivo, possui em sua essência o atributo da bilateralidade, que é a correspondência de um dever a cada direito garantido. Ocorre que quando da vigência das concepções clássica e individualista preocupou-se apenas em garantir os direitos do proprietário, sem imputar-lhe deveres. Presentemente, ao contrário, atribui-se a este uma série de deveres para

² TOBEÑAS *apud* GUERRA, Maria Magnólia Lima. **Aspectos jurídicos do uso do solo urbano**. Fortaleza. 1981, p. 47.

³ SILVA. *op. cit.*, p.62.

⁴ JOSSERAND *apud* GUERRA. *op. cit.*, p. 54.

com a coletividade, de modo que o direito subjetivo do proprietário só se preserva enquanto seu uso contrário ao interesse social não ocorrer⁵, tanto é assim que a Constituição Federal de 1988 prevê o uso de IPTU e desapropriação sanção, quando o imóvel estiver inutilizado ou subutilizado.

O princípio da função social, insculpido no art. 5º, XXIII da Constituição Federal de 1988, passa a integrar o regime jurídico do direito de propriedade, incidindo no conteúdo desse direito e não simplesmente na forma de seu exercício. Não se confunde, pois, com simples limitações administrativas, que apenas incidem na forma de exercício do direito, mas repercute nos modos de aquisição, gozo e utilização do bem.

Note-se, entretanto, que a despeito da modificação do conteúdo do direito de propriedade pela função social, este continua garantido pela ordem constitucional, não sendo possível suprimir-lhe o conteúdo essencial mínimo. O direito pátrio não adotou a tese extremista de Leon Duguit, que negava a propriedade a qualidade de direito subjetivo, prescrevendo 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”.⁶

A Constituição Federal de 1988 adotou, pois, uma posição intermediária. Continua a assegurar o direito de propriedade, previsto no rol de direitos e garantias individuais, constituindo-se, inclusive, em uma cláusula pétreia. Mas alterou substancialmente o regime desse direito ao subordiná-lo a um fim que seja socialmente útil. O que o princípio estabelece é, pois, a adequação do conteúdo do direito de propriedade ao interesse coletivo.

Ademais, o princípio da função social da propriedade, ao relativizar a antiga noção de propriedade como direito absoluto, justifica a existência de um direito do urbanismo, para atuar no sentido da ordenação dos espaços habitáveis.⁷ Aliás, o constituinte, no capítulo de Política Urbana, vinculou o cumprimento da função social da propriedade urbana ao atendimento às exigências do plano diretor, realçando a

⁵ GRAU *apud* GUERRA. *op. cit.*, p. 60.

⁶ DUGUIT *apud* PINTO, Victor Carvalho. **Direito urbanístico**: plano diretor e direito de propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.183.

⁷ MUKAI, Toshio. **Direito urbano-ambiental brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2002, p.67.

importância do planejamento e dando status constitucional às normas basilares de Direito Urbanístico.

2 O SURGIMENTO DA PROPRIEDADE HORIZONTAL

Do ponto de vista econômico e social, a aplicação do princípio da função social gera maiores conseqüências e repercussões quanto à propriedade do solo urbano, visto que desde a Revolução Industrial as cidades têm sido o grande palco das alterações sócio-políticas e econômicas.

Com a sobredita Revolução, houve uma profunda alteração do ambiente urbano, provocada por um êxodo rural sem precedentes, que ocasionou a superlotação das áreas urbanas, especialmente no entorno das fábricas, desafiando o surgimento de soluções para o enorme e crescente problema da falta de moradia.

Essa necessidade aliada à evolução das técnicas de construção fez surgir os imóveis superpostos, grandes edifícios formados por várias unidades habitacionais e, posteriormente, por unidades de usos diversos. Surgiu, assim, a propriedade horizontal, caracterizada pelo domínio exclusivo de partes distintas de um edifício pertencente a titulares distintos coexistindo com o condomínio das partes comuns do edifício⁸.

Ocorre que o urbanismo não estava preparado para tão profunda alteração no uso do solo, visto que até então a cidade tinha sido pensada apenas do ponto de vista horizontal, em que cada lote abrigava uma única residência. O direito urbanístico não detinha, pois, instrumentos aptos para o controle de uso das áreas (proporcionalidade entre áreas públicas e privadas) e da infra-estrutura nessa nova realidade, marcada pelo adensamento populacional e, conseqüentemente, pela queda na qualidade habitacional.

A partir da situação fática, passou-se a questionar o conteúdo do direito de construir a fim de regulamentar o exercício da propriedade horizontal e buscar alternativas para a problemática da especulação imobiliária e do desequilíbrio entre os espaços particulares e os espaços destinados ao uso público.

Desta feita, a necessidade de regulamentar o direito de construir surgiu a partir das novas necessidades urbanísticas de se adequar as edificações com pisos super ou subpostos, bem como da concepção moderna do próprio direito de propriedade, subordinado ao cumprimento de uma função social.

⁸ GUERRA. op. cit., p. 65.

Ora, se o direito de construir é uma decorrência da propriedade do solo urbano, visto que a edificação é sua principal utilidade, e o direito de propriedade agora é limitado, é mister reconhecer que sobre aquele também incidem restrições no interesse da coletividade, não sendo lícito ao proprietário construir tudo quanto lhe aprouver, mas apenas aquilo que possa se adequar ao planejamento da cidade.

Neste jaez, surgem duas grandes correntes de pensamento, uns advogando pela separação total entre o direito de propriedade e o direito de construir; outros, reconhecendo o direito limitado do proprietário de construir, podendo o proprietário em ambos os casos adquirir da coletividade potencial construtivo, surgindo, assim, a figura do solo criado.

3 HISTÓRICO DO INSTITUTO DO SOLO CRIADO.

O instituto do solo criado surgiu em Roma, em 1971, em um grupo de discussões vinculado a Organização das Nações Unidas (ONU), onde se concluiu pela necessidade em dissociar o direito de edificar do direito de propriedade, dada a suposição de que este último deve pertencer à coletividade, não podendo ser admitido, senão por concessão ou autorização do Poder Público⁹.

Na França, optou-se por adotar uma fórmula de limitação ao direito de construir, de forma que o proprietário originalmente detém a possibilidade de construir até o coeficiente 1,5 para Paris e 1,0 para as demais cidades, sendo que além desse teto legal de densidade, o proprietário tem que adquirir do Poder Público autorização para construir, subordinando-o ao interesse coletivo.

Em âmbito nacional, o debate remonta a década de 70. Culminando em dezembro de 1976 com a edição da Carta de Embu, que lançou as premissas e fundamentos do instituto. Considerando, em suma, os avanços tecnológicos na construção civil, os impactos urbanísticos da construção de solos artificiais, com a sobrecarga da infra-estrutura urbana e dos equipamentos sociais, a necessidade de combater a especulação imobiliária e, ainda, a limitação do direito de propriedade pelo princípio da função social, sem esvaziá-lo, admitiu-se que o criador do solo, ou seja,

⁹ GRAU, Eros Roberto. **Direito urbano**: Regiões Metropolitanas, Solo Criado, Zoneamento e Controle Ambiental. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983, p. 60.

aquele que edificar acima do coeficiente de aproveitamento legalmente definido, deverá oferecer a coletividade as compensações necessárias ao reequilíbrio urbano.¹⁰

Assim, solo criado é a possibilidade de construir acima de um determinado coeficiente de aproveitamento legalmente fixado. Não é decorrência imediata do direito de propriedade, visto que só será possível se houver interesse coletivo nesse sentido, delineado pela lei de zoneamento, autorizando a construção acima do coeficiente básico. Nas palavras de Hely Lopes Meirelles:

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.¹¹

A delimitação do solo criado no mundo jurídico envolve quatro mecanismos básicos. Primeiramente, a fixação de um coeficiente de aproveitamento único, assegurando a todos os proprietários de forma igualitária o direito de construir dentro desse limite, coibindo a especulação imobiliária incrustada na espera dos proprietários pela valorização de seus imóveis decorrentes da atuação do Poder Público.

Envolve também a existência de uma lei de zoneamento, que indique as zonas onde será admitido construir acima do coeficiente único, em montante proporcional a infra-estrutura existente. Ocorre que esse adicional construtivo depende de aquisição perante o Poder Público ou particular.

É correlato com a transferência do direito de construir, que é a possibilidade do particular alienar o seu direito de construir não utilizado até o limite do coeficiente único.

O quarto mecanismo básico da estrutura do solo criado é a manutenção da proporcionalidade entre os solos públicos e privados, que consiste na onerosidade da concessão do direito de construir acima do coeficiente único, através da doação de áreas ao Poder Público ou do equivalente em dinheiro, visando ao reequilíbrio urbano, de

¹⁰ SILVA, op.cit., p. 267.

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Estudos e Pareceres de Direito Público** – Volume IX. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986, p. 333.

forma que quem quiser construir mais terá que pagar por isso, para fins de manter o equilíbrio e harmonia para com a coletividade.

4 A INSERÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

A despeito de o instituto ter sido delineado doutrinariamente desde a década de 70, mais precisamente com a edição da Carta de Embu, a sua aplicação estava a depender da edição de lei federal que regulamentasse o instituto, a despeito da opinião divergente de parte da doutrina e da tentativa de alguns municípios de instituí-lo através de única e simplesmente norma municipal.

Ocorre que o instituto envolve a limitação do direito de propriedade, com a conseqüente transferência do potencial construtivo que suplanta o coeficiente de aproveitamento básico para o Município, possibilitando-o a exigência de doações de área pública ou o equivalente em dinheiro. A definição do conteúdo do direito de propriedade e a transferência do solo criado para a Municipalidade são tipicamente normas de direito civil, de competência exclusiva da União, nos termos do art. 22, I da Constituição Federal de 1988.

Desta feita, a inserção do instituto no ordenamento jurídico pátrio ocorreu de forma tardia, visto que há muito as grandes cidades brasileiras estão a requerer a utilização de instrumentos mais adequados ao combate da especulação imobiliária e do excesso de adensamento em determinadas áreas e à restauração do equilíbrio entre imóveis de uso público e uso privado. Deu-se apenas em meados do ano de 2001 com a edição do Estatuto da Cidade, Lei Federal 10.257 de 10 de julho de 2001, onde o instrumento urbanístico conhecido doutrinariamente como solo criado recebeu a denominação de outorga onerosa do direito de construir.

4.1 A natureza jurídica da outorga onerosa do direito de construir.

A outorga onerosa do direito de construir está elencada no art. 4º, V, *n* da Lei Federal 10.257/2001, entre os instrumentos jurídicos de implementação da política urbana e regulamentada no art. 28 e seguintes.

Através do instrumento, permite-se ao proprietário construir acima do coeficiente básico definido para zona dentro do limite máximo de densidade fixado pelo plano diretor, mediante uma contrapartida.

A exigência de contrapartida pode dar a entender aos desavisados que o instituto tem natureza tributária. Mas suposta semelhança não se sustenta e o legislador quis deixar clara tal distinção ao enumerar separadamente os institutos tributários e jurídicos em diversos incisos do art. 4º. Vejamos:

Art. 4º Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos:
I a III – omissis.

IV – institutos tributários e financeiros:

- a) imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana - IPTU;
- b) contribuição de melhoria;
- c) incentivos e benefícios fiscais e financeiros;

V – institutos jurídicos e políticos:

- a) a m) omissis
- n) **outorga onerosa do direito de construir** e de alteração de uso;¹²

Além disso, apresentam-se como pontos essenciais de diferenciação o fato de que os tributos são prestações pecuniárias compulsórias, não podendo delas se eximir o particular, enquanto que a contrapartida decorrente da criação do solo é uma faculdade do proprietário, à medida que a mesma só se torna devida se e quando o interessado quiser construir acima do coeficiente de aproveitamento básico.

Ademais, a instituição de tributos visa à obtenção de receitas para o Estado, enquanto a instituição de contrapartida visa ao restabelecimento do equilíbrio urbano, não podendo jamais ter finalidade arrecadatória, sob pena de perder a função urbanística.

Resta, pois, evidente que a outorga onerosa do direito de construir é um instrumento jurídico de ordenação do solo urbano, cuja principal finalidade, a nosso ver, é restaurar o equilíbrio urbano entre imóveis de uso particular e de uso público, garantindo o desenvolvimento sustentável da cidade e qualidade de vida para seus habitantes.

A previsão de contrapartida é bastante similar à exigência de doação de um percentual da gleba urbana por ocasião de seu parcelamento, ambos os instrumentos visam a equipar o ambiente urbano de equipamentos comunitários, áreas livres e vias de circulação indispensáveis a uma adequada estruturação da cidade, permitindo-lhe o desempenho de suas quatro funções urbanas: o morar, o circular, o trabalhar e o recrear.

¹² Lei 10.257/2001 disponível em <www.presidencia.gov.br> acessado em 27 de agosto de 2007.

Essa semelhança tem sido digna de nota desde a Carta de Embu, senão vejamos:

Admite-se que, assim como o loteador é obrigado a entregar ao Poder Público áreas destinadas ao sistema viário, equipamentos públicos e lazer, igualmente, o criador do solo deverá oferecer a coletividade as compensações necessárias ao reequilíbrio urbano reclamado pela criação do solo adicional.¹³

4.2 A caracterização legal do instituto.

A vigência da tão esperada lei federal não representa a imediata aplicação da outorga onerosa do direito de construir. Ao contrário, a efetiva adoção do instituto depende da edição de plano diretor, que é o instrumento básico e o direcionador da política de desenvolvimento urbano a ser adotada, no qual serão definidos os parâmetros indispensáveis à aplicação da outorga.

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.

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

§ 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.

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

O plano diretor deverá fixar o coeficiente de aproveitamento básico, que é aquele decorrente do próprio direito de propriedade, potencialmente explorável pelo particular independentemente da outorga pelo Poder Público¹⁴, o qual poderá ser único para todo o município ou diferenciado em cada zona.

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.¹⁵

Geralmente, o coeficiente básico equivale a 1, o que significa que o proprietário pode edificar exatamente a mesma área de seu imóvel, respeitados os

¹³ SILVA, op.cit., p. 268.

¹⁴ DORNELAS, Henrique Lopes. **Aspectos jurídicos da outorga onerosa do direito de construir.** Elaborado em 08.2003. Disponível em <www.Jus2.uol.com.br> Acessado em 19/02/2008, p. 5.

demais instrumentos de ordenação do uso do solo e as limitações administrativas. Apenas para construir acima desse coeficiente é que se faz necessária a concessão do Município mediante o pagamento da contrapartida.

É indispensável, também, que o plano diretor, considerando a infra-estrutura existente e o aumento de densidade esperado, estabeleça os limites máximos de coeficiente construtivo de cada zona, de forma que só será aplicável o instituto quando em determinada zona o coeficiente de aproveitamento máximo for superior ao básico e até que se atinja o limite de densidade previsto no plano para aquela zona.

A concessão da outorga deve observar, pois, limites estritos, sob pena de transmutar-se em medida arrecadatória e desordenadora do espaço. De forma que, o simples pagamento da contrapartida não assegura o direito ao solo criado, visto que esse só deve ser concedido enquanto não esgotado o limite de densidade.

É mister, ainda, a edição de lei municipal específica, que terá a natureza de norma procedimento, que estabelecerá as condições para a obtenção da outorga onerosa do direito de construir, observando sempre a isonomia entre os particulares interessados e a obtenção de uma maior vantagem para o interesse público. Fixará, ainda, a fórmula de cálculo para a contrapartida, atentando sempre que o valor máximo exigível não poderá exceder em valor unitário do metro quadrado de solo criado o valor unitário do terreno, tendo como base que o valor do acessório (solo criado) não ultrapasse o valor total do principal (o próprio terreno).¹⁶

O legislador federal reconhecendo o insaciável apetite arrecadatório do Estado Brasileiro e sabedor das nefastas conseqüências que podem advir da utilização inadequada do presente instrumento urbanístico, vinculou a contrapartida decorrente da outorga ao atendimento de finalidades tipicamente urbanísticas, voltadas ao combate do déficit habitacional, a criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes, a implantação de equipamentos urbanos e comunitários, a preservação do patrimônio cultural, entre outras, todas enumeradas no art. 26 do Estatuto da Cidade. Vejamos:

Art. 26. O direito de preempção será exercido sempre que o Poder Público necessitar de áreas para:
I – regularização fundiária;
II – execução de programas e projetos habitacionais de interesse social;

¹⁵ GRAU, op.cit., p. 56.

¹⁶ DORNELAS, op.cit., p. 6.

- 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;

O legislador federal não exigiu, contudo, que o recurso seja aplicado obrigatoriamente na zona objeto da outorga, exigência essa que pode ser acrescida pela lei municipal, conforme o próprio interesse e planejamento desse ente federativo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto do solo criado surgiu como decorrência da evolução da construção civil e do aumento da densidade nas cidades que levou ao surgimento dos pisos artificiais. É decorrência também do movimento moderno de humanização do direito de propriedade, em que se busca limitar a atuação absoluta do proprietário, imputando-lhe o dever de utilizar seus bens de forma a cumprir a função social.

Nesse contexto, surgiu a necessidade de limitar o direito de construir do proprietário, pois se assegurado de forma absoluta provocaria a total desordenação da cidade, visto que os instrumentos urbanísticos até então vigentes foram pensados para ordenar a ocupação horizontal dos lotes, em que cada lote correspondia a apenas uma moradia.

A outorga onerosa do direito de construir surge, então, como importante instrumento de implementação da política urbana, adequando o interesse do proprietário de construir aos limites que garantam a sustentabilidade da cidade e a qualidade de vida da população.

Ademais, a onerosidade da outorga possibilita a redistribuição das mais valias do processo de urbanização das cidades, permite a recomposição do equilíbrio de áreas de uso público e particular, possibilita a sustentabilidade das cidades, o controle da densidade construtiva, promove a redistribuição das oportunidades imobiliárias na cidade e contribui para o combate a especulação imobiliária.

No entanto, o instituto tem que ser utilizado com cautela, pois se a cobrança da contrapartida assumir a função de simples receita estatal, ao invés de limitar o direito

de construir, a finalidade arrecadatória pode flexibilizá-lo, gerando a desestruturação do espaço urbano.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em <www.presidencia.gov.br> Acessado em: 5 de agosto de 2007.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2001.

DALLARI, Adilson Abreu; DI SARNO, Daniela Campos Libório. (Coord.). **Direito Urbanístico**. São Paulo: Manole. 2004.

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

DORNELAS, Henrique Lopes. **Aspectos jurídicos da outorga onerosa do direito de construir**. Elaborado em 08.2003. Disponível em <www.Jus2.uol.com.br> Acessado em 19/02/2008.

FEITOSA, Leilyanne B. **Solo criado e direito de superfície**. Revista da PGM. Vol.03. Ano 3. 1994. Disponível em <www.pgm.fortaleza.ce.gov.br/revistaPGM/vol03> Acessado em 19/02/2008.

GRAU, Eros Roberto. **Direito Urbano – Regiões Metropolitanas, Solo Criado, Zoneamento e Controle Ambiental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983.

GRAU, Eros Roberto. **A Outorga Onerosa do Plano Diretor de São Paulo: ônus e não obrigação**. Revista da PGM. Vol.01. Ano 1. Disponível em <www.pgm.fortaleza.ce.gov.br/revistaPGM/vol01> Acessado em 19/02/2008.

GUERRA, Maria Magnólia Lima. **Aspectos jurídicos do uso do solo urbano**. Fortaleza. 1981.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Estudos e Pareceres de Direito Público – Volume IX**. São Paulo: Editora RT, 1986.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de construir**. 9ª ed. São Paulo:Malheiros, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. São Paulo. Malheiros, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MUKAI, Toshio. **Direito urbano-ambiental brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2002.

MUKAI, Toshio. **O Estatuto da Cidade**. São Paulo: Saraiva. 2001.

OLIVEIRA FILHO, João Telmo de. **O Estatuto da Cidade: fundamentos e principais instrumentos**. Elaborado em 03.2004. Disponível em <www.Jus2.uol.com.br> Acessado em 20/02/2008.

PINTO, Victor Carvalho. **Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

.

SILVA. José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**, 2ª edição, Malheiros, São Paulo, 1995.