

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO URBANÍSTICO, CIDADE E ALTERIDADE I

ROSÂNGELA LUNARDELLI CAVALLAZZI

VALMIR CÉSAR POZZETTI

DIOGO OLIVEIRA MUNIZ CALDAS

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

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito urbanístico, cidade e alteridade I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Rosângela Lunardelli Cavallazzi; Diogo Oliveira Muniz Caldas; Valmir César Pozzetti – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-077-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO URBANÍSTICO, CIDADE E ALTERIDADE I

Apresentação

A edição do I Encontro Virtual do CONPEDI, consolida o Direito Urbanístico como área de ampla produção acadêmica em diversos Programas de Pós-Graduação do país, demonstrando uma preocupação da comunidade científica, com a qualidade de vida nos centros urbanos. As temáticas debatidas envolveram uma diversidade de temas urbanísticos e, alguns artigos analisaram pontos importantes da Lei Federal n. 13.465/2017, demonstrando um grande interesse, dos pesquisadores, em estudar a ocupação dos espaços territoriais urbanos de forma a trazer qualidade de vida, dignidade e justa distribuição dos equipamentos urbanos. Nesse sentido, nas sessões do Grupo de Trabalho - Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade I, verificou-se grandes contribuições; além de as temáticas discutidas encontraram enorme receptividade de todos os presentes na sala virtual e os debates foram muito dinâmicos, profícuos e entusiasmados no sentido de se verificar mecanismos jurídicos para se construir um direito urbanístico focado nos direitos humanos, bem como nos deveres dos cidadãos e do Estado, de fiscalizar, efetivar políticas públicas na perspectiva do Direito Urbanístico. Ressaltou-se, assim, que todos os seres vivos que desfrutam do espaço urbano sejam abrigados nesse espaço, com componentes de valorização da vida, em todas as suas formas, buscando usufruir e internalizar o conceito de direito à cidade e “Cidades Sustentáveis”. Assim, a obra que ora apresentamos reúne os artigos selecionados, pelo sistema de dupla revisão cega, por avaliadores ad hoc, para apresentação no evento. Os temas apresentados são atuais e trazem contribuições significativas para o Direito Urbanístico. Apresentamos, assim, os trabalhos desta edição.

A autora Janaína Helena de Freitas defendeu o artigo intitulado “A VIOLAÇÃO AO DIREITO À MORADIA NOS MEGAEVENTOS BRASILEIROS: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS”, destacando que os megaeventos ocorridos no Brasil em 2014 (Copa do Mundo) e 2016 (Olimpíadas), trouxeram efeitos negativos ao direito de moradia e, por conseguinte, violaram direitos humanos. Já Roberto Carvalho Veloso e João Simões Teixeira, no artigo intitulado “DESAPROPRIAÇÃO URBANÍSTICA SANCIONATÓRIA E SUA UTILIZAÇÃO PRIORITÁRIA NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA”, destacaram, que é necessário priorizar a concretização do direito fundamental à moradia, como programa de Políticas Públicas eficientes; uma vez que esse é um direito fundamental de todos cidadão. Nesse sentido, Luana Marina dos Santos e Gerson Neves Pinto, no artigo intitulado “A BIOPOLÍTICA E OS CONTORNOS DA CIDADE: UMA ANÁLISE DOS MECANISMOS DE

GERENCIAMENTO A PARTIR DE MICHEL FOUCAULT”, destacaram que, para efetivar o direito à moradia como direito fundamental, é necessário socorrer-se da biopolítica para obter mecanismos eficazes de gerenciamento, a partir de uma visão de Michel Foucault. Ainda nessa visão, o artigo intitulado “A ÉTICA DE EMMANUEL LÉVINAS E A AUSÊNCIA DE ALTERIDADE NA INSTITUIÇÃO DAS GATED COMMUNITIES: QUEM OU O QUE ESTÁ POR DETRÁS DOS MUROS?” de autoria de Émilien Vilas Boas Reis e Adriano Mendonça Ferreira Duarte, destaca a importância da Ética de Lévinas, e de fundamentos filosóficos para a ordenação do solo urbano e a garantia do direito de moradia, em especial, nas comunidades fechadas. E é nessa mesma linha de raciocínio que o artigo intitulado “A EXPERIÊNCIA COM CIDADES INTELIGENTES NO BRASIL E NO MUNDO: VISÕES DE UM FUTURO PARA POLÍTICAS PÚBLICAS EM PLANEJAMENTO URBANO”, de autoria de Émilien Vilas Boas Reis e Adriano Mendonça Ferreira Duarte, reforça a necessidade de se tomar como base a doutrina estrangeira para justificar a necessidade premente de ordenamento e planejamento do solo urbano, para concretizar, na prática, o conceito de cidades inteligentes, sobre a Ética da Alteridade.

Já o artigo intitulado “A ILUSÃO VERDE NOS ESPAÇOS URBANOS: UMA REFLEXÃO ACERCA DA ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE NAS CIDADES”, de autoria de Adélia Alves Rocha, Helen Cristiany Pimenta de Oliveira e Émilien Vilas Boas Reis, traz uma análise dos espaços urbanos dotados de elementos voltados aos interesses comuns, como instrumento do Direito Comum, elencado na Lei Federal n. 12.651/12; concluindo que as cidades, como lugares múltiplos, nem sempre são dotadas de planejamento e estruturação, apresentando desconformidades entre a norma e áreas de preservação permanentes nos centros urbanos. Conectados com esse mesmo raciocínio, os autores Edson Ricardo Saleme, Renata Soares Bonavides e Silvia Elena Barreto Saborita, trouxeram importante análise do instituto da Mediação, previsto na Lei n.13.465/2017, para solucionar conflitos que envolvem as Zonas Especiais de Interesse Social. Ainda no tocante à análise da Lei n. 13.465/2017, Victor Novais Buriti e Flávia Trentini, no artigo intitulado “A LEI DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA (LEI N. 13.465/2017) E A SUA COMPATIBILIDADE COM A META 11.1 DA AGENDA 2030 DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS”, analisaram a compatibilidade de aplicação desta Lei no âmbito da Agenda 2030, destacando que os estudos nesse viés, ainda são muito incipientes, devendo-se dedicar mais estudos com esse olhar. Já os autores Walber Palheta De Mattos e Bruno Soeiro Vieira, no artigo intitulado “A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E POLÍTICA: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA REGIÃO METROPOLITANA E SUA GOVERNANÇA” realizaram uma crítica da relação entre direito e política sob a perspectiva do fenômeno da região metropolitana e sua governabilidade. Na mesma linha de raciocínio, o artigo intitulado “ARRANJOS PÚBLICO-PRIVADOS NO DESENVOLVIMENTO DA CIDADE”, de

autoria de Armando Rodrigues Gadelha Moreira, analisa as questões políticas para se poder chegar a um status de cidade saudável e sustentável, destacando que o indivíduo é o principal agente que promoverá a conquista desse status. Já Mateus Cavalcante de França, Guilherme Stefan e Raissa Rayanne Gentil de Medeiros ao comentarem sobre a COVID19, no artigo intitulado “DESLOCAMENTOS FORÇADOS NA CIDADE: REGULAÇÃO ESPACIAL EM CONTEXTO DE PANDEMIA” concluíram que o isolamento social é de suma importância para se conter o avanço do vírus, sendo necessário atender ao comando do Estado, no tocante à regulação do espaço em todos os âmbitos. Nesse mesmo sentido, o autor Michael Almeida di Giacomo, no artigo intitulado “DIREITO À CIDADE E PARTICIPAÇÃO CIDADÃ” destaca que os movimentos populares são extremamente importantes na construção e regulamentação da Política Urbana no Brasil, para compor uma frente de inclusão e garantias de direitos no combate à lógica especulativa imobiliária.

Para consolidar as discussões travadas anteriormente, Eder Marques de Azevedo, no artigo intitulado “O PLANO DIRETOR SUSTENTÁVEL E A EFETIVIDADE DO DIREITO A CIDADES RESILIENTES”, investigou a possibilidade de o plano diretor das cidades, no tocante às áreas sujeitas à ocorrência de riscos naturais, poderiam promover a efetivação do direito à cidades resilientes e sustentáveis; e esclarece que as cidades resilientes dependem do planejamento de ações preventivas e pós-desastre, no ambiente urbano. Nesse mesmo sentido, os autores Mozart Victor Ramos Silveira e Carla Maria Peixoto Pereira, ao discorrerem sobre o artigo intitulado “TEORIA(S) CRÍTICA(S) COMO MÉTODO DE ANÁLISE E INTERPRETAÇÃO NA PESQUISA EM DIREITO URBANÍSTICO”, destacam a importância da Teoria Crítica e a sua aplicabilidade e relevância no direito urbanístico, concluindo sobre as possibilidades e aplicabilidades para esse viés de interpretação e análise, que apresentam novas visões e novas possibilidades para a pesquisa jurídica no campo das cidades.

Para finalizar, Sophia Alvarez Amaral Melo Bueno, ao discorrer sobre “URBANIZAÇÃO NO BRASIL E SEUS ASPECTOS SOCIAIS E AMBIENTAIS: UM BREVE RELATO DO PROCESSO DE URBANIZAÇÃO DA REGIÃO METROPOLITANA DA BAIXADA SANTISTA”, esclareceu que os espaços públicos, no Brasil, ganharam preços que foram determinantes para a escolha de onde cada habitante pudesse escolher como moradia. Além disso, a conscientização dos que detém o poder, seja público ou privado, pode ser crucial para que as diretrizes públicas sejam eficientes em prol do equilíbrio sócio-ambiental, alcançando-os de forma plena.

Assim, a presente obra é um verdadeiro repositório de reflexões sobre Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade, o que nos leva a concluir que as reflexões jurídicas, aqui realizadas, são

contribuições valiosas no tocante a oferta de proposições que assegurem a melhoria de vida no meio ambiente urbano, com acesso à moradia e efetivação da dignidade dos cidadãos, em harmonia com o princípio da alteridade no campo do Direito Urbanístico, sendo imprescindível discutir e assegurar direitos, não só do homem mas de todos os seres que habitam o espaço urbano.

Desejamos, pois, excelente leitura a todos.

Professor Dr. Diogo Oliveira Muniz Caldas – UVA / UNICARIOCA

Profa. Dra Rosangela Lunardelli Cavallazzi – PROURB - UFRJ / PUCRio

Prof. Dr. Valmir César Pozzetti – UEA / UFAM

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade I apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

ARRANJOS PÚBLICO-PRIVADOS NO DESENVOLVIMENTO DA CIDADE
PUBLIC-PRIVATE ARRANGEMENTS IN CITY DEVELOPMENT

Armando Rodrigues Gadelha Moreira

Resumo

Para a obtenção de uma cidade saudável, o principal agente realizador é o indivíduo, que após séculos de conflito entre o interesse público ou particular. Fez-se a síntese desse conflito e condensou na tese de máxima autonomia individual, dentro da razoabilidade e bem-estar social. Que na busca do direito à cidade, permite o norteamento das ações individuais e sobre a propriedade, limites que devem ser impostos de forma casuística, cidade a cidade, mas com a possibilidade de se adaptar aos interesses individuais, por meio da outorga onerosa do direito de construir e da outorga onerosa do direito de uso.

Palavras-chave: Direito à cidade, Outorga onerosa do direito de construir e de uso

Abstract/Resumen/Résumé

For to obtain a healthy city, the principal agent is the individual, after centuries of conflict between those what the public or private interest. The result of this conflict was summarized and condensed in the thesis of maximum individual autonomy, within the reasonability and social welfare. That in the search for the right to the city, it allows the direction of individual actions and property, limits that should be imposed casuistically, city by city, but with the possibility of adapting to individual interests, through the onerous granting of the right Construction and the onerous granting of the right to use.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Property: city right, Onerous granting of the right to build and use

Considerações Iniciais

Para a realização do planejamento urbano, o principal meio, é a intervenção do indivíduo e na propriedade, o que é causa, por séculos, de conflito de toda a espécie, doutrinária, política, social, etc. No século XX a propriedade foi objeto de diversas limitações e até expropriação, tendo como base diversos fundamentos, dentre eles a função social da propriedade, o interesse público e o direito à cidade.

O direito à cidade indica como se dará a utilização da propriedade e quais as atividades nela desenvolvida, estabelecendo os padrões de uso e ocupação do solo, onde poderá desenvolver determinada atividade empresarial e em que horário, toda intervenção em prol de uma cidade que conceda bem-estar às pessoas que nela reside e para seus visitantes.

Portanto, há de se questionar acerca da intervenção na liberdade e propriedade individual pelo argumento do direito à cidade. Apresentando a seguinte questão, qual o seu fundamento e limites de aplicação?

Com base nesse questionamento básico é que se passará a questionar a natureza do direito à cidade, iniciando pela apresentação da possibilidade de intervenção na propriedade, o os elementos da intervenção pelo direito à cidade e por fim o instituto das outorgas onerosas como meios de flexibilizar os limites impostos.

1 O direito de propriedade e sua evolução

O direito de propriedade tem seu fundamento estabelecido na Roma antiga, da qual os glosadores extraíram o seguinte conceito para propriedade “*ius utendi, fruendi et abutendi re sua, exclusis aliis, quatenus iuris ratio patitur* – Digesto, 7, 8, 2, par “, ou seja, o direito de propriedade concede total poder do proprietário sobre a coisa, até que houvesse algum limitador estabelecido por lei.

Com o declínio do império romano, a relevância do direito de propriedade existente também ruiu, pois, a propriedade era do senhor ou da igreja, o direito passou a ser normalmente fundamentado pela concessão divina, que por sua vez concediam o uso aos servos e aldeãos em troca de serviços e tributos.

Com o fim da idade média, durante o período do iluminismo e da revolução industrial o conceito de propriedade romano foi novamente propagado, mas apenas a primeira parte do conceito extraído, sendo a propriedade o direito de usar, gozar e dispor, tornado o direito de propriedade superior a tudo e todos, pois havia a intenção de proteger a propriedade dos governantes tiranos, que normalmente usurpava a propriedade privada.

Contudo, a supremacia da propriedade, sobre tudo e todos, gerou efeitos negativos e fomentou o surgimento de ideias contrárias como as ideias socialistas e a implementação do estado social, no qual todo ato e bem particular deveria estar regulamentado pelo Estado, com a finalidade de alcançar o bem comum, tornando todos atos dos entes públicos superiores aos interesses individuais, ideia geradora de governos totalitaristas e com tantos problemas sociais, quanto as sociedades baseadas na supremacia da liberdade. (MOREIRA, 2018, p. 145-156)

Contudo nas últimas décadas, o conceito original de propriedade que foi desenvolvida por treze séculos de sociedade romana, está sendo resgatado e um meio termo das duas experiências nos estados liberais e sociais, está sendo formado.

Essa resultante gerada é denominada de Estado Democrático de Direito, que tem em Jonh Rawls (1995, p.44) um representante dessa nova vertente, que traz esse entendimento para todos os atos do homem:

Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que mesmo o bem-estar da sociedade como um todo não pode sobrepujar. Por isso, a justiça nega que a perda da liberdade por alguns possa ser justificada pelo bem maior compartilhado por outros. A justiça não permite que os sacrifícios impostos a alguns possam ser compensados pela soma maior de benefícios desfrutados por muitos. Em uma sociedade justa, por este motivo, as liberdades da cidadania igual são vistas como estabelecidas; os direitos assegurados pela justiça não são sujeitos à negociação política ou ao cálculo de interesses sociais.

Com base na ideia anteriormente apresentada, o conceito de propriedade também sofreu modificações, pois concede os direitos defendidos pelos liberais, mas dentro dos limites impostos por necessidade de uma livre e harmoniosa convivência em sociedade, como Rachel Sztajn e Decio Zilbersztajn (2005, p. 92) explicam:

Nessa definição, a propriedade consiste em uma série de relações entre pessoas e só incidentalmente envolve uma ‘coisa’ ou um bem. Assim, o dono de um pedaço de terra não tem necessariamente o direito absoluto sobre todos os aspectos daquele lote, mas sim um conjunto ou uma lista de direitos. Esse conjunto pode, por exemplo, incluir o direito de vender a terra, deixá-la de herança, subdividi-la, cercá-la, impedir que outros a atravessem e o direito de construir uma casa. Ao mesmo tempo, o conjunto de direitos pode não incluir o direito de impedir que outros atirem por cima da terra, de se apropriar de minerais sobre a terra, de plantar maconha, de deixar a terra improdutiva e de construir edificações acima de três andares. Note que os direitos não são absolutos e dependem dos esforços que o proprietário coloca em defender cada direito das tentativas de captura por outros indivíduos e da proteção provida pelo governo.

Esse conceito de propriedade é normalmente mais delimitado nas zonas urbanas pelo direito de vizinhança e principalmente pelo direito à cidade.

2 Direito à cidade

O direito à cidade é uma teoria apresentada no Congresso Internacional de Arquitetura Moderna (1933), no qual se formulou um documento, denominado de Carta de Atenas, estabelecendo objetivos que a cidade deveria realizar, que são a promoção da habitação, do trabalho, da circulação e da recreação da sua população (REISDORFER, 2015, p.180).

Já no Brasil, a expressão direito à cidade foi inserida em nosso ordenamento pela Lei Federal 10.257/2001 em seu art. 2º, que estabelece obrigação dos entes públicos para “o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana “ e acrescenta em seu inciso I, o direito à cidade sustentável sendo “entendido como o direito à terra urbana, a moradia ao

saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações”.

Para a efetivação desses objetivos é necessário a (limit)ação na propriedade e na liberdade de agir do homem, pois as limitações existentes não incidem apenas na propriedade, mas também nas atividades, laborais que os cidadãos podem desenvolver na cidade, assim como defende José Afonso da Silva (2010, p. 235):

A ordenação do uso e ocupação do solo é um dos aspectos substanciais do planejamento urbanístico. Preconiza uma estrutura mais orgânica para as cidades, mediante a aplicação de instrumentos legais de controle do uso e da ocupação do solo – com o quê se procura obter uma desejável e adequada densidade populacional e das edificações nos aglomerados urbanos.

Contudo, o termo direito à cidade não é encontrado na Constituição brasileira, o que poderia remeter ao entendimento que o direito a cidade não é defendido pelas normas constitucionais, mas isso não se mostra verdadeiro, pois a junção de diversos mandamentos da norma magna compõe o direito à cidade, como a junção da função social da propriedade, dos contratos, da empresa, direito de vizinhança e o art. 182 da Constituição que prevê que a política urbana “tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”. Artigo que mais explícita a proteção constitucional ao direito à cidade e Guilherme (2015, p. 181) ratifica esse entendimento afirmando que “Esse artigo se porta como base do direito à cidade que é os encargos necessários para uma boa convivência e como elemento da função social propriedade e demais direitos demais direitos dispostos na constituição”.

Não obstante, norma federal e constitucional tratar do direito à cidade e que estabeleça diretrizes norteadoras, elas ainda são insuficientes para estabelecer com eficácia seu objetivo e apresentar todos seus elementos definidores assim como expõe Guilherme:

[...] é possível afirmar que a consagração da garantia do direito à cidade como diretriz confirma que a descrição do seu conteúdo, feita

pela Lei 10.257/2001, é meramente aproximativa. Não é viável considerar a noção de direito à cidade como feixe de direitos e garantias estáveis e com conteúdo predeterminado. (REISDORFER, 2015, p. 185)

E para concretização do direito à cidade o instrumento do direito público necessário é o plano diretor, que constitui o “instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana” (2015, p.179), que é estabelecido em forma de lei pelo município, possuindo maior proximidade com a necessidade de cada cidade e busca a promoção das funções sociais e o bem-estar dos seus habitantes. Guilherme fundamenta a atribuição de legislar o direito à cidade e como se concretizará:

[...] atribui-se ao Poder Público o dever de desenvolver e conceber política urbana concatenada e processada em instâncias democráticas, tendo o objetivo de promover o bem-estar da população urbana. [...] **prevê-se que a realização do bem-estar passa pela disciplina da atuação dos próprios habitantes e usuários do meio urbano**, sobre os quais incidem deveres destinados a assegurar a compatibilidade das iniciativas privadas com as diretrizes de desenvolvimento urbano que venham a ser consagradas. (2015, p. 179) (grifo nosso)

Apesar de ser indicado ao poder público o dever de desenvolver a cidade sustentável, fica posto que um dos principais realizadores são os indivíduos, que compõem a cidade sendo “dever de os particulares colaborarem na execução dos planos urbanísticos” (CORREA, 2010, p. 25).

Ficando claro que o principal colaborador para a plena efetivação de uma cidade saudável é o particular que em análise final é o real agente de todo ato modificativo da realidade, pois até o estado é a reunião de particulares. Portanto, o direito à cidade se concretiza com o agir individual.

O agir de cada indivíduo para alcançar o máximo de uma cidade saudável, necessita por vezes de ser norteadas, por isso há o plano diretor e demais leis limitadoras. Mas há de se ressaltar que essa limitação não pode e não deve ser exaustiva, pois a mutação da sociedade não é acompanhada pelas leis e o principal motivo de não ser possível reger o direito a cidade de forma completa é que a sua busca corroerá ao ponto de destruir o próprio direito à propriedade

e liberdade, direito de magnitude tão grande como o direito à vida, devendo a legislação apresentar apenas nortes, entendimento compartilhado por Guilherme, como se entende da passagem a seguir:

Ocorre que a contribuição dos sujeitos privados ao processo de urbanização não se dá apenas a partir da imposição de deveres. O Estado não determina com exatidão e à exaustão as formas e as opções de atuação dos agentes privados. Apesar de o planejamento urbano ser, em sua essência, impositivo, ele não se confunde com uma perspectiva totalizante do urbanismo, no sentido de impor soluções e esquemas preestabelecidos e invariáveis de conduta.

Há situações em que a imposição de deveres é inviável, em razão da observância da autonomia privada. O Estado não está habilitado a dirigir o exercício das faculdades privadas de modo a suprimir a autonomia dos seus titulares. A regulação urbanística não pode chegar a ponto de esvaziar os direitos individuais. Em outros casos, a imposição de deveres pode até ser possível, mas dá lugar à utilização de mecanismos jurídicos diversos, destinados a fomentar a atuação privada de acordo com determinados fins. Assim, o caráter impositivo do planejamento urbano não exclui mecanismos flexíveis de relação entre Poder Público e particulares, por meio dos quais se admite certa autonomia por parte destes para exercer determinadas faculdades admitidas pela ordem urbanística. Guilherme. Definição e concretização do direito à cidade. (2015, p. 181)

Portanto, o direito à cidade deve ser plenamente buscado por todos, pois a sua concretização gera o bem-estar social e a pacífica e salutar convivência dos habitantes da cidade. Sendo os habitantes o principal agente de efetivação do direito à cidade, os quais podem ser norteados pela legislação e auxiliado pelo estado. Mas nunca limitado de forma exaustiva ao ponto de corroer os direitos individuais como a propriedade, a livre iniciativa e o livre arbítrio. Para tanto, há várias formas de flexibilizá-los, sendo de bastante relevância e tratada no presente trabalho, ou seja, as outorgas onerosas.

3 Outorgas onerosas

O planejamento realizado pelo Estado para a efetivação ao direito à cidade de forma satisfatória envolve limitações à propriedade e ao agir humano, uma das principais limitações está na forma de utilização da propriedade, por exemplo, os imóveis sofrem limitações quanto ao modo de construir (ex. quantos

pavimentos podem ser feitos e quais as dimensões) e quanto a forma de utilização (residencial ou comercial, qual empresa pode se instalar em determinado imóvel, etc.), contudo essas limitações não podem impedir o direito de propriedade e a livre iniciativa de forma absoluta, pois o direito à cidade se destina aos cidadãos e os seus interesses é que devem ser alcançados. Por esse motivo que Guilherme faz a seguinte afirmação:

O direito à cidade não se resume a uma situação em que à sociedade é dado “exigir” prestações estatais. Antes, o seu processo de concepção é aberto às iniciativas sociais e pressupõe a definição do envolvimento da sociedade na configuração da realidade urbana. Isso significa que tanto a concepção quanto a efetivação do direito à cidade dependem da realização de esforços conjuntos entre Estado e sociedade, o que envolve a consagração de direitos, mas também ora a imposição de deveres, ora a estipulação de mecanismos aptos a estimular a assunção de tarefas de interesse público por parte dos sujeitos privados. Guilherme. Definição e concretização do direito à cidade: (2015, p. 195)

Os agentes formadores de uma cidade saudável são o Estado e o particular e em busca da maior efetivação dos atos dos particulares o Estado deve flexibilizar a legislação e gerar meios para ação do particular que:

Pela primeira via, prevê-se que o Estado e o sujeito privado podem acordar a modificação de índices e características de parcelamento, uso e ocupação do solo e subsolo, bem como alterações das normas edilícias, considerados o impacto ambiental delas decorrente (art. 32, § 2.º, I). (2015, p. 194)

Essa modificação dos limites inicialmente impostos pela legislação, podem ser modificados por livre acordo do particular para com o Estado, com a finalidade de que possa atender ao interesse do particular, devendo o particular arcar com o resultado de sua ação além dos limites estipulados pela legislação como utilização comum, podendo essa responsabilização ser efetivada por meio de obras ou ações diretamente realizadas pelo particular ou há uma contraprestação financeira equivalente ao custo que a cidade terá pela extrapolação dos limites inicialmente estabelecidos. Entendimento firmado no mesmo sentido de Luisa Maffei (2015, p. 201):

[...] para o interessado construir acima do limite de edificação fixado seria prevista a possibilidade de, mediante uma contraprestação ao Poder Público, adquirir esse direito. Essa contraprestação visava a compensar os efeitos do adensamento urbano causado pela construção acima do coeficiente único de aproveitamento previsto nos planos diretores das cidades.

Portanto, fica evidente a necessidade de utilização das outorgas onerosas, como meio de viabilizar a utilização da propriedade de forma a se mesclar de forma harmoniosa para com o direito à cidade.

Outorgas que se dividem em duas espécies, Outorga onerosa do direito de construir e Outorga onerosa de alteração de uso, instrumentos que estão dispostos no Capítulo II - Dos instrumentos da política urbana, Seção I - Dos instrumentos em geral do Estatuto da Cidade, que em seu art. 4.º, V, n, prevê como “instituto jurídico e político” a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso, cuja natureza jurídica ainda não possui uma determinação consolidada, pois há quem defenda que tenha natureza tributária ou indenizatória ou obrigacional. Nesse trabalho não há a intenção de elucidar essa dúvida, mas ficará posto, que conforme entendimento jurisprudencial, não configura como possuidora de natureza tributária conforme julgado do Supremo Tribunal Federal, em Recurso Extraordinário de relatoria do Ministro Eros Roberto Grau, que assim está ementado:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LEI N. 3.338/89 DO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS/SC. SOLO CRIADO. **NÃO CONFIGURAÇÃO COMO TRIBUTO.** OUTORGA ONEROSA DO DIREITO DE CRIAR SOLO. DISTINÇÃO ENTRE ÔNUS, DEVER E OBRIGAÇÃO. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. ARTIGOS 182 E 170, III DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. SOLO CRIADO Solo criado é o solo artificialmente criado pelo homem [sobre ou sob o solo natural], resultado da construção praticada em volume superior ao permitido nos limites de um coeficiente único de aproveitamento. 2. **OUTORGA ONEROSA DO DIREITO DE CRIAR SOLO. PRESTAÇÃO DE DAR CUJA SATISFAÇÃO AFASTA OBSTÁCULO AO EXERCÍCIO, POR QUEM A PRESTA, DE DETERMINADA FACULDADE. ATO NECESSÁRIO. ÔNUS.** Não há, na hipótese, obrigação. Não se trata de tributo. Não se trata de imposto. Faculdade atribuível ao proprietário de imóvel, mercê da qual se lhe permite o exercício do direito de construir acima do coeficiente único de aproveitamento adotado em determinada área, desde que satisfeita prestação de dar que consubstancia ônus. Onde não há obrigação não pode haver tributo. Distinção entre ônus, dever e obrigação e entre ato

devido e ato necessário. 3. **ÔNUS DO PROPRIETÁRIO DE IMÓVEL URBANO.** Instrumento próprio à política de desenvolvimento urbano, cuja execução incumbe ao Poder Público municipal, nos termos do disposto no artigo 182 da Constituição do Brasil. Instrumento voltado à correção de distorções que o crescimento urbano desordenado acarreta, à promoção do pleno desenvolvimento das funções da cidade e a dar concreção ao princípio da função social da propriedade [art. 170, III da CB]. 4. Recurso extraordinário conhecido, mas não provido. (STF - RE 387047/SC. Pleno. Rel. Min. Eros Grau. DJe em 02/05/2008) – (grifo nosso).

Ficando exposto que a natureza jurídica das outorgas onerosas não é tributária e acha-se por bem e razoável, pelos argumentos já mencionados e ainda a mencionar, classificar a sua natureza jurídica como obrigacional, pois se firma pacto entre o particular e o Estado para em troca da flexibilização dos limites existentes o particular ofertará uma contrapartida.

3.1 Outorga onerosa do direito de construir

O instrumento da outorga onerosa se iniciou com relação ao direito de construir, o qual se originou no Brasil durante a realização de seminários promovidos pelo Centro de Estudos e Pesquisas em Administração Municipal (Cepam) com início em 1968, reunião que incidiu na criação de um documento assinado por vários participantes desses seminários, que foi nomeado como Carta de Embu em 1976. Ideia que rapidamente se espalhou. (LINO, 2014, p. 188)

A outorga onerosa do direito de construir possui por fundamento de criação a ideia de solo criado, que consistia que “o Poder Público cobrasse pelo valor acrescido a um imóvel urbano, em razão de ter criado condições materiais (construção de infraestrutura de serviços urbanos) para que este fosse explorado além do seu “valor natural” ” (2014, p. 189).

Apesar da impropriedade jurídica do termo “solo criado”, por não se tratar de criação de nova propriedade, pois a propriedade de imóveis se estende ao subsolo e ao espaço aéreo, há, portanto, apenas flexibilização nos limites impostos ao particular.

Apesar dessa impropriedade de nomenclatura, o fundamento consistente se mostra correto, pois a sociedade e/ou o Estado terá ou teve que investir para que a modificação do limite de construção seja suportada pela cidade, conforme o texto do artigo 28 do Estatuto das Cidades, o qual estabelece que “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.”

O instrumento da outorga onerosa do direito de construir é apresentado de forma geral no Estatuto das Cidades, Lei nº 10.257/2001, em seus artigos 28 ao 31. Mas cada município da federação Brasileira deverá regulamentar sua aplicação, pois cada cidade possui suas próprias peculiaridades. Mas sempre devendo “[...] verificar se a infraestrutura existente guarda proporcionalidade com o aumento da densidade que se supõe que irá ocorrer na área.” (2014, p. 209) Como se vislumbra no texto de lei municipal de Recife, Lei nº 17.511/2008, que estabelece no “Art. 161 A concessão da outorga onerosa do direito de construir poderá ser negada caso se verifique impacto não suportável pela infraestrutura, de acordo com os critérios e procedimentos definidos nos termos de lei específica.”

Portanto, a possibilidade dada aos particulares de flexibilização dos parâmetros iniciais de construção em troca de uma contraprestação para a cidade, pela adequação do ambiente urbano à nova realidade, que pode ser financeira, pois o próprio Estado realizaria a adequabilidade ou por meio de obras diretamente realizadas pelo particular. Demonstram a liberdade com responsabilidade da propriedade.

3.2 Outorga onerosa de alteração de uso

Estendendo a possibilidade de flexibilização dos parâmetros urbanísticos iniciais, o Estatuto das Cidades traz de forma apenas nominal, o termo outorga onerosa de alteração de uso no art. 4.º, V, n e no art. 29 indica que o “plano diretor poderá fixar áreas nas quais poderá ser permitida alteração de uso do

solo” não havendo mais nenhum regramento federal que delimite este instrumento, cabendo aos municípios a sua conceituação e seus elementos.

Em sua maioria, os municípios apenas utilizam esse instrumento para modificar a finalidade que ao imóvel é permitido implantar, por exemplo, no plano diretor delimita-se uma área onde somente se permite implantação de padarias e residências, a outorga seria utilizada para poder implantar outro tipo de comércio, como academia. Essa utilização básica é demonstrada por Fernanda Costa (2014, p. 209):

Em linhas bastante gerais, esse instrumento consiste na faculdade da Administração Pública de consentir em que seja modificado o uso do solo em determinada área e, para tanto, claramente deve haver a disposição prévia no Plano Diretor de qual é a finalidade do uso do solo naquela região.

Contudo, em pesquisa realizada, o Município de Fortaleza no Ceará, estendeu a utilização comum do instrumento da outorga onerosa de alteração de uso e legislou o entendimento que esse instrumento poderia alterar qualquer parâmetro inicialmente estabelecido pelo plano diretor, desde que dentro do índice de aproveitamento do solo, pois caso ultrapasse aplica-se a outorga onerosa do direito de construir. Conforme se observa pela lei municipal de Fortaleza nº 10.335, de 01 de abril de 2015, a seguir:

Art. 2º A outorga onerosa de alteração de uso,[...]:

§ 1º Considera-se alteração de uso a mudança dos índices urbanos na implantação das atividades

§ 2º Considera-se também alteração de uso a inclusão de um novo uso ou tipo de atividade não previsto para a unidade imobiliária, mantendo-se o uso previsto nas normas de edificação, uso e gabarito vigentes.

[...]

Art. 3º Deverá ser aplicada a outorga onerosa de alteração de uso em toda aprovação de projeto arquitetônico que se utilizar das alterações das normas de uso e ocupação do solo em vigor.

Como se observa, o §2º traz o entendimento comum desse instituto, mas em seu § 1º e seu art. 3º, se vislumbra a possibilidade de alterar qualquer elemento de estipulação de limites urbanísticos, contanto que permaneça

respeitando o índice de construção estabelecido, do qual, para sua alteração existe instrumento próprio que é a outorga onerosa do direito de construir.

A contrapartida da alteração de uso está presente no art. 7º da mesma lei, que estipula o seguinte:

Art. 7º O valor a ser pago pela outorga onerosa da alteração de uso será expresso em moeda corrente.

§ 1º A contrapartida financeira poderá ser substituída pela doação de imóveis ao Município ou pela execução de obras de infraestrutura urbana nas Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS), desde que haja requerimento do beneficiário e aprovação da Comissão Permanente de Avaliação do Plano Diretor (CPPD)[...]

Como visto, a contrapartida da flexibilização dos limites urbanísticos é bem ampla, podendo ser em dinheiro, em imóveis ou realizando obras de infraestrutura de forma direta, tudo desde de que os cidadãos, por meio da comissão aprobe e entenda que é uma contraprestação adequada e que seja possível a sua implantação, conforme LEI Nº 7987 /96 estabelece no “Art. 74 Serão admitidas as transformações desde que a implantação da classe da atividade seja adequada ao zoneamento e à via.”

Portanto, o instituto da outorga onerosa de alteração de uso, pode se tornar uma excelente ferramenta de adequação urbana do particular, pois permite a satisfação do interesse do particular, juntamente com realização da cidade saudável de forma harmoniosa.

Considerações Finais

Na realização do planejamento urbano, o principal meio, é a intervenção no indivíduo e na propriedade, pois quem faz a cidade são as pessoas. Intervenção que no Estado Democrático de Direito é possível, desde que haja a real necessidade de realiza-la e que para isso não exclua ou reduza o direito mínimo do indivíduo.

Devendo a propriedade nesse intento, ter o máximo de autonomia e liberdade, mas cabível de limitações e obrigações.

Em face, do direito à cidade, que é um direito social constitucionalmente estabelecido de forma implícita, formado pela comunhão dos interesses individuais com harmonia entre si, que para sua efetivação se concretiza na maioria das vezes com estipulações do que os indivíduos devem realizar.

Os atos de estipulação para a propriedade e para o indivíduo, não podem ser delimitados de forma exaustiva, pois iria de encontro com os princípios do Estado Democrático de Direito e corroeria a liberdade individual, por esse motivo que as legislações urbanísticas tendem apenas a apresentar referências norteadoras e limites de razoabilidade na utilização da propriedade.

Tanto o é, que há o instituto da outorga onerosa, que permite a flexibilização dos parâmetros inicialmente estabelecidos de forma geral.

O instituto da outorga onerosa se subdivide em dois tipos, a outorga onerosa do direito de construir e a outorga onerosa do direito de uso, ambos, estipulados no Estatuto das Cidades.

A outorga onerosa pode ser definida como uma forma de flexibilização dos parâmetros urbanísticos inicialmente impostos pelo estado, desde que essa alteração seja adequada e aplicável ao local que se pretende, devendo o particular, em acordo com o ente público(sociedade) compensar ou viabilizar os custos que foram ou serão utilizados para a adequação do empreendimento à cidade.

Sendo a diferença nas espécies de outorga, a seguinte, a outorga onerosa do direito de construir é gerada pelo aumento do parâmetro de construção. Já a outorga de alteração de uso tem sua primeira utilização, quando o imóvel tem sua utilização diversa da permitida no local, a segunda utilização desse instrumento é observável na legislação do Município de Fortaleza, o qual indicou a utilização da outorga onerosa de uso para realizar a modificação de qualquer estipulação de utilização e construção de imóveis, desde que respeite o tamanho fixado ao local.

Portanto, fica posto que, o direito à cidade se perfaz pela ação das pessoas que nela interagem e em busca de atender seus interesses individuais, tanto que é possível a flexibilização das limitações inicialmente estipuladas.

Referências

COSTA, Luísa Maffei. Outorga onerosa do direito de construir (solo criado): uma análise jurisprudencial. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**. SÃO PAULO: REVISTA DOS TRIBUNAIS, v.3 n.19. 07/2015 a 08/2015.

CORREIA, Fernando Alves. **Manual de direito do urbanismo**. Coimbra: Almedina, vol.2. 2010.

LINO, Fernanda Noia da Costa. A Outorga onerosa e a transferência do direito de construir enquanto instrumentos urbanísticos de preservação do patrimônio cultural. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**. SÃO PAULO: REVISTA DOS TRIBUNAIS, v.2 n.13.10/2014.

GRAU, Eros Roberto. **Direito urbano**. Regiões metropolitanas, solo criado, zoneamento e controle ambiental, Projeto de Lei de desenvolvimento urbano. São Paulo: Ed. RT, 1983.

MOREIRA, Armando R. G.. Estado democrático de direito: autonomia individual e auxílio social pela tributação.. In: João Luis Nogueira Matias. (Org.). **Relações Privadas, direitos humanos e desenvolvimento nos 30 anos da Constituição**. Fortaleza: Mucuripe, 2018.

RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. In: BORGES FILHO, Nilson. **Direito, Estado, Política e Sociedade em Transformação**. Porto Alegre: Fabris, 1995.

REISDORFER, Guilherme F. Dias. Definição e concretização do direito à cidade: entre direitos e deveres fundamentais. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.3 n.19. 07/2015 a 08/2015.

SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 6 ed. Revisada e Atualizada. São Paulo: Malheiros, 2010.

SZTAJN, Rachel. ZYBERSZTAJN, Decio. **Direito e economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.