XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO URBANÍSTICO, CIDADE E ALTERIDADE

CARLOS ARAÚJO LEONETTI

VALMIR CÉSAR POZZETTI

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito urbanístico, cidade e alteridade [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;
Coordenadores: Carlos Araújo Leonetti, Valmir César Pozzetti – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-328-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Urbanístico. 3. Cidade. 4. Alteridade. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO URBANÍSTICO, CIDADE E ALTERIDADE

Apresentação

A partir da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, o Direito Urbanístico experimentou profundas e sensíveis mudanças. A própria Carta, ao se referir especificamente a “Direito urbanístico” (art. 24, inciso, I), tratou da competência legislativa, dita concorrente. Para muitos, nesta previsão, o constituinte de 88 deixou claro seu reconhecimento de que o Direito Urbanístico adquiriu foros de autonomia. Mas o constituinte dedicou um capitulo à Política Urbana, no qual estabeleceu normas fundamentais de direito urbanístico, enfatizando o papel central exercido pelo Plano Diretor e estipulou as condições para que o princípio da função social da propriedade (art. 5º, inciso XXIII) seja considerado cumprido, no âmbito urbano. Dessa forma, verifica-se que o Direito urbanístico evolui e ganha dimensões de estatus constitucional, sendo relevante discuti-lo e aperfeiçoá-lo. Dessa forma se justifica a produção científica nessa área.

Assim, os trabalhos apresentados no GT Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade, no XXV Congresso do CONPEDI, em Curitiba, que agora se encontram encartados nesta Coletânea que temos a satisfação de apresentar, demonstram os avanços e a seriedade com que o tema Urbanístico tem sido enfrentado e discutido pelos juristas e estudiosos do Direito. Docentes e discentes dos vários Programas de Pós-Graduação em Direito do país apresentaram suas pesquisas no GT que tivemos a honra de coordenar, demonstrando a diversidade das preocupações com a construção do espaço urbano e a sustentabilidade das cidades, conforme se verá.

Esta obra inicia-se com o artigo intitulado A CARTA DE ATENAS DE 1933 E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS IDOSOS E DEFICIENTES FÍSICOS: UM DIÁLOGO ENTRE DIREITO E ARQUITETURA, onde o autor defende a ideia de mobilidade no espaço urbano, por pessoas idosas e portadoras de deficiência e, nesse sentido, traça um paralelo entre a arquitetura e o Direito, para regular o usufruto dos espaços públicos nas cidades, concluindo que o progresso e novas tecnologias avançam com uma velocidade que a velhice e a deficiência não conseguem acompanhar; daí a necessidade de se criar espaços específicos para essas pessoas, dentro da cidade.

Já no artigo intitulado A DOUTRINA DO DIREITO SOCIAL E SUA INFLUENCIA SOBRE A PROPRIEDADE PRIVADA, trata-se do Princípio da Função Social da propriedade, trazendo uma análise histórica deste instituto, no âmbito da propriedade privada; e faz, também, um paralelo com a Doutrina do Direito Social.

No mesmo sentido, o artigo A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE trata das novas configurações das cidades, utilizando-se do Principio da Função Social da propriedade como norteador das construções urbanas e como solução dos conflitos, buscando sustentáculo no uso sustentável do espaço urbano como garantia de direitos aos menos favorecidos, evidenciando as diretrizes do Estatuto da Cidade e do dever do Estado em propiciar moradias dignas e espaço urbano de qualidade.

Já o artigo A IMPORTÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO DO HOMEM NO PLANEJAMENTO URBANO DOS MUNICÍPIOS: O CONSELHO MUNICIPAL NA CIDADE DE LONDRINA faz uma análise dos direitos e garantias fundamentais trazidos pela Constituição Federal de 1988 e, em especial, a liberdade de agir. Dá ênfase à necessidade de participação popular na construção de Diretrizes para o Desenvolvimento Sustentável; conclui que ainda é tímida a participação popular mas é de vital importância que a população seja informada para ter participação efetiva. O artigo A INEFETIVADADE DO TOMBAMENTO NA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL ARQUITETÔNICO NO MUNÌCIPIO DE SÃO PAULO evidencia que a existência de edificações urbanas desconectadas do conjunto cultural ou tombadas isoladamente, esvaziam o valor econômico do bem e que é necessário a preservação do patrimônio cultural arquitetônico sobre o prisma da PolÍtica de Desenvolvimento Urbano, primando pela participação popular nas decisões administrativas. Seguindo a mesma linha temática, o artigo A NATUREZA JURÍDICA DOS LOTEAMENTOS URBANOS PRIVATIVOS E SUA VIABILIDADE JURIDICA, retrata a necessidade de que a lei do parcelamento do solo urbano seja observada com rigor; pois os espaços públicos e urbanos não estão sendo, nestes, contemplados; principalmente no âmbito dos condomínios e loteamentos fechados, restringindo o acesso à população causando injustiça social. Já o artigo PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA ELABORAÇÃO E REVISÃO DOS PLANOS DIRETORES DOS MUNICÍPIOS discute a política urbana e o Estatuto da Cidade, evidenciando a necessidade da participação popular e que o município cumpra com o seu dever de fomentar politicas urbanas e, destaca os movimentos políticos sociais como atores importantes para a construção da sustentabilidade urbana. O artigo A UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO DA DESAPROPRIAÇÃO URBANÍSTICA EM PROL DA SUSTENTABILIDADE esclarece que pode o Estado utilizar-se do instituto da desapropriação para oportunizar melhorias ao meio ambiente urbano. Para isso, destaca que é

preciso planejar os espaços e desapropriar áreas particulares que devem servir à coletividade. Esclarece que, nesse sentido, a desapropriação estará em harmonia com a sustentabilidade. O artigo intitulado ASPECTOS DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA faz uma análise da regularização fundiária como um direito fundamental que engloba um tríplice aspecto : arquitetura, urbanismo e engenharia e analisa o Programa "Minha Casa minha Vida" utilizando-se de princípios da regularização fundiária e faz breve análise das espécies de regularização fundiária. O artigo intitulado CIDADE, FAVELA E DIREITO : COMO PRODUZIMOS O SUBALTERNO, analisa o estigma conferido ao morador da favela e traça breve panorama das políticas remocionistas destinadas às favelas; evidencia as politicas publicas utilizadas e a violência reinante nas favelas, destacando a necessidade de se olhar com olhos de ver, evidenciando que essa população tem direito à cidade. Já o artigo CONFERÊNCIAS DAS CIDADES E GESTÃO DEMOCRÁTICA: INCLUSÃO, PARTICIPAÇÃO E JUSTIÇA SOCIAL, retrata que a conferência Nacional das Cidades já está na sua sexta edição, mas que muito pouco tem contribuído para a melhoria dos espaços urbanos e gestão sustentável das cidades. Na mesma linha de raciocínio, o artigo intitulado DIREITO À CIDADE, SEGURANÇA E OS PLANOS DIRETORES DOS MUNICÍPIOS DE PORTO ALEGRE E CANOAS destaca que mais de 80% da população brasileira vive na área urbana; logo é preciso planejar essa ocupação do espaço urbano a fim de que o mesmo seja sustentável; analisa a importância do Plano Diretor estar em sintonia com a Política de Desenvolvimento e de Segurança Publica sem os quais, o espaço urbano estará ameaçado. Já o artigo intitulado DIREITO DE PROPRIEDADE E IRREGULARIDADE FUNDIÁRIA URBANA destaca a necessidade de se olhar a propriedade de maneira solidária, sem egoísmo, pois a propriedade, publica ou privada, tem que atender às necessidades da coletividade e dá ênfase ao cumprimento da função social, pela propriedade, e conclui que os planos Diretores devem ser planejados pelo Estado pois as ocupações irregulares violam o conceito de função social da propriedade. O artigo "Gentrificacao: a tributacao como atenuante da segregação social e urbana" mostra como a tributação pode ser útil na redução dos efeitos da segregação urbana e rural pela assim chamada "gentrificacão:"a mudança das características de um bairro, ou região, decorrente das alterações da dinâmica local, geralmente, "modernizando-o. A gentrificacao promove o êxodo da população original, devendo ter seus efeitos mitigados por políticas publicas, principalmente na esfera tributaria.O artigo denominado " Invisiveis sociais: a negação do direito a cidade a populacao em situação de rua." analisa o processo que torna "invisíveis" as pessoas que vivem em situação de rua, no Brasil., retirando-se-lhes o gozo de seus direitos como moradores da cidade. Os autores procuram mostrar formas de permitir que os homeless usufruam, em alguma medida, daquilo que a cidade tem a lhes oferecer.No artigo intitulado "O avanço urbanístico e o desenvolvimento sustentável para a garantia do direito a moradia", os autores, tendo como pano de fundo a cidade de São Paulo,

mostram como o direito a moradia se relaciona com a urbanização das cidades. No artigo " O conflito entre o direito a moradia e meio ambiente na cidade das luzes" o autor revisita o tema do uso do solo urbano , sob a ótica do conflito entre o direito a moradia e a proteção ao meio ambiente. Estudando o caso especifico do Município de Manaus – AM, o autor demonstra que o Poder Publico muitas vezes combate os movimentos sociais por moradia acusando-os de cometer crimes contra o meio ambiente. Já o artigo "O direito a cidade e o desenvolvimento sustentável urbano: dilemas do planejamento urbano moderno", os autores se debruçam sobre os danos ao meio ambiente decorrentes do crescimento desordenado das cidades, fortemente estimulado pelo liberalismo econômico, permitindo-se a mercantilizarão dos espaços urbanos , em detrimento de seu usufruto pela coletividade. O artigo intitulado " O direito do hipossuficiente a assistência gratuita, em projetos de construção urbanística, como instrumento de política urbana" aborda o direito do hipossuficiente de receber assistência gratuita, por parte do Poder Publico, em projetos de construção urbanística, ilustrando com exemplos da cidade de Manaus. Os articulistas mostram que, na verdade, esta assistência técnica gratuita atende não apenas os interesses do cidadão mas também da comunidade como um todo. No artigo "O impacto do plano diretor do Município de Volta Redonda na busca de uma sociedade cidadã" , a autora analisa o Plano Diretor do Município de Volta Redonda – RJ, com vistas a se determinar se o mesmo efetivamente garante uma "sociedade cidadã."Infelizmente, a conclusão e no sentido de que muitas das ações publicas precisam ser revistas. O artigo denominado " O meio ambiente cultural e as políticas publicas para sua preservação" trata da necessidade e importância da preservação do meio ambiente histórico e cultural , como integrante do patrimônio cultural imaterial , de uma cidade ou região. Por seu turno, o artigo "O principio da proibição do retrocesso alcança o direito urbanístico?" procura esclarecer se, em que medida, o o principio da vedação do retrocesso ambiental afeta o direito urbanístico. Já o artigo intitulado "Regularização fundiária, urbanização e a necessidade de implementação de políticas publicas no espaço brasileiro" busca analisar as políticas publicas de regularização fundiária urbana, no Brasil. Os autores demonstram que o Estado brasileiro não se preparou, adequadamente, para enfrentar os efeitos do êxodo rural verificado nas ultimas décadas, que "inchou" as cidades gerando problemas sociais, ambientais , dentre outros. No artigo "Telhado verde: uma alternativa para cidades sustentáveis", os autores mostram as comprovadas vantagens a proteção do meio ambiente decorrentes do uso de " telhados verdes" nos prédios, ao invés da cobertura tradicional Finalmente o artigo "Zoneamento ambiental e urbanístico como instrumento legal na consolidação da função social da propriedade e da cidade: estudo de caso na microbacia hidrográfica do Barracão, Município de Bento Gonçalves" analisa como o zoneamento ambiental e urbanístico pode ser um instrumento eficaz de planejamento urbano. A autora se louvou no estudo de caso da microbacia hidrográfica do Barracão, área urbana do Município de Bento Gonçalves – RS.

Prof. Dr. Valmir César Pozzetti - UEA

Prof. Dr. Carlos Araújo Leonetti - UFSC

FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NA OUTORGA ONEROSA DO DIREITO DE CONSTRUIR

SOCIAL FUNCION OF PROPERTY IN THE ONEROUS GRANT THE RIGHT TO BUILD

Cristiana Duarte Portes [1]
Helena Colodetti Gonçalves Silveira [2]

Resumo

o presente artigo visa analisar a função social da propriedade na Outorga Onerosa do Direito de Construir; o solo criado; instituído pela Lei Federal nº 10.257, de 10 de junho de 2001; Estatuto da Cidade, como instituto jurídico e político adotado pela política urbana. Sua estrutura, elementos constitutivos, fundamentos e finalidades serão objetos de estudo.

Palavras-chave: Solo criado, Política urbana, Função social da sociedade, Interesse público sobre o privado

Abstract/Resumen/Résumé

The article aims to analyze the social function of property within the onerous Grant Institute of Right of Building; the created soil - instituted by Federal Law nº 10.257, of june 10, 2001; City status as legal and political institute adopted by urban policy. Its structure, components, foudations and purposes will be objects of study.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Solo criado, Política urbana, Função social da propriedade, Interesse público sobre o privado

[1] Mestranda em Direito Público pela Universidade Fumec de Minas Gerais

[2] Doutora em Direito pela PUC - Rio. Professora do Mestrado da Universidade FUMEC. Advogada.

1 INTRODUÇÃO

As primeiras manifestações de urbanização surgiram na Revolução Industrial quando as cidades suportaram um crescimento populacional superior àquele experimentado nos espaços rurais, em virtude não apenas da concentração de terras e decadência do regime de trabalho feudal, mas notadamente pela atração da mão-de-obra necessária para a movimentação das novas fábricas e suas cidades industriais.

Nesse contexto, o processo de urbanização veio de maneira rápida, de modo a não oferecer tempo para organização das cidades, gerando assim inúmeros problemas, como a falta de habitação, de saneamento básico, de estrutura capaz de suportar o deslocamento maciço da população. Em outras palavras, a cidade industrial nasce sob o signo da exclusão e da carência de habitabilidade.

A necessidade de reorganizar o espaço urbano passou a exigir uma técnica interventiva e uma ciência reflexiva visando o bem-estar coletivo através da legislação, do planejamento e da execução de obras públicas que permitam o desempenho harmônico e progressivo das funções urbanas elementares: habitação, trabalho, recreação do corpo e do espírito, circulação no espaço urbano, como bem colocou José Afonso da Silva (2006, p.27). O Direito Urbanístico, portanto, surge deste impulso disciplinador do espaço urbano visando o bem-estar individual e coletivo.

No Brasil, esta disciplina, embora já presente em legislações esparsas desde a década de 30 do século XX[3], torna-se central a partir do marco constitucional de 1988. A própria Carta Magna previu o capítulo destinado à ordem urbana, estabelecendo que as diretrizes gerais para o cumprimento da função social da cidade seriam regulamentadas através de lei federal. Surge então, em 2001, o Estatuto das Cidades (Lei Federal nº 10.257/2001).

Importante destacar que as normas legais e as ações administrativas concretas, em matéria de urbanismo, estavam contidas em um segmento do direito administrativo, normalmente designado como "poder de polícia". Após a CF/88, contudo, a disciplina jurídica da atuação urbanística passa a ser enquadrada em uma província do direito público autônoma, qual seja, o direito urbanístico.

[3] Decreto-lei 58/37, Lei 6.766/79 são alguns exemplos.

Destaca-se que, em seu estágio de desenvolvimento, o direito urbanístico tem como principal fundamento o princípio constitucional da função social da propriedade, que não se confunde com as limitações da propriedade.

Com efeito, segundo abalizada da doutrina, o principio da função social é nota característica definitiva, do próprio direito de propriedade, enquanto as limitações são, normalmente, decorrentes do exercício do poder de policia. Daí a afirmação de José Afonso da Silva, no sentido de que as limitações dizem respeito ao exercício do direito, do proprietário, enquanto a função social infere com a estrutura do direito mesmo.(2006, p.75).

O artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição da República prevê que a propriedade deve atender à sua função social. Assim, a propriedade urbana, nos termos do artigo 182 da Constituição da República, regulado pela Lei Federal nº 10.256 de 10 de julho de 2001, deve cumprir sua função social, que é aquela prevista no Plano Diretor do Município.

O Plano Diretor do Município é o conjunto de normas urbanísticas de determinada cidade e constitui o mais importante instrumento utilizado para viabilizar a política urbana, conforme consta do artigo 4º da Lei Federal nº 10.257/2001..

Vários são os instrumentos fiscais, de planejamento e jurídicos previstos pelo Estatuto da Cidade para que a municipalidade coordene os esforços públicos e privados para que a cidade cumpra sua função social. Esta pesquisa, contudo, se concentrará na análise do instituto da outorga onerosa do direito de construir,

Em termos gerais, a lei federal autoriza o plano diretor a fixar coeficientes de aproveitamento básico único para toda a zona urbana, ou diferenciado para áreas específicas, assim como coeficientes de aproveitamento máximos, considerando a proporcionalidade entre a infraestrutura existente e o aumento da densidade esperado em cada área. Em alguns casos, porém, lei municipal especifica poderá estabeler as condições para que seja aumentado o coeficiente de aproveitamento, pagando o particular pelo acréscimo construtivo, ou ainda permitindo que se dê à propriedade específica uso diverso daquele permitido para a região.

A ideia básica, portanto, é permitir a verticalização da cidade em áreas especiais, que comportem este adensamento, conquanto o empreendedor remunere a Administração Pública, numa espécie de compensação pela sobrecarga do serviços públicos, ou, alternativamente, introduza novo tipo de uso para regiões já, por exemplo, tradicionalmente residenciais.

O presente artigo irá situar o instituto da outorga onerosa do direito de construir dentro do debate do direito à cidade, analisando suas principais características e criticando o seu uso desvirtuado, submetida à lógica de mercantilização da própria cidade.

Partindo de uma explanação do magno princípio da função social da propriedade, utilizar-se-à da metodologia hipotética-dedutiva, para se chegar ao novel instituto da outorga onerosa do direito de construir.

2 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

2.1 Propriedade e Direito de Propriedade

Primeiramente, cabe esclarecer que o direito, como ordem de conduta humana, também rege a integração entre o homem e os bens suscetíveis à apropriação. Sendo assim, de acordo com José Afonso da Silva, o direito de propriedade nada mais é do que:

> [...] uma relação entre um indivíduo (sujeito ativo) e um sujeito passivo universal integrado por todas as pessoas, o qual tem o dever de respeitar esse direito, abstraindo-se de violá-lo – e assim o direito de propriedade se revela de um modo de imputação jurídica de uma coisa a um sujeito. [...] (2006, p. 72).

Já a propriedade, um fato social presente na sociedade regulado pelo direito, executa um papel imenso em todas as existências individuais, impactando diretamente a vida do proprietário e do seu entorno.

A função social da propriedade, já era objeto de estudo nos tratados de Duguit e Hauriou editados antes da Primeira Guerra Mundial. Em 1919, com a Constituição de Weimar, garantiu a propriedade, mas seu conteúdo e seus limites seriam fixados em lei, desde então, a propriedade acarretava obrigações.

No Brasil, a função social da propriedade foi aos poucos sendo inserida, até ter sua aquiescência, com o *status* de princípio, no texto constitucional em vigor, cujo o art. 182, tratou da sua efetiva aplicação.

A constituição consagrou o principio da função social da propriedade; e instituiu parâmetro para sua aferição do seu atendimento, qual seja, medidas e ações a serem adotadas no plano diretor.

O direito de propriedade se refere à tutela jurídica da propriedade, à forma em que o direito a regula, ao tratamento jurídico que incide sobre este fato social que, diante do contorno legal que lhe é conferido, passa a ser um fato jurídico, um interesse juridicamente protegido. É um direito subjetivo conformado pelas faculdades do detentor de poder usar, gozar e dispor do bem sobre o qual incide este direito.

A propriedade sempre foi o núcleo central das relações de produção, e, via de consequência, para o próprio direito, que passou a regular a propriedade de acordo com os interesses da empresa capitalista. Desta feita, a noção de mínima intervenção do Estado na propriedade privada e na liberdade de contrato, a suscitar a concepção do domínio como dotado de caráter absoluto, coincide com o capitalismo concorrencial do tipo liberal, inaugurado com as revoluções burguesas do final do século XVIII e início do século XIX. A preocupação era com a acumulação irrestrita, protegida contra a intervenção do Estado. Tal como os negócios, a propriedade pertencia à esfera privada do homem burguês.

A crise do capitalismo na primeira metade do século XX, acompanhada das tensões sociais causadas pela luta de classes e do impacto das guerras, vez com a concepção individualista de propriedade fosse relativizada. Nesse sentido, tal como a própria economia, a propriedade deveria seguir diretrizes fixadas pelo Estado, que, agindo como grande gestor social, iria coibir os abusos e distribuir riquezas, em busca da pacificação social..

O marco decisivo para alteração do regime jurídico da propriedade é a série de estudos e palestras, proferidas em 1912, em Buenos Aires, por Léon Duguit. Ocorre a contestação do dogma do proprietário como titular de direito subjetivo. O que Léon propunha não era um ajustamento do direito de propriedade a uma função social, mas recolocava o próprio problema de partida: a propriedade, mais que um direito, era uma função.

Nos dizeres de Georges Louis Hage Humbert,

> [...]o proprietário, é dizer, o possuidor de uma riqueza, tem, pelo simples fato de possuir esta riqueza, uma função social; enquanto cumpre essa missão, seus atos, como proprietário, estão protegidos. Se não a cumpre ou a cumpre mal, se por

> exemplo, não cultiva sua terra ou deixa sua casa às ruinas, a intervenção dos governantes é legitima para obriga-lo a cumprir sua função social do proprietário, que consiste em assegurar e emprego das riquezas que possui conforme sua destinação[...] (2015, p. 57)

Na análise de Sílvio Luís Ferreira da Rocha:

> [...]Duguit prega sua ideia de função social: o homem não tem direitos. A coletividade tampouco. Porém, todo individuo tem na sociedade uma certa função a cumprir, uma certa tarefa a executar. Este é o precisamente o fundamento da regra de direito que se impõe a todos. Em relação a propriedade, a função assinalada é dupla: de um lado, o proprietário tem o dever e o poder de empregar a coisa que possui na satisfação das necessidades individuais e especialmente nas suas próprias, de empregar a coisa no desenvolvimento de sua atividade física, intelectual e moral. De outro lado, o proprietário tem o dever e, por conseguinte, o poder de empregar a sua coisa na satisfação de necessidades comuns, de uma coletividade nacional inteira ou de coletividades secundárias[...] (2005, p. 87).

No direito brasileiro, a inserção do conceito de função social da propriedade trouxe ao "Direito Privado algo até então tido por exclusividade do Direito Público: o condicionamento do poder a uma finalidade" (Lopéz, 1988. p.72). Com efeito, o Brasil, seguindo o direito comparado, já na Constituição de 1934, previu que o direito de propriedade somente poderia ser exercido caso atendido o interesse social ou coletivo[4], iniciando a partir daí uma disciplina do domínio em sintonia com a ideia de função, e não como direito absoluto, apenas limitável externamente em caso de interesse social ou necessidade pública.

O marco constitucional de 1988 amplia a noção de função social da propriedade, fazendo-a irradiar para a própria cidade, que igualmente passa a ter uma função social. Portanto, a política urbana passa a ordenar ao ambiente citadino segundo as funções sociais da mesma, isto é, de modo a garantir o bem-estar dos seus habitantes. Para Dalari:

> [...]De acordo com a formulação constitucional, o sistema jurídico brasileiro somente consagra, comporta e ampara o direito de propriedade enquanto na medida em que ele estiver cumprido uma função social. Essa concepção do direito de propriedade abre

[4] CF/1934. Art. 113. "É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determina"..

> imensas possibilidades para a administração pública no tocante a uma atuação eficiente em matéria de disciplina do uso e ocupação do solo urbano. [...] 1981, p.37)

Sob essa ótica, o Plano Diretor assume importante papel, vez que eleito instrumento básico da política urbana afeta à função social da cidade. Trata-se de compromisso com o próprio espaço real do ambiente urbano, que deve ser pensado de acordo com sua heterogeneidade física e social. Daí a necessidade de múltiplos instrumentos que deem conta de disciplinar e regular os melhores usos da cidade. Nesse sentido, aponta José dos Santos Carvalho Filho: .

> [...] O plano diretor, sendo caracterizado como o instrumento urbanístico fundamental, não pode guardar total identidade normativa no que concerne ao processo de política urbana de cada Município.
> A razão é de extrema simplicidade: cada um dos Municípios apresenta peculiaridades próprias, relacionadas a aspectos de natureza social, cultural, territorial, ambiental, turístico e etc.[...] (2015, p. 120)

Todavia, a política urbana executada pelo Município não vem dissociada de parâmetros federais acerca do que constituiria uma cidade com função social. É possível perceber uma intricada rede de competências urbanísticas, que começa com a Carta de 1988, passa por um marco regulatório federal, e vai desaguar em legislações municipais que obrigatoriamente devem seguir as diretrizes gerais sobre sustentabilidade, moradia digna, participação democrática e justiça nas distribuições dos ônus e bônus urbanos.

3 OUTORGA ONEROSA DO DIREITO DE CONSTRUIR NO ESTATUTO DA CIDADE

Como já foi dito, a Lei 10.257, de 10 de julho de 2001, é um marco muito relevante para o desenvolvimento do Direito Urbanístico, na medida em que representa o ponto de partida para uma futura sistematização normativa da matéria nos planos federais, estaduais e municipais[6].

[6] Salienta-se que ainda não existe no Brasil, um código urbanístico como, por exemplo, o que existe na França, disciplinando atuação do governo central, das regiões e províncias e das autoridades locais, estabelecendo toda uma cadeia de planos urbanísticos, cuidando das licenças urbanas, etc.

No Brasil, que tem estrutura federativa, a competência para legislar sobre direito urbanístico é concorrente. Isto é, a União ficará responsável pelo estabelecimento de normas gerais – o Estatuto das Cidades é um exemplo - , os Estados e Municípios suplementarão a norma geral de acordo com seus interesses regionais e locais, fazendo a ressalva de que cabe exclusivamente aos Municípios executar a política urbana.

Dentro deste contexto de federalismo de cooperação, fica fácil perceber o protagonismo do Município nas questões afetas à cidade. Isto porque o espaço urbano é local, lida com projetos de vida que ocorrem no âmbito municipal, de maneira que as regras federais e estaduais fixam diretrizes urbanísticas, mas cabe ao município efetivamente ordenar o ambiente da cidade, utilizando de diversos instrumentos previstos de maneira genérica na esfera federal..

No que concerne ao instituto da outorga onerosa do direito de construir[7], este nasceu de discussões feitas no Seminário da Fundação Prefeito Faria Lima (também promovido pelo CEPAM – Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal).

A partir deste Seminário surgiu a chamada Carta de Embu, aprovada em 11 de dezembro de 1976, primeira tentativa de sistematizar subsídios para a criação deste instituto no Brasil, até então restrito ao estudo da lei francesa, mais especificamente, da noção de *plafond* legal de *densité* (teto legal de densidade).

A outorga onerosa do direito de construir, tal como foi absorvido pelo direito brasileiro, constitui a criação de pisos artificiais acima da área do terreno, ou seja, do coeficiente de aproveitamento básico, sendo um dos novos instrumentos de intervenção urbanística, previsto nas normas gerais de direito urbanístico estabelecidas pelo Estatuto da Cidade, cuja efetividade de aplicação depende da existência de um Plano Diretor. Como afirma Floriano de Azevedo Marques Neto:

> [...]Não é desamiado insistir, contudo, que o plano diretor é, até por imposição constitucional (art. 182, §1º), o instrumento angular de toda a política urbana,

[7] Cabe esclarecer que a Fundação Prefeito Faria Lima – CEPAM, considera que a outorga onerosa do direito de construir se divide em duas categorias: o solo criado e alteração de uso: [...]Solo criado. É uma modalidade de outorga onerosa do direito de construir, consistente no instrumento urbanístico que permite ao proprietário ou a quem tenha interesse, adquirir o direito de construir acima do coeficiente básico de aproveitamento. Alteração do uso do solo. É outra modalidade de outorga onerosa do direito de construir que permite ao proprietário de um imóvel dar uso distinto daquele definido para uma determinada zona da cidade. [...] (2005, p. 118-119)

> além de ser o documento em sede do qual se define os contornos da função social da propriedade urbana, como acima divisamos.
>
> Será no Plano Diretor, portanto, que deverão estar contidas as definições para implementação do solo criado [...] (2002, p 215).

A Lei Federal nº 10.257/01, em seu artigo 28, determina o que deverá ser necessariamente estabelecido na Lei do Plano Diretor como condição da instituição da outorga onerosa do direito de construir:

> Art.28 – o plano diretor poderá fixar as 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 entra a infra estrutura existente e o aumento de densidade espetado em cada área.

Assim sendo, haverá sempre um coeficiente de aproveitamento básico do solo independe de qualquer contribuição, deixando claro o respeito ao direito de construir como inerente ao direito de propriedade. Somente o que for edificado eventualmente acima desse limite é que dependerá de uma contrapartida a ser suportada pelo proprietário.

Logo, entende-se por solo criado o resultado da construção praticada em volume superior ao permitido nos limites do coeficiente único de aproveitamento[8]. Nesse sentido, explica Eros Grau:

> [...]A noção de solo criado desenvolveu-se inicialmente a partir da observação da possibilidade de criação artificial de área horizontal, mediante a sua construção sobre ou sob o solo natural.
>
> (...)

[8] [...]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[...] (Grau, 1983).

> Desenvolvidos, no entanto, novos estudos urbanísticos a propósito da idéia, passou-se a entender como solo criado o resultado de construção praticada em volume superior ao permitido nos limites do coeficiente único de aproveitamento".[...] (1983)

A legislação federal ,não foi exaustiva ao tratar do instituto, preferindo estabelecer balizas gerais, deixando para o Município, de acordo com as necessidade locais, estabelecer critérios máximos e mínimos, forma de remuneração, etc. Todavia, essa ampla esfera de discricionariedade municipal não significa que não haja constrangimentos para o exercício da competência legislativa local.

Como já mencionado, o § 2º, do artigo 28, do Estatuto da Cidade, dispõe que: [...] o plano diretor poderá fixar coeficiente de aproveitamento básico único para toda a zona urbana ou diferenciado para áreas específicas dentro da zona urbana [...].

Logo, o Município poderá fixar em toda a sua área urbana um coeficiente único, ou coeficientes diferenciados em certas áreas específicas. Por exemplo, em uma área residencial, poderá ser fixado um coeficiente único igual a 1,0; entretanto, em áreas para fins comerciais, no centro de determinado Município, em razão das atividades exercidas, poderá estabelecer-se um coeficiente diferenciado. No entanto, essa diferença gera desigualdade de tratamento quando se adota coeficiente diferenciado para determinadas áreas, como afirma José Afonso da Silva:

> [...]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[...] (2006, p. 256).

Nota-se a viabilidade de sua aplicação na concretização das diretrizes gerais propostas no Estatuto da Cidade e os princípios contidos na Constituição da República, em relação ao controle do uso do solo e ordenação adequada das cidades.

Por outro lado, a natureza jurídica do instituto da outorga onerosa do direito de construir não constitui matéria pacífica. Ora, sempre haverá um coeficiente de aproveitamento básico que independe de qualquer contribuição, respeitando o direito de construir inerente ao direito de propriedade. No entanto, o que for eventualmente edificado acima desse limite é que dependerá de uma contrapartida a ser suportada pelo proprietário, contrapartida essa que poderá ser concretizada de diversas maneiras. Segundo Diógenes Gasparini:

> [...] Obedecidas as condições estabelecidas pela legislação pertinente, especialmente a municipal, o particular se compromete a dar a contrapartida exigida pelo Município pelo direito de construir que este lhe outorgou. A contrapartida, como vimos, pode ser a construção de certa obra (construção de um viaduto), de determinado edifício (construção de um edifício multifamiliar para residência de famílias de baixa renda), a entrega de um dado terreno ou qualquer outra coisa que seja de interesse público, ou pagamento de certa quantia em dinheiro. A entrega desses bens imóveis ou a execução de certa obra tem a natureza de obrigação contratual e, no caso de a contrapartida ser em dinheiro, sua natureza é de preço público. Preço público é o pagamento feito pelo particular ao Poder Público segundo o valor por este unilateralmente fixado, quando facultativa e espontaneamente adquire bens utiliza serviços públicos ou aufere vantagem posta à sua disposição[...]. (2002, p. 132)

Assim, usar e edificar o solo não custa nada. Criar solos adicionais é que gera encargos. Mas, mesmo quanto a isto, é absolutamente necessário destacar a facultatividade. Ou seja, ninguém é obrigado a pagar, se não desejar criar solos adicionais, o pagamento somente ocorrerá se for de interesse do proprietário do terreno. O pagamento é voluntário, contratual, não é uma obrigação criada por lei, não tem caráter impositivo.

A contrapartida a ser prestada pelo beneficiário, prevista nos termos do artigo 28 da Lei nº 10.257/2001, dividem opiniões. Parte da doutrina entende que, no exercício do poder de polícia, o Poder Público pode determinar ao particular o cumprimento de certas obrigações, inclusive de pagar. Para quem assim entende, a própria instituição da outorga onerosa do direito de construir seria uma limitação administrativa, e o pagamento correspondente teria, então, a mesma natureza jurídica.

E há entendimento que faz distinção entre as limitações administrativas e o instituto do concurso voluntário, que identifica a contrapartida a ser suportada pelo loteador como condição da aprovação do projeto de loteamento, e que tem uma evidente correspondência com a contrapartida atinente à criação do solo artificial. Nos dizeres de Adilson Abreu Dalari:

> [...] Consiste o poder de polícia no estabelecimento, por lei, de restrição genéricas à propriedade e à liberdade dos particulares, em favor do interesse coletivo. Ao estabelecer limitações administrativas o Poder Público nada retira do particular, apenas delineia os confins do seu direito, razão pela qual as limitações administrativas o Poder Público nada retira do particular, apenas delineia os confins do seu direito, razão pela qual as limitações administrativas não geram qualquer obrigação de indenizar.
> No caso do concurso voluntário ocorre um inegável sacrifício de direito, na medida em que o particular perde parte de sua propriedade em favor do Município. Não se alegue, portanto, de maneira alguma, o concurso voluntário seria uma exigência comum, como

> outra qualquer, como exemplo a dimensão mínima dos lotes, o gabarito, o coeficiente de edificação, a taxa de ocupação do terreno etc. todas estas últimas figuras são limitações administrativas inerentes ao exercício de poder de polícia, mas o concurso voluntário está inteiramente fora do campo das simples limitações administrativas e do mero exercício do poder de polícia.[...] (1983, p. 242).

Sob outro ângulo, a contrapartida divide a doutrina em relação à sua natureza tributária ou de simples ônus.

Segundo os defensores de que a contraprestação seria um tributo, esta seria uma obrigação, dividida em "ato devido" e "ato ilícito". Devido, caso queira o proprietário construir deverá adquirir potencial construtivo do ente municipal; caso o proprietário construa sem aquisição do potencial construtivo, incorrerá em ilícito.

Por outro lado, a corrente que defende a contraprestação como ônus, identifica que o requisito *vontade* das partes substitui imposição legal, não havendo que se falar em obrigação, haja vista que o proprietário, se quiser construir acima do coeficiente de aproveitamento básico, deverá adquirir do poder público índice construtivo; caso não queira, não é obrigado a pagar, e ficará impossibilitado de construir.

O presente trabalho parte da premissa de que a contraprestação, a título de outorga onerosa ao direito de construir é ônus, e não obrigação. Acompanha-se o entendimento de Eros Grau, de que tributos são receitas que encontram sua causa em lei; daí a sua definição como receitas legais. No caso em espécie, estamos diante de um ato de aquisição de um direito, não compulsório. Trata-se de ato voluntário, no qual o requisito da vontade das partes – setor público e particular - substitui o requisito da imposição legal. A remuneração correspondente, pois, é contratual e não legal[9].

O mesmo entendimento foi exarado pelo Superior Tribunal Federal:

> Tributário. Parcela do solo criado: Lei municipal nº 3.338/89. Natureza jurídica. 1. Não é tributo a chamada parcela do solo criado que representa remuneração ao Município pela utilização de área além do limite da área de edificação. Trata-se de forma de compensação financeira pelo ônus causado em decorrência da sobrecarga da aglomeração urbana. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento. RE 226942 / SC - SANTA CATARINA - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Relator(a): Min.

[9] GRAU, Eros Roberto. Direito Urbano: regiões metropolitanas, solo criado, zoneamento e controle ambiental, desenvolvimento urbano. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983.

MENEZES DIREITO Julgamento: 21/10/2008 - Órgão Julgador: Primeira Turma - Publicação DJe-089 DIVULG 14-05-2009 PUBLIC 15-05-2009.

É inconteste a dificuldade enfrentada na positivação do instituto da outorga onerosa do direito de construir, no âmbito da competência discricionária municipal, pois o Estatuto da Cidade não ingressou em minúcias acerca de sua estrutura, como é evidente, por se tratar de lei geral. Assim, o universo de "modelos" é muito grande em razão do interesse local.

Cabe ressaltar que dependerá muito mais do Município, da maneira em que estruturado o solo criado, por meio do Plano Diretor e Lei Municipal específica, o sucesso ou insucesso na concretização dos objetivos da Política Urbana, já que os aspectos do solo criado foram deixados ao Município para que os instituísse de forma mais próxima à sua realidade. Em razão disso, apresenta-se de suma importância o papel da doutrina.

4 CONCLUSÃO

Diante do exposto, o direito de propriedade afirmado pela Constituição da República, não mais pode ser havido apenas como um direito subjetivo de caráter individualista, mas sim considerado como direito público, de conteúdo necessariamente social.

A função social da propriedade compõe o próprio direito de propriedade, e, delimitada no Plano Diretor, onde lançadas as áreas em que possível a incidência da cobrança para edificação acima do coeficiente de aproveitamento mínimo (outorga onerosa do direito de construir), permite que se promova uma melhor distribuição do espaço urbano, afinada com os objetivos da República dentre os quais, a redução da desigualdade social.

É importante ressaltar que o instituto da outorga onerosa do direito de construir, é decorrência do direito de propriedade, pois se não houvesse a propriedade também não haveria de se falar no presente instrumento urbanístico.

A outorga onerosa do direito de construir, dentre outros instrumentos urbanísticos previstos no Estatuto da Cidade,, tem por finalidade compensar a municipalidade pelo

adensamento populacional, assim suas cobranças são destinadas ao reequilíbrio do espaço urbano.

Tal instituto é de extrema importância para o ordenamento do solo urbano, tendo em vista a sua capacidade de criar espaços adequados para aquela área especifica ou para toda a cidade, através de fixação de coeficientes únicos e diferenciados. Contudo, devem ser observados os requisitos necessários para sua implementação como a relação entre infraestrutura existente e a densidade urbana, de acordo como os parâmetros do coeficiente de aproveitamento único.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Coletânea de legislação de direito ambiental. Constituição Federal. Organizadora Odete Medauar. 4º ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Comentários ao Estatuto da Cidade. Rio de Janeiro. Lúmen Juris, 2005.

CARVALHO PINTO, Victor. Direito Urbanístico – Plano Diretor e Direito de Propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO URBANISTICO, II, 2002, Porto Alegre.

DALLARI, Adilson Abreu. DISANNO, Daniela Campos Libório. Direito Urbanístico Ambiental, Belo Horizonte, Fórum. 2011.

DALARI, Adilson Abreu. Desapropriação para fins urbanísticos. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. Parcelamento do Solo: desmembramento: concurso voluntário. RDP. V. 24. Nº 98, 1991.

_____. Direito Municipal Brasileiro – Atualização de Célia Marisa Prendes. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Solo Criado – Constitucionalidade da Outorga Onerosa do Direito de Construir. Belo Horizonte, Fórum. 2011.

FRATTARI, Rafael: O projeto de pesquisa e iniciação cientifica em Direito. Belo Horizonte, Meritum, 2014. Vol. 09.

GASPARINI, Diógenes. O Estatuto da Cidade. São Paulo: NJD, 2002.

GRAU. Eros Roberto. Direito Urbano: regiões metropolitanas, solo criado, zoneamento e controle ambiental, projeto de lei de desenvolvimento urbano. São Paulo, Revista dos Tribunais. 1983.

HUMBERT Georges Louis Hage: a propriedade é uma função ou o proprietário tem função? Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Ano 13. N 51. Outubro/Dezembro 2015 – Publicação Trimestral.

LIRA, Ricardo Pereira. Elementos do Direito Urbanístico. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1997.

LÓPEZ Y LÓPEZ, Angel M. La disciplina constitucional de la propriedade privada. Madrid: Tecnos, 1988.

MACRUZ, José Carlos. Solo Criado. Outorga Onerosa do Direito de Construir (Dissertação apresentada à PUC/SP. São Paulo, 2003.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Outorga Onerosa do Direito de Construir (Solo Criado). In DALLARI, Adilson Abreu et al. (Coord). Estatuto da Cidade – Comentários à Lei Federal 10.257/2001. São Paulo: Malheiros, 2002.

MEDUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes (coord). Estatuto da Cidade – Lei 10.257. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2004.

_____. O Estatuto da Cidade. São Paulo: Saraiva. 2001.

MOREIRA, Alexandre Burman. As Politicas Públicas Municipais de Meio Ambiente. Obrigação x Necessidade. Interesse Público. Porto Alegre, n. 29. 2005.

PEREZ, Marcos Augusto. A Administração Pública Democrática. Belo Horizonte. Fórum, 2004.

SILVA. José Afonso. Direito Urbanístico Brasileiro. São Paulo: Malheiros. 2006.