

CAMILA SIMONI JUNQUEIRA

NOTAS SOBRE O DIREITO DE CONSTRUIR

CURITIBA

2007

CAMILA SIMONI JUNQUEIRA

NOTAS SOBRE O DIREITO DE CONSTRUIR

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Elimar Szaniawski

CURITIBA

2007

Dedico

*Aos meus pais, sem quem não haveria eu e
nem haveria trabalho.*

*Ao Flavio, que me espera pacientemente...
estou voltando!*

Agradeço

Ao professor Elimar, pela dedicação na tarefa de orientar.

À Mariana, à Clélia, à Fernanda e à Ana Claudia, por terem se tornado durante este período de convivência mais do que simples colegas de turma, mas verdadeiras amigas.

Aos bons professores, pelas boas lições.

Ou Isto ou Aquilo

*Ou se tem chuva e não se tem sol
ou se tem sol e não se tem chuva!*

*Ou se calça a luva e não se põe o anel,
ou se põe o anel e não se calça a luva!*

*Quem sobe nos ares não fica no chão,
quem fica no chão não sobe nos ares.*

*É uma grande pena que não se possa
estar ao mesmo tempo nos dois lugares!*

*Ou guardo o dinheiro e não compro o doce,
ou compro o doce e gasto o dinheiro.*

*Ou isto ou aquilo: ou isto ou aquilo...
e vivo escolhendo o dia inteiro!*

*Não sei se brinco, não sei se estudo,
se saio correndo ou fico tranqüilo.*

*Mas não consegui entender ainda
qual é melhor: se é isto ou aquilo.*

Cecília Meireles

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA E DO DIREITO DE CONSTRUIR.....	4
2.1. DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA: SÍNTESE HISTÓRICA	4
2.2. DO DIREITO DE CONSTRUIR NO DIREITO COMPARADO	7
2.2.1. Do Sistema Italiano.....	8
2.2.2. Do Sistema Francês	9
3. DO DIREITO DE CONSTRUIR NO BRASIL	10
3.1. DA LEGISLAÇÃO URBANÍSTICA: HISTÓRICO.....	10
3.1.1. Das Ordenações Imperiais: Regulação Urbanística pelo Poder Local	10
3.1.2. Do Período Republicano: do Liberalismo ao Estado Social.....	11
3.1.3. Da Nova Ordem Constitucional de 1988	15
3.1.4. Das Competências Constitucionais	18
3.2. DA OUTORGA DE EDIFICABILIDADE AO SOLO.....	20
3.2.1. Da Edificabilidade: Atributo Outorgado pelo Poder Público.....	20
3.2.2. Da Distinção: Propriedade Urbana X Propriedade Rural.....	23
3.2.3. Do Critério para Atribuição do Direito de Construir.....	27
3.3. DOS INSTRUMENTOS URBANÍSTICOS: O DIREITO DE CONSTRUIR APARTADO DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA URBANA	30
3.3.1. Da Outorga Onerosa do Direito de Construir – “Solo Criado”.....	31
3.3.2. Da Transferência do Direito de Construir	36
3.3.3. Do Direito de Superfície.....	39
3.4. DA ILEGALIDADE NA PRODUÇÃO URBANA BRASILEIRA	43
4. CONCLUSÃO.....	46
5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	49

RESUMO

O presente trabalho pretende investigar a situação jurídica em que atualmente encontramos o direito de construir no Brasil. Para isto, aborda historicamente a evolução do conceito da propriedade imobiliária, desde a propriedade romana – marcada por seu caráter absoluto –, até a adoção do conceito da função social da propriedade. Traz, ainda, alguns elementos do direito comparado para contextualizar os instrumentos relativos à política urbana que ingressaram em nosso ordenamento através da Constituição da República de 1988 e foram regulamentados pela lei federal 10.257/2001, o Estatuto da Cidade. Dentre estes instrumentos, aborda com um pouco mais de profundidade aqueles que separam o direito de construir do direito de propriedade imobiliária, como a outorga onerosa do direito de construir, a transferência do direito de construir e o direito de superfície. Finalmente, traz alguns dados e considerações sobre a gigantesca ilegalidade urbana que hoje se apresenta nas metrópoles brasileiras, a despeito da regulamentação urbanística que existe desde que éramos ainda uma colônia de Portugal.

1. INTRODUÇÃO

A propriedade rural foi, por muitos anos, a base fundamental da economia brasileira e mesmo da subsistência de grande parte das famílias. Com a crescente urbanização que ocorre em nosso país, contudo, a propriedade rural passou a dividir sua importância – na ciência e no mercado - com a propriedade urbana. Mas se naquela é a capacidade de produzir, através das atividades agropecuárias, que lhe confere o valor de mercado, sendo tão mais valiosas quanto mais férteis e cultiváveis forem seus solos, a propriedade urbana é tão mais valiosa quando mais seja possível, sobre ela, edificar.

O direito de construir, contudo, apesar considerado mero acessório da propriedade privada imobiliária urbana pela legislação civil, sofre uma série de influências que partem dos princípios constitucionais e se difundem por inúmeras leis esparsas, especialmente leis municipais. Daí que é matéria afeta ao direito civil, mas também ao direito constitucional, ao direito administrativo e ao direito urbanístico.

E quando se fala em direito urbanístico, é comum que se introduza com a menção da urbanização da sociedade brasileira, a partir de números dos censos que admitem que mais da metade da população do país já vive em cidades. É inegável que o êxodo rural aumentou bastante a população urbana brasileira. Mas apenas a título de ressalva, deixemos claro que é difícil precisar o percentual da população brasileira que pode ser efetivamente considerada urbana – pois a noção de “cidade” utilizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE corresponde aos perímetros urbanos estabelecidos em leis municipais, e muitos destes perímetros não oferecem as funções¹ que possam caracterizá-los minimamente como urbanos. Ou seja, é uma população “urbana” em termos, pois não goza das características mínimas que conformam a urbe. Conforme o próprio Instituto:

A maior dificuldade observada no trabalho dos Recenseadores quanto ao preenchimento dos quesitos, foi a caracterização nas Folhas de Coleta dos setores de situação rural e de

¹ Apenas a título exemplificativo, a Carta de Atenas, resultante do Congresso de Arquitetura Moderna realizado naquela cidade em 1933, elencou como funções urbanas: habitação, trabalho, circulação e lazer.

aglomerado subnormal. Este fato pode estar associado, nestas áreas, à maior irregularidade no traçado dos logradouros e à falta de quarteirões.²

Quando o Município não tem lei de perímetro urbano sequer para sua sede, o IBGE delinea um perímetro e o submete à aprovação do prefeito municipal. Por outro lado, muitos agrupamentos urbanizados estão fora dos perímetros urbanos oficiais, e dentre estes, apenas são considerados como urbanos pelo IBGE aqueles que se situem às margens do perímetro oficial, como uma “expansão urbana”, evidentemente marginalizada e ilegal. A metodologia utiliza os conceitos seguintes para determinar onde estão as áreas urbanas:

Área urbana: área interna ao perímetro urbano de uma cidade ou vila, **definida por lei municipal**. Para as cidades ou vilas onde não existe legislação que regulamente essas áreas, deve-se estabelecer um perímetro urbano para fins da coleta censitária, cujos limites devem ser aprovados pelo prefeito local.

Área urbana isolada: Área **definida por lei municipal** e separada da sede municipal ou distrital por área rural ou por um outro limite legal.

Área rural: Área **externa ao perímetro urbano**.

Área urbanizada de cidade ou vila: são classificadas como área urbanizada aquelas **legalmente definidas** como urbana caracterizada por construções, arruamentos e intensa ocupação humana; as áreas afetadas por transformações decorrentes do desenvolvimento urbano; e aquelas reservadas à expansão urbana.³ (grifos nossos)

Juridicamente, a Constituição da República de 1988 atribuiu aos Municípios a competência para definir a distinção entre as áreas urbana e rural, com indubitáveis reflexos sobre um grande número de propriedades imobiliárias privadas.

Tais reflexos são o objeto do presente estudo, que foi estruturado de maneira a apresentar um histórico do conceito do direito de propriedade e suas transformações, alguns apontamentos sobre a regulação da matéria no direito comparado e um histórico da regulação urbanística da propriedade no Brasil. Pretendeu-se com isso fundamentar a tese de que o direito de construir, no Brasil, é uma outorga da legislação urbanística que transforma a área rural em urbana, área esta que comumente é dividida em zonas com possibilidades distintas de uso e de edificação.

² INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Metodologia do Censo Demográfico 2000*. Rio de Janeiro: IBGE, 2003. p. 182. (Série Relatórios Metodológicos, v. 25). Disponível na internet: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2000/metodologia/metodologia_censo2000.pdf>. Acesso em 08 jun. 2007.

³ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Metodologia do Censo Demográfico 2000*. p. 244.

Visa ainda a demonstrar que a edificabilidade, atributo da propriedade imobiliária urbana, tem que ser conferida à propriedade visando ao cumprimento da sua função social. E a definição desta função social não pode prescindir do conhecimento técnico e, cada vez mais, da interdisciplinaridade da questão urbana entre o Direito, a Economia, as Ciências Sociais e as Ciências Ambientais, uma vez que a função social não é uma limitação extrínseca da propriedade, mas um atributo inerente ao próprio direito, que lhe define os contornos.

Finalmente, apresenta alguns dados que demonstram que, apesar da intensa regulação urbanística há muito vigente no Brasil – e talvez até exatamente por esta razão –, nas maiores regiões metropolitanas do país, mais da metade da população mora em construções erguidas sobre propriedade alheia e/ou em áreas onde a edificação era proibida. Áreas urbanas não-edificáveis restam desprezadas pelo mercado – e não por outra razão, são ocupadas e edificadas pela população mais carente, que não tem acesso à propriedade legal.

Mesmo estando claro que o objetivo não é esgotar o assunto, justifica-se uma relevante lacuna: a definição da natureza jurídica do direito de construir, pela complexidade do tema diante das recentes modificações na legislação brasileira sobre o tema, foi relegada a estudos posteriores, mais aprofundados. Afinal, o “direito de construir” ora se afigura como faculdade, ora como direito subjetivo e ora como dever do proprietário – situação peculiar merecedora de estudo específico.

2. DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA E DO DIREITO DE CONSTRUIR

2.1. DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA: SÍNTESE HISTÓRICA

Embora a concepção vulgar de propriedade, inspirada em um conceito sociológico, afirme que “a propriedade é o modo de satisfação do instinto de conservação do indivíduo”, não havia entre os homens pré-históricos a noção de propriedade⁴. Pode-se considerar que as primeiras idéias de propriedade referem-se à utilização em comum de um conjunto de bens por um determinado grupo, embora haja divergências se tal grupo seria toda uma aldeia ou apenas um pequeno núcleo familiar⁵. A evolução do conceito para a propriedade individual, inicialmente, permitia apenas a apropriação de bens pelo chefe do grupo.

Na Roma Antiga, a propriedade que anteriormente era atribuída às *gens* passa a ser individual, atribuída ao *pater familias*, que exercia sobre ela um poder absoluto. Antes de Justiniano, o regime jurídico da propriedade variava conforme a natureza do bem e com a categoria social a que pertenciam os seus titulares⁶. Todos estes modelos evoluíram para o conceito que propõe uma classificação tripartida de poderes: *ius utendi*, *ius fruendi* e *ius abutendi*, os quais configurariam uma *plenna in re potestas*, ou propriedade plena. A propriedade passou a ser considerada um direito absoluto e individual, oponível contra qualquer intervenção de terceiros.

A propriedade imobiliária romana, ainda, era dotada de um forte conteúdo religioso, pois os romanos enterravam os seus mortos nas próprias casas que, com isso, tornavam-se locais sagrados. Por esta razão, não se permitia o confisco de bens do devedor em benefício do credor.

Na Idade Média, o regime feudal fracionou o domínio, em “domínio direto” e “domínio útil”, com a utilização do instituto da enfiteuse. O *dominium directo*, titularizado pelo senhor, era esvaziado dos poderes do proprietário – restavam-lhe apenas alguns privilégios, como exigir do vassalo alguns pagamentos, mas não

⁴ Conforme SZANIAWSKI, Elimar. Aspectos da Propriedade Imobiliária Contemporânea e sua Função Social. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 3, p. 127, jul.-set. 2000.

⁵ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 132.

⁶ Assim, havia a propriedade pretória, a propriedade provincial, a propriedade dos peregrinos, etc.

havia o contato do proprietário com a coisa. O *dominium utile* cabia ao vassalo, que utilizava efetivamente a propriedade em troca do cumprimento das obrigações para com o senhor-proprietário.

Com o fim da propriedade feudal, também acabou esta divisão do domínio entre o senhor e os vassalos, a propriedade voltou a ser plena como no período romano, talvez mais. Pode-se considerar que no Estado liberal, a propriedade alcançou o caráter de máximo absolutismo. Segundo o Rábula de Lobão: “Nos prédios de domínio particular não só é sujeito a esse domínio o solo ou a superfície, mas todo o inferior até o inferno e todo o ar superior até o céu.”⁷

Esta concepção individualista e absoluta foi positivada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “Art. 17. Como a propriedade é um **direito inviolável e sagrado**, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização.”⁸ (grifo nosso) É notável que algumas limitações, como a possibilidade de desapropriação, em maior ou menor grau sempre estiveram presentes, ainda que não se possa deixar de concluir que o conceito moderno de propriedade era, sim, absoluto.

Com o fim da primeira guerra mundial, o Estado passou a intervir mais significativamente na propriedade privada, visando a garantir a satisfação das necessidades de todas as pessoas, através do que se passou a chamar *Welfare State*, o Estado do Bem-Estar Social.

Neste sentido, a Constituição do México de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919 albergaram os princípios da doutrina católica e dispuseram que deveria ser combatido o “mau uso da propriedade”. O legislador infraconstitucional deveria impor limites ao direito de propriedade, caracterizando o que seria o “bom uso da propriedade”, apenas este protegido por estas novas ordens constitucionais.

A idéia de uma “função social” da propriedade é atribuída a Léon DUGUIT⁹, que em sua obra “As Transformações Gerais do Direito Privado”, de 1931, negou a

⁷ Apud MUKAI, Toshio. *Direito Urbano e Ambiental*. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 74-75.

⁸ Disponível na internet: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc_Histo/texto/Direitos_homem_cidad.html> Acesso em 10 jun. 2007.

⁹ Cf. MUKAI, Toshio. *Direito Urbano e Ambiental*. p. 75; e SZANIAWSKI, Elimar. Aspectos da Propriedade Imobiliária Contemporânea e sua Função Social. p. 132-133.

teoria de que o direito de propriedade seria um direito subjetivo, passando a defender que a propriedade seria uma função social do detentor de riquezas. A alteração conceitual da propriedade, de direito a função, seria uma resposta à evolução das necessidades econômicas.

Assim, a propriedade-função impõe ao seu titular a obrigação de empregar os seus bens não apenas visando à satisfação de suas próprias necessidades, mas também às necessidades coletivas. A crítica a esta teoria é que ela se fixa mais no campo sociológico do que propriamente no campo jurídico: se a propriedade tivesse tamanha funcionalização, qualquer proprietário ver-se-ia obrigado, tão somente pela sua qualidade de proprietário, a atuar sempre de acordo com o interesse alheio, situação que não corresponde à realidade.

A doutrina cristã, em especial da igreja católica, então destituída do poder que teve durante toda a Idade Média¹⁰, teve forte voz na defesa de que a propriedade não seria uma função social, mas teria uma função social.

Para Stefano RODOTÀ¹¹, a função social é um conjunto de obrigações a que se sujeita o proprietário, assim como o são as limitações administrativas e civis ao direito de propriedade. Para este autor, não há exatidão terminológica em se afirmar que a propriedade seja funcional, mas sim finalística, pois a “função social” trata efetivamente de atribuir à propriedade privada um fim social.

Ainda hoje, podemos concordar com a teoria de RODOTÀ e afirmar que o direito de propriedade permanece classificado como um direito subjetivo, mas cujo exercício deve obedecer a uma finalidade social. Ao direito de propriedade, foi agregado o dever jurídico do proprietário de agir em prol do interesse coletivo.

Contudo, entendemos hoje que a função social da propriedade não pode ser considerada uma limitação externa do direito de propriedade – como o são os regulamentos administrativos, por exemplo –, mas sim uma característica intrínseca ao próprio conceito do direito de propriedade.

¹⁰ Cf. PINTO, Carlos Alberto da Mota: “(...) a partir de 1834 – a extinção dos dízimos, das rendas feudais, a apropriação dos bens das ordens eclesiásticas que, declarados “bens nacionais”, depois são vendidos livres e alodiais, desamortizados, sobre os quais se vai constituir uma propriedade plena (...)”. In: *Teoria Geral do Direito Civil*. p. 135.

¹¹ Apud SZANIAWSKI, Elimar. Aspectos da Propriedade Imobiliária Contemporânea e sua Função Social. p. 137-138.

Por esta razão, não é cabível aplicar a função social da propriedade através da teoria do abuso do direito, que seria a reprovação da utilização do direito de propriedade de forma abusiva. Há uma relevante diferença entre ambas teorias: o abuso de direito configura uma limitação extrínseca, que se pode averiguar apenas no momento do exercício do direito. A função social, ao contrário, é intrínseca, pois os deveres a ela correspondentes estão contidos no próprio conteúdo do direito.¹²

Francisco Clementino de SAN TIAGO DANTAS observa que as alterações no direito de propriedade não lhe alteram a estrutura técnica em seus elementos básicos:

As restrições de toda ordem ao poder do proprietário não chegam a exigir um outro quadro sistemático, e facilmente se distribuem dentro do existente. A forma da propriedade se conserva, o espírito muda, e, por conseguinte, altera-se o funcionamento social da instituição.¹³

Pode-se concluir, a partir desta apertada síntese da evolução histórica do instituto da propriedade, que a previsão de uma função social não tem a pretensão de negar o direito de propriedade, mas sim reafirmar a sua importância nos ordenamentos jurídicos. Ao fixar novos contornos para o exercício do direito, não fizeram os legisladores do mundo todo mais do que confirmar a sua relevância e o pleno interesse na sua manutenção.

2.2. DO DIREITO DE CONSTRUIR NO DIREITO COMPARADO

Para contextualizar a edificabilidade na situação brasileira, que é o foco deste trabalho, analisaremos brevemente alguns pontos das legislações italiana e francesa, as quais expressamente desvinculam, em maior ou menor grau, o direito de construir do direito de propriedade.

¹² GAIO, Daniel. A Propriedade urbana e o Direito de Edificar. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 5, n. 20, p. 123, out.-dez. 2000.

¹³ SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de. *A propriedade no Direito Civil Brasileiro*. Prova escrita do concurso para catedrático de Direito Civil. [s.l]: [s.d.]. p. 47-48.

2.2.1. Do Sistema Italiano

Na Itália, para disciplinar a edificabilidade do solo urbano, a lei nº 10 de 1977, aparentemente pretendeu desvincular totalmente o direito de construir do direito de propriedade, dispondo, na tradução de José Tadeu de CHIARA, que:

(...) toda a atividade que comporte transformação urbanística e edificação do território comunal participa dos ônus relativos a tal atividade e a execução da obra está subordinada à concessão, por parte do “sindaco” (administrador público), no sentido da presente lei.”¹⁴

Segundo esta disposição, o direito de propriedade, por si só, não confere ao seu titular o direito de edificar em seu imóvel. A edificabilidade seria de titularidade do Estado, o único que poderia conferi-la ao particular, mediante concessão. Tal concessão somente seria outorgada mediante pagamento, como compensação pela urbanização a ser realizada.

Na mesma lei citada, são estabelecidas sanções para quem edificar em desacordo com seus dispositivos: se a edificação for executada sem a respectiva concessão ou em desacordo com ela, a administração tem a prerrogativa de demoli-la, às expensas do proprietário. Também daquele diploma normativo resulta o fato de que, em processos de desapropriação dos imóveis, o valor da edificabilidade do terreno não comporia o cálculo da indenização.

A partir destes dispositivos, poder-se-ia concluir que na Itália é vigente o princípio da inedificabilidade do solo. Diferente, contudo, foi a interpretação de Gian Carlo MENGOLLI:

(...) o direito de edificar continua a ser inerente à propriedade e às outras situações que compreendem a legitimação para construir, ainda que sujeito a condicionamentos e limites, no sentido de que o titular do direito pode só construir dentro dos limites, inclusive temporais, estabelecidos pelos instrumentos urbanísticos (...) ¹⁵

¹⁴ CHIARA, José Tadeu de. Propriedade Urbana e Direito de Construir no Direito Urbanístico Comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 69, n. 536, p. 43, jun. 1980.

¹⁵ Apud SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 4 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 265.

A Corte Constitucional Italiana, na sentença 5-1980, corroborou o entendimento de que o direito de construir continua sendo uma faculdade do proprietário, apenas sendo diversa a regulamentação do seu exercício.

Assim, apesar da aparente inovação trazida pelo diploma legal italiano, verifica-se que, na sua aplicação, a mencionada concessão do direito de construir não seria diferente da licença administrativa – ato administrativo vinculado, sendo obrigatório ao poder público concedê-la a todos que cumpram os requisitos da lei.

2.2.2. Do Sistema Francês

Na França, a legislação não pretendeu retirar a edificabilidade do solo urbano, mas limitá-la. Através da lei nº 75-1328, de 1975, o Estado francês estabeleceu que o coeficiente de aproveitamento¹⁶ em todas as cidades do país seria igual a 1,0 (um vírgula zero), com exceção à cidade de Paris, onde o coeficiente seria de 1,5 (um vírgula cinco). Chamado *plafond légal de densité* ou “teto legal de densidade”, a partir deste limite o exercício do direito de construir estaria subordinado ao interesse coletivo. Observa-se que não foi desvinculada a edificabilidade da propriedade: para exercê-la dentro dos limites legais, bastaria o simples procedimento de licenciamento. Contudo, para construir além do limite, seria necessário adquirir da Municipalidade este direito, pagando para tanto o preço do solo natural.

A experiência francesa de nacionalizar o coeficiente de aproveitamento não foi mantida¹⁷. A partir de 1982, a gestão deste mecanismo passou a ser transferida, dentro de certos limites, às Comunas, até que a lei nº 86-1290, de 1986, descentralizou totalmente ao poder local a faculdade de livremente administrar tais coeficientes, subvertendo-os a mero mecanismo financeiro.

¹⁶ Coeficiente de aproveitamento de um terreno é a razão da área que pode ser sobre ele edificada sobre a área do próprio terreno. Sobre o assunto, ver também o item 3.3.1, infra.

¹⁷ Cf. SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. p. 264.

3. DO DIREITO DE CONSTRUIR NO BRASIL

3.1. DA LEGISLAÇÃO URBANÍSTICA: HISTÓRICO

3.1.1. Das Ordenações Imperiais: Regulação Urbanística pelo Poder Local

Antes da independência, eram vigentes no Brasil as ordenações portuguesas. Nas ordenações filipinas, afonsinas e manuelinas, vislumbrava-se a preocupação com a questão urbana, sem, contudo, definição de detalhes como largura de vias e alturas das edificações. Estas definições ficavam a cargo das Câmaras de Vereadores das vilas, que, naquelas mais desenvolvidas, elaboravam posturas municipais¹⁸ nas quais se refletiam as preocupações com a estética, os arruamentos, os alinhamentos e outros assuntos urbanísticos. Mas, num período de adoção do conceito absoluto de propriedade, as atenções legislativas voltavam-se especialmente para garantir os direitos dos vizinhos – ou seja, garantir o exercício do direito de propriedade pelos demais proprietários –, e evitar riscos para a coletividade. Por isso, havia grande preocupação com construções em ruínas ou em mau estado de conservação.

A Constituição Imperial de 1824 garantiu o direito de propriedade em sua plenitude, ressalvando apenas o direito do Estado em promover a desapropriação¹⁹,

¹⁸ Ainda hoje, quase todos os municípios brasileiros têm o seu Código de Posturas, muitos datados de quase um século, com as medidas de polícia administrativa de competência do ente federado local.

¹⁹ *Art. 179 A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.*

I. Nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei.

II. Nenhuma Lei será estabelecida sem utilidade publica.

III. A sua disposição não terá effeito retroactivo.

(...)

XXII. É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indemnizado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação.

mas nada dispôs sobre questões urbanísticas. Delegou às Câmaras de Vereadores o governo local²⁰.

É notável o fortalecimento do poder local às épocas colonial e imperial, pois eram as Câmaras de Vereadores que poderiam definir, conforme a cultura local, todos os padrões urbanísticos das vilas. Contudo, ressalva-se que as vilas configuravam então apenas circunscrições administrativas, e portanto não gozavam de autonomia²¹.

As primeiras normas jurídicas urbanísticas genuinamente brasileiras e de caráter nacional foram as legislações de desapropriação. A primeira delas, a lei 422, publicada em 1826, autorizava a desapropriação por utilidade pública para a execução de obras de comodidade geral e decoração pública. Foi substituída por legislação superveniente, lei nº 816/1855, que possibilitou a desapropriação também por utilidade pública “geral ou do Município da Corte”²² para fundação de povoações, abertura ou alargamento de vias e construção de outras obras públicas relevantes, como pontes, portos e estabelecimentos públicos.

3.1.2. Do Período Republicano: do Liberalismo ao Estado Social

O tratamento dado à propriedade na constituição imperial foi mantido na constituição republicana de 1891, em seu artigo 72, § 17²³. Lei complementar de 19 de outubro de 1928 atribuiu às Câmaras de Vereadores a competência para legislar

²⁰ Art. 167. *Em todas as Cidades, e Villas ora existentes, e nas mais, que para o futuro se crearem haverá Camaras, ás quaes compete o Governo economico, e municipal das mesmas Cidades, e Villas.*

²¹ Apenas com a Constituição de 1988 os Municípios passaram a ser considerados entes federados e a gozar de autonomia.

²² SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. p. 55.

²³ Art 72 - *A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:*

§ 1º - *Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.*

§ 2º - *Todos são iguais perante a lei.*

A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho.

(...)

§ 17 - *O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia.*

As minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria.

sobre alinhamento, limpeza, iluminação, arruamento e logradouros públicos, a forma de manter a tranqüilidade, segurança, saúde e comodidade de seus habitantes.

No início do período republicano, tem especial destaque a reforma urbana promovida por Pereira Passos²⁴ no Rio de Janeiro, em 1903. Para viabilizá-la, o decreto 4.956/1903, reafirmando dispositivo já existente na lei 816/1855, determinou que, uma vez aprovado um plano de renovação urbana por decreto do Presidente da República ou do Prefeito, considerar-se-iam desapropriados todos os imóveis necessários à sua perfeita execução. Serviram estes dispositivos apenas para legitimar a intervenção na então capital da República, pois não foram depois em nenhum outro momento aproveitados.

A Constituição de 1934 trouxe em seu conteúdo o conceito de função social da propriedade, em seu artigo 113²⁵, inspirado nas constituições mexicana, de 1917, e na de Weimar, de 1919, e baseado na teoria de Leon DUGUIT (ver item 2.1 supra). Apesar disso, tal inovação não foi aceita nos tribunais, especialmente no que se refere às indenizações decorrentes de desapropriações – que continuaram sendo as regras que ditavam, então, a matéria urbanística.

Na Constituição de 1937, ficou disposto no artigo 122, item 14, que a lei definiria os limites e o conteúdo do direito de propriedade²⁶. Por ter sido outorgada e

²⁴ Esta reforma foi inspirada na parisiense, promovida pelo Barão de Haussmann, implicando na abertura de grandes avenidas sob o pretexto de acabar com os cortiços que existiam em grande quantidade no centro do Rio de Janeiro, aos quais eram atribuídos inúmeros problemas de saúde pública. Dentre as obras, incluiu-se o desmonte do morro Santo Antonio para realizar o aterro do Flamengo. As famílias expulsas do Centro da cidade passaram a ocupar os morros nas regiões próximas, originando ocupações irregulares cariocas existentes ainda hoje.

²⁵ Art 113 - *A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:*

1) *Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas.*

2) *Ninguém será obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei.*

(...)

17) *É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.*

²⁶ Art 122 - *A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:*

(...)

ter tido vigência sob um regime ditatorial, tal dispositivo ficou apenas formalmente garantido. Data também de 1937 o decreto-lei 48, o qual até 1979 regulou as relações entre os loteadores e os adquirentes de lotes, sem, contudo, prever qualquer espécie de sanção em caso de seu descumprimento. Toshio MUKAI²⁷ atribui a esta lacuna normativa a proliferação de loteamentos clandestinos em todo o país.

Em 1946, com a redemocratização, a Constituição previu, em seu artigo 147, que o uso da propriedade seria condicionado ao bem-estar social²⁸. Em 1967, apesar da diversidade de regime político, a necessidade de que a propriedade objetivasse o bem-estar social foi mantida em seu artigo 150²⁹, assim como o termo “função social da propriedade” estava expresso no texto constitucional em seu artigo 157³⁰, e foi mantido pela emenda 1/1969, mas sem a referência expressa de que a propriedade é garantida desde que atendida a função social³¹.

A despeito dos bem-intencionados dispositivos constitucionais, Cármen Lúcia Antunes ROCHA conclui:

14) o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício;

²⁷ MUKAI, Toshio. *Direito Urbano e Ambiental*. p. 146.

²⁸ Art 147 - O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.

²⁹ Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 22 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 157, § 1º. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior.

³⁰ Art 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:

(...)

III - função social da propriedade;

³¹ Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 22. É assegurado o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no artigo 161, facultando-se ao expropriado aceitar o pagamento em título de dívida pública, com cláusula de exata correção monetária. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior.

O que se pode constatar da brevíssima passagem pelos textos constitucionais brasileiros que cuidaram do direito de propriedade é a extensão formal permanente que se deu ao princípio da função social a partir de 1934, que não poderia deixar de ceder aos ideais que perpassavam as instituições jurídicas e políticas em todo o mundo.

A prática das Constituições no Brasil, entretanto, não tem sido atendida sequer a contento, quanto mais com generosidade.

Não faltaram leis no Brasil, desde a terceira década do século XX, a cuidar e determinar o atendimento do princípio constitucional da função social da propriedade; mas faltou, permanentemente, vontade de se atender e cumprir a Constituição da República e os interesses do povo, especialmente aquela parcela mais necessitada. Que não tendo voz, em geral, também não tem vez.³²

A questão da habitação foi objeto de atuação legislativa em 1964, quando a lei 4.380 criou o Banco Nacional da Habitação – BNH e determinou que o governo federal, através do Ministério do Planejamento, formulasse a política nacional de habitação e planejamento territorial. Esta lei também trouxe diretrizes de atuação em matéria urbanística, mas sua implementação não foi garantida. O BNH serviu principalmente ao financiamento habitacional da classe média e foi extinto em 1986.

Em 1979, um relevante marco para a legislação urbanística foi a edição da lei federal 6.766, que passou a regular parcelamento do solo para fins urbanos. Substituiu o decreto-lei 58/1937, que hoje só é aplicável nos parcelamentos para fins rurais³³.

A legislação de 1979, além de regular as relações entre loteador e adquirentes, também incluiu disposições relativas ao próprio parcelamento, dentre as quais a vedação de parcelamento de áreas ambientalmente inadequadas para a ocupação e a edificação, bem como a exigência de que apenas as áreas localizadas dentro do perímetro urbano poderiam ser parceladas para fins urbanos³⁴. Além

³² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Princípio Constitucional da Função Social da Propriedade. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). *Direito Administrativo Contemporâneo: Estudos em Memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 85-86.

³³ Há divergência nas doutrinas de Toshio MUKAI e José Afonso da SILVA sobre a extensão dos efeitos deste decreto-lei após a edição da lei 6.766/1979, conforme se avaliará no item 3.2.2 infra.

³⁴ Art. 3º *Somente será admitido o parcelamento do solo para fins urbanos em zonas urbanas ou de expansão urbana, assim definidas por lei municipal.*

Parágrafo único. Não será permitido o parcelamento do solo:

I - em terrenos alagadiços e sujeitos a inundações, antes de tomadas as providências para assegurar o escoamento das águas;

II - em terrenos que tenham sido aterrados com material nocivo à saúde pública, sem que sejam previamente saneados;

III - em terrenos com declividade igual ou superior a 30% (trinta por cento), salvo se atendidas exigências específicas das autoridades competentes;

IV - em terrenos onde as condições geológicas não aconselham a edificação;

disso, estabeleceu sanções civis e penais para o caso de descumprimento de seus dispositivos. Ainda hoje, recepcionado pela Constituição de 1988, é o diploma que disciplina o parcelamento do solo urbano no país, regulamentado, normalmente com poucas inovações, pelas leis municipais.

3.1.3. Da Nova Ordem Constitucional de 1988

A Constituição de 1988 também positivou o princípio da função social da propriedade. Além de expressá-lo de maneira genérica no inciso XXIII do artigo 5º, em relação à propriedade urbana, especialmente, dedicou-lhe dois artigos – 182 e 183³⁵ – para disciplinar como se daria o atendimento de sua função social. Como é sabido, durante anos tais artigos careceram de regulamentação, enquanto o Estatuto da Cidade – cujo projeto tramitava pelo Congresso Nacional desde 1983³⁶ e foi reformulado em 1990³⁷ para adequar-se à nova ordem constitucional –, passou por diversas discussões, debates e substitutivos, estes “concebidos no âmbito de

V - em áreas de preservação ecológica ou naquelas onde a poluição impeça condições sanitárias suportáveis, até a sua correção.

³⁵ Art. 182. *A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.*

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

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

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

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

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

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

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

Art. 183. *Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.*

§ 1º - *O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.*

§ 2º - *Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.*

§ 3º - *Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.*

³⁶ Projeto de lei 577/1983.

³⁷ Projeto de lei 5.788/1990.

intensa participação da sociedade civil, especialmente nos últimos três anos de sua tramitação”³⁸, até sua aprovação em 2001.

A despeito de tão relevante legislação – a lei 10.257/2001, autodenominada o Estatuto da Cidade –, ter sido publicada em 10 de julho de 2001, o novo Código Civil de 2002 manteve a sua redação o artigo 572 do diploma civil revogado, apenas transformado em 1299³⁹, o qual garante ao proprietário uma pretensa edificabilidade absoluta do imóvel, com a ressalva feita no § 1º do artigo 1.228⁴⁰.

Porém o caput do artigo 1.229⁴¹ da mesma lei traz como limite físico da propriedade imóvel tão somente o sentido de utilidade. Este dispositivo adota a doutrina de Rudolph Von IHERING⁴², segundo quem não poderia ser estendida a propriedade a um limite no qual o proprietário não teria mais interesse de utilização. Durante muitos anos, porém, a doutrina e a jurisprudência brasileira entenderam que o proprietário, para opor-se à realização de trabalhos em altura ou profundidade de sua propriedade, não precisava provar a inutilidade para si, bastando apenas comprovar a sua condição de proprietário.

Tal posição não demonstra congruência com o princípio da funcionalização da propriedade, pois parece proteger aquele direito absoluto que não mais cabe no nosso ordenamento jurídico. Daí a conclusão de Toshio MUKAI, segundo quem a propriedade, no Brasil, se apresenta “constitucionalmente, sendo apenas garantida como instituição, e legalmente, adotando ainda a doutrina de Ihering (...)”⁴³.

Diante desta situação, não podemos deixar de concordar com Cármen Lúcia Antunes ROCHA, que afirma que:

³⁸ MOREIRA, Mariana. História do Estatuto da Cidade. In: DALLARI, Adilson de Abreu; FERRAZ, Sérgio (Org.). *Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal 10.257/2001*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 43.

³⁹ Art. 1.299 *O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos.*

⁴⁰ Art. 1.228 (...)

§ 1º *O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.*

⁴¹ Art. 1.229 *A propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e profundidade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las.*

⁴² Apud MUKAI, Toshio. *Direito Urbano e Ambiental*. p. 80.

⁴³ MUKAI, Toshio. *Direito Urbano e Ambiental*. p. 85.

(...) sobrelevar a finalidade econômica em razão da topografia terminológica dos termos aproveitados pela legislação civil seria sobrepujar o princípio constitucional tal como contido na Lei Fundamental da República, em atitude hermenêutica que não se pode manter.⁴⁴

Hoje os principais contornos dados à propriedade privada estão contidos nas normas constitucionais, confirmando o propalado fenômeno da constitucionalização do direito civil. Neste sentido, ensina José Afonso da SILVA:

A doutrina tornara-se de tal modo confusa a respeito do tema, que acabara por admitir que a propriedade privada se configura sob dois aspectos: (a) como *direito subjetivo* e (b) como *direito público subjetivo*. Essa dicotomia fica superada com a concepção de que o princípio da função social (CF, art. 5º, XXIII) é um elemento do regime jurídico da propriedade; é, pois, princípio ordenador da propriedade privada, incide no conteúdo da propriedade privada, impõe-lhe novo conceito.⁴⁵ (grifos no original)

Quanto aos direitos de vizinhança, o diploma civil manteve a regulamentação, baseando-se, e desta vez com acerto, especialmente na teoria do abuso do direito, “situação vinculada ao mau uso da propriedade, ou seja, aquele que excede a esfera de direitos do possuidor ou proprietário, vindo a prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos habitantes vizinhos.”⁴⁶

Contudo, em face do fenômeno da constitucionalização do direito civil, verificamos que o legislador civil de 2002 perdeu a boa oportunidade de delinear e regulamentar, de maneira mais compatível com a ordem constitucional, os princípios da Carta Magna referentes ao direito de propriedade imobiliária urbana.

Apesar disso, Daniel GAIO⁴⁷ defende que, a despeito da dificuldade que há em se desvincular a propriedade privada do Código Civil, há limitações – positivas e negativas – constantes do texto constitucional que devem ser prestigiadas como hierarquicamente superiores, como realmente o são. Por isso, considera este autor que o direito civil não regula a propriedade, mas apenas as relações civis a ela pertinentes. Assim, o cumprimento da função social depende da edição de outras normas que garantam que a propriedade seja utilizada em prol da coletividade:

⁴⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Princípio Constitucional da Função Social da Propriedade. p. 101.

⁴⁵ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. p. 74.

⁴⁶ FACHIN, Luiz Edson. Direitos de Vizinhança e o Novo Código Civil Brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n. 17, p. 54-55, jan.-mar. 2004.

⁴⁷ Fundamentado na doutrina de José Afonso da SILVA.

Há a efetiva concretização da função social quando, através das normas existentes, assegura-se na prática a coincidência da atuação do proprietário com o interesse social. Nesse sentido, se exige que o bem seja posto em aptidão para produzir sua utilidade específica, ou, pelo menos, que seu uso não se faça em desacordo com a utilidade social.⁴⁸

Por esta razão, a ressalva feita aos regulamentos administrativos no citado artigo 1.299⁴⁹ do Código Civil tem sido o caminho utilizado para criar os contornos da função social da propriedade urbana. É neste sentido o entendimento de Toshio MUKAI:

Tal é realmente a função precípua da parte final do art. 1.299 sendo correto que, se inexistisse, nem por isso os poderes públicos poderiam deixar de impor limitações à propriedade, já que é através dessas limitações que se consegue que a propriedade cumpra sua função social.⁵⁰

E tais contornos da propriedade têm sido construídos nas legislações e regulamentos municipais, através do plano diretor – instrumento básico da política urbana positivado na Constituição –, mas também através de leis estaduais e federais, conforme as competências atribuídas pela ordem constitucional vigente, como passaremos a avaliar.

3.1.4. Das Competências Constitucionais

O regime constitucional de 1988 divide competências urbanísticas entre os três entes federados:

As normas urbanísticas podem ser editadas quer pela União, quer pelos Estados ou Municípios, dentro, respectivamente, de seus campos de abrangência. É de se considerar, ainda, que dependendo da matéria, a competência da União não excluirá a do Estado, concorrentemente, e nem a dos Municípios, no seu preponderante interesse. É que à União cabem as normas gerais.⁵¹

⁴⁸ GAIO, Daniel. A Propriedade Urbana e o Direito de Edificar. p. 129.

⁴⁹ Já transcrito na nota de rodapé 39.

⁵⁰ MUKAI, Toshio. *Direito Urbano e Ambiental*. p. 88.

⁵¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Disciplina Urbanística da Propriedade*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 40

À União, no modelo vigente, cabe a edição de normas gerais para executar os planos nacionais e regionais de ordenação do território e para instituir as diretrizes do desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transporte urbano⁵².

O artigo 24 da Carta da República, em seu inciso I, estabelece competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre direito urbanístico. Nestes casos, obviamente, caberá à União a edição de normas gerais. Como exemplos do uso desta competência, podemos destacar a lei federal 6.766/1979, que trata do parcelamento do solo para fins urbanos, e recentemente, a lei federal 10.256/2001, o Estatuto da Cidade, que regulamenta os artigos 182 e 183⁵³ da Constituição, os quais se referem à função social da propriedade urbana.

Ao Estado, cabe a edição de normas gerais de maneira a complementar as normas federais, bem como instituir as regiões metropolitanas e, conseqüentemente, suas respectivas políticas de ordenamento territorial.

Aos Municípios, por sua vez, ainda que não expressamente autorizados a legislar sobre direito urbanístico, incumbe a promoção do adequado aproveitamento territorial mediante controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano⁵⁴. Evidentemente, esta competência de nada valeria se não coubesse aos Municípios a competência para legislar sobre estas matérias. Portanto, compete ao Município, dentro de sua área urbana, impor através de lei as limitações do direito de construir para cada zona da cidade. Estas limitações deverão, obviamente, respeitar as normas gerais expedidas pela União, que limita, por exemplo, a altura de edificações próximas a aeródromos, e pelos Estados, que podem interferir no zoneamento de áreas que tenham relevância para mais de um município, especialmente no caso das regiões metropolitanas.

Além disso, também foi outorgada pela Constituição da República ao ente municipal a competência para legislar sobre os assuntos de interesse local e para complementar as legislações federal e estadual no que couber. Conforme o artigo 182, também ficou a cargo do Município a execução da política de desenvolvimento urbano. Tendo em vista a competência concorrente para as questões ambientais, é

⁵² Artigo 21, incisos IX e XX da Carta da República.

⁵³ Já citados na nota de rodapé 35.

⁵⁴ Artigo 30, inciso VIII da Constituição.

importante o Município respeite, no exercício desta competência, as legislações estaduais – com especial destaque para a questão dos mananciais hídricos –, e federais – como as normas gerais de parcelamento do solo urbano e o Estatuto da Cidade.

Portanto, é de competência municipal a elaboração e implementação do plano diretor – o instrumento básico da política urbana –, e é através deste plano que se fixam os contornos da propriedade imobiliária urbana, visando ao atendimento da função social da propriedade. É este plano também que outorga à propriedade imobiliária o direito de construir, conforme veremos no tópico seguinte.

3.2. DA OUTORGA DE EDIFICABILIDADE AO SOLO

3.2.1. Da Edificabilidade: Atributo Outorgado pelo Poder Público

A partir das ponderações elencadas, evidenciamos que, a despeito do conteúdo do artigo 1.299⁵⁵ do Código Civil de 2002, de acordo com os princípios constitucionais vigentes apenas serão edificáveis os imóveis nos quais o atributo da edificabilidade seja relevante para o interesse coletivo e atribuído pelo plano diretor, instrumento básico da política urbana.

Destacamos, contudo, o posicionamento contrário de Hely Lopes MEIRELLES⁵⁶, que defende a edificabilidade como regra, e as restrições ou limitações ao direito de construir como exceção. Para chegar a esta conclusão, baseia-se no Código Civil e ressalva o uso “anormal” da propriedade imobiliária, em evidente adesão à teoria do abuso do direito.

José Afonso da SILVA, com maior critério, aceita a tese de que o direito de construir seria inerente à propriedade, ressalvadas duas situações: primeiro, de que tal inerência é relativa apenas à propriedade urbana estabelecida em lei municipal, e

⁵⁵ Já citado na nota de rodapé 39.

⁵⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de Construir*. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Adilson Abreu Dallari e Daniela Libório Di Sarno. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 31. Ressalve-se que a obra original foi escrita antes da vigência da Constituição de 1988. As edições atualizadas já dispõem sobre a necessidade de que a propriedade cumpra a sua função social, o que ocorrerá se lhe for dada a destinação prevista no plano diretor. A edição de 2005 também remete às disposições do Estatuto da Cidade.

segundo que tal inerência possa ser desqualificada com a superveniência de um interesse público que declare inedificável uma certa área. Ressalte-se que, apesar de o autor reconhecer, com estas limitações, a inerência do direito de construir ao direito de propriedade, admite também que:

A evolução, contudo, da atividade urbanística do Poder Público e o surgimento conseqüente de uma normatividade jurídico-urbanística mais desenvolvida, gerando o direito urbanístico, vêm importando em alterar a correlação entre direito de construir e direito de propriedade, com profundas mudanças no regime do solo urbano, de sorte que a atividade urbanística do Poder Público – especialmente os planos urbanísticos – tem efeito constitutivo do direito de construir, que, nesses termos, **não é uma emanção do direito de propriedade, mas uma concessão do poder público.**⁵⁷ (grifo nosso)

É com esta posição transcrita que concordamos. A edificabilidade é um atributo do solo urbano, e, portanto, é atribuída através de plano urbanístico aprovado em lei no qual o Município insere uma propriedade no perímetro urbano municipal. Ressalte-se ainda que, incluído no perímetro urbano, o direito de construir poderá ser exercido em observância aos limites impostos pelas regras de zoneamento⁵⁸ – que eventualmente, poderão instituir até mesmo a não-edificabilidade. Com isso:

O direito de propriedade deixa de ter um conteúdo predeterminado - cuja medida seria dada pelos interesses individuais do proprietário –, e passa a ter o conteúdo econômico a ser determinado pelo Poder Público, - através de leis, planos e projetos urbanísticos –, uma vez também considerados os outros interesses sociais, ambientais e culturais quanto à utilização do solo e dos bens imobiliários.⁵⁹

Não há maiores dificuldades em aceitar o plano urbanístico como o instrumento que outorga a edificabilidade à propriedade urbana, pois após a publicação do Estatuto da Cidade – que concedeu o prazo até outubro de 2006 para os municípios com mais de vinte mil habitantes elaborarem e aprovarem os seus planos diretores sob pena de responsabilização do chefe do executivo municipal por improbidade administrativa –, poucos são os municípios brasileiros que ainda não

⁵⁷ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. p. 86.

⁵⁸ O zoneamento constitui a divisão da cidade em zonas de uso e ocupação, as quais poderão ter critérios diferenciados de uso – residencial, comercial, industrial -, e de ocupação – residências unifamiliares, edifícios habitacionais multifamiliares, edifícios comerciais, etc.

⁵⁹ FERNANDES, Edésio. Do Código Civil de 1916 ao Estatuto da Cidade: Algumas Notas sobre a Trajetória do Direito Urbanístico no Brasil. In: MATOS, Liana Portilho (org). *Estatuto da Cidade Comentado*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 40.

contam com um plano diretor aprovado e, conseqüentemente, com a definição legal de seu perímetro urbano. Mas, na existência desta lacuna legislativa, defende Daniel GAIO⁶⁰ que o direito de construir será outorgado ao proprietário apenas no momento do licenciamento da edificação.

Neste particular, os defensores de uma suposta inerência do direito de construir ao direito de propriedade entendem que, na ausência de plano urbanístico para um determinado local, o proprietário poderia, então, seguir as disposições do diploma civil, erguendo em seu terreno as construções que lhe aprouver⁶¹. Contudo, discordamos deste entendimento pela simples razão de que a lei federal de parcelamento do solo urbano proíbe o parcelamento de área rural para fins urbanos⁶². É assim que Victor Carvalho PINTO justifica a sua posição de que não é possível realizar qualquer parcelamento do solo para fins urbanos se não existe plano urbanístico:

O regime do parcelamento do solo estatuído pela Lei 6.766/1979 também consagra o princípio da vinculação situacional, na medida em que condiciona a atividade de urbanização a uma prévia programação urbanística do plano diretor, que inclua o terreno em uma zona urbana, de expansão urbana ou de urbanização específica (art. 3º).

(...)

Fica claro, portanto, que o proprietário não tem o direito de parcelar sua gleba. Esse direito é conferido pelo plano diretor e pelas diretrizes específicas. **Sem parcelamento, não há direito de construir.** O objetivo do parcelamento é exatamente a transformação de glebas inedificáveis em lotes edificáveis, que estarão conectados às redes de infra-estrutura da cidade. Se as glebas fossem plenamente edificáveis, não haveria qualquer incentivo para que os proprietários se sujeitassem ao regime rigoroso do loteamento. Não pode haver, portanto, parcelamento em cidades desprovidas de plano diretor.⁶³ (grifo nosso)

Evidentemente, o dispositivo legal não veta apenas o parcelamento legal, mas também o parcelamento de fato, constante na utilização de glebas rurais para ocupação com características urbanas, problemática encontrada em vários municípios brasileiros, conforme avaliaremos no tópico seguinte.

⁶⁰ GAIO, Daniel. A Propriedade Urbana e o Direito de Edificar. p. 141.

⁶¹ Conforme artigo 1.299, já citado na nota de rodapé 39.

⁶² Em seu artigo 3º, já citado na nota de rodapé 34.

⁶³ PINTO, Victor Carvalho. *Direito Urbanístico: Plano Diretor e Direito de Propriedade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 285-286.

3.2.2. Da Distinção: Propriedade Urbana X Propriedade Rural

Ao tratarmos do plano urbanístico e da conversão de áreas rurais em urbanas – e da conseqüente outorga de edificabilidade a áreas até então inedificáveis –, cabe uma breve referência sobre a diferenciação entre as propriedades imobiliárias urbana e rural. O Código Tributário Nacional – CTN traz um conceito diferenciador em seu artigo 32⁶⁴. Tal conceito, contudo, apenas serviria aos fins tributários, posto que o titular da propriedade urbana paga ao Município o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana – IPTU, e o proprietário rural paga o Imposto Territorial Rural – ITR.

Não se pode, por conta da legislação tributária e da competência constitucional do Município em matéria urbanística, inferir que o Município não teria competência para legislar sobre o território rural. A Constituição da República e o Estatuto da Cidade expressamente estabelecem que o plano diretor deverá abranger toda a área municipal⁶⁵.

Lúcia Valle FIGUEIREDO, ao tratar da questão da edificabilidade das áreas rurais, ressalta tal competência municipal para estender sua legislação e controle para além dos limites do perímetro urbano, visa justamente a garantir que seja mantida a inedificabilidade do solo rural: “A zona rural e a urbana sujeitam-se à

⁶⁴ Art. 32 O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.

§ 1º Para os efeitos deste imposto, entende-se como zona urbana a definida em lei municipal; observado o requisito mínimo da existência de melhoramentos indicados em pelo menos 2 (dois) dos incisos seguintes, construídos ou mantidos pelo Poder Público:

I - meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais;

II - abastecimento de água;

III - sistema de esgotos sanitários;

IV - rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar;

V - escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 (três) quilômetros do imóvel considerado.

§ 2º A lei municipal pode considerar urbanas as áreas urbanizáveis, ou de expansão urbana, constantes de loteamentos aprovados pelos órgãos competentes, destinados à habitação, à indústria ou ao comércio, mesmo que localizados fora das zonas definidas nos termos do parágrafo anterior.

⁶⁵ É a previsão do § 2º do artigo 40 do Estatuto da Cidade:

Art. 40. O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

(...)

§ 2º O plano diretor deverá englobar o território do Município como um todo.

competência-dever do Município, embora ambas possam e devam ter categorias de uso diversas”⁶⁶.

José Afonso da SILVA compartilha desta interpretação, ao tratar do alcance da lei municipal de zoneamento⁶⁷. Para o autor:

Mas, apesar de denominar-se zoneamento urbano, não deve restringir-se a fixar o uso do solo urbano. Há que projetar-se para fora do perímetro urbano, visando a ordenar o uso de todo o território sob jurisdição municipal. Ainda que os municípios não tenham competência para definir o uso do solo para fins agrícolas e pastoris, o certo é que lhes cabe orientar a urbanificação de seu território, pelo quê se insere em sua competência declarar que solo fora do perímetro urbano não deva urbanizar-se – com o quê, em verdade, de modo negativo, estarão qualificando que o solo há de permanecer com seu uso rural.⁶⁸

Para a finalidade urbanística, a conversão do solo rural em urbano se dá através de lei municipal que estabelece o perímetro urbano. Este critério é defendido por Toshio MUKAI⁶⁹, que considera ilegal a redação do item 3 da Instrução 17-b⁷⁰ do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, por conta do disposto no artigo 3º da lei federal 6.766/1979⁷¹. Opinião contrária à de José Afonso da SILVA⁷², para quem o decreto-lei 58/1937 permanece válido no que tange ao parcelamento de áreas rurais com finalidade urbana, devendo, nestes casos, ser solicitada a anuência do INCRA, nos termos da referida Instrução.

Para nos posicionarmos nesta questão tão polêmica, cabe uma análise da produção urbana brasileira nas últimas décadas. À época do mais intenso crescimento urbano no Brasil, às décadas de 1960 e 1970, foram bastante comuns as ampliações dos perímetros urbanos de diversos municípios em dimensão exagerada para a realidade da cidade. Àquele tempo, não sendo exigível a implantação de infra-estrutura para a criação de novos loteamentos⁷³, o solo rural foi

⁶⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Disciplina Urbanística da Propriedade*. p. 123.

⁶⁷ Ver nota de rodapé 58.

⁶⁸ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. p. 241.

⁶⁹ MUKAI, Toshio. *Direito Urbano e Ambiental*. p. 147.

⁷⁰ Este item da instrução trata do parcelamento, para fins urbanos, de imóvel rural, localizado fora de zona urbana ou de expansão urbana.

⁷¹ Dispositivo já citado na nota de rodapé 34.

⁷² SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. p. 333.

⁷³ Esta exigência só foi positivada pela lei federal 6.777/1979, mas mesmo após a sua edição, vários foram os loteamentos implantados nas periferias distantes dos centros urbanos consolidados, sem as condições mínimas de habitabilidade e salubridade, restando o ônus da extensão e implantação da infra-estrutura mínima para os Municípios, que no mais das vezes não têm condições de realizar os investimentos necessários.

transformado em urbano sem maiores critérios. Em algumas situações, o perímetro urbano foi estendido exageradamente, criando a legalidade da urbanização periférica – loteamentos criados distantes do centro e em áreas carentes de qualquer tipo de infra-estrutura e serviços urbanos – e multiplicando o valor de inúmeras propriedades imobiliárias da noite para o dia, muitas vezes em manobras jurídicas mirabolantes. De outro lado, muitas vezes sequer houve a integração dos loteamentos periféricos ao perímetro urbano legal, sendo apenas realizada a urbanização indevida de áreas legalmente consideradas rurais.

A população mais carente – e que por esta razão tem mais dificuldade de acesso à propriedade urbana – aproveitava o valor mais baixo destes imóveis distantes e sem infra-estrutura, e ali se instalava. As iniciativas de parcelamentos deste tipo muitas vezes eram do próprio poder público, que implantou vários projetos de habitação social nas regiões periféricas das grandes cidades, corroborando a segregação social com uma segregação espacial. Em seu estudo comparativo da evolução da legislação urbanística e do desenvolvimento urbano da cidade de São Paulo, a urbanista Raquel ROLNIK constatou:

A invasão da zona rural foi historicamente associada a um modelo de cidade que destina sua periferia aos pobres.

(...)

Hoje, são 700 quilômetros quadrados urbanizados, dos quais 100 se encontram em zonas legalmente consideradas rurais.

(...)

Uma parte das moradias classificadas nessa condição foi produzida por programas públicos de habitação, particularmente intensos durante os anos de vigência do Banco Nacional de Habitação. A Cohab, companhia municipal destinada ao financiamento e produção de moradias para a população de até cinco salários mínimos, produziu, entre 1965 e 1989, 100 mil unidades habitacionais. A maioria dessas moradias são conjuntos construídos na zona rural e afastados de qualquer rede de infra-estrutura.⁷⁴

Ressalte-se, a este respeito, que a edificação excessiva em áreas rurais acaba por conformar verdadeiros núcleos urbanos. O fenômeno é ainda mais notável nos limites intermunicipais das regiões metropolitanas, quando a área urbana da cidade-metrópole começa a ultrapassar os limites do município vizinho,

⁷⁴ ROLNIK, Raquel. *A Cidade e a Lei: Legislação, Política Urbana e Territórios na Cidade de São Paulo*. 3 ed. São Paulo: Livros Studio Nobel, 1997. p. 203.

em área normalmente destinada a fins rurais, ocasionando a indesejável conurbação. Trataremos desta “ilegalidade urbana” no item 3.4, infra.

Como resultado deste processo, hoje a maioria das cidades brasileiras apresentam periferias inchadas que encarecem a extensão das infra-estruturas, contrastando com grandes vazios urbanos – imóveis ociosos localizados nas áreas já infra-estruturadas, que evidentemente não cumprem a sua função social. Por esta razão, o poder público não consegue atender com infra-estrutura e serviços considerados básicos – como abastecimento de água, coleta de esgoto e de resíduos sólidos, transporte coletivo e pavimentação –, sequer as propriedades imobiliárias situadas dentro do perímetro urbano.

Não se pode atribuir à falta de planejamento a situação hoje consolidada. Ao contrário, planejamento houve, mas no sentido de beneficiar apenas uma minoria proprietária de imóveis lindeiros ao perímetro urbano, através do que se convencionou chamar especulação imobiliária. Note-se que muitas destas periferias sequer perfazem as condições previstas pelo CTN⁷⁵ para serem consideradas urbanas, apesar de muitas vezes estarem localizadas dentro dos perímetros urbanos legalmente demarcados.

Assim, o desafio que hoje se apresenta para a maioria das cidades é o de consolidar o perímetro urbano existente, através da ocupação dos vazios urbanos, do aumento das densidades demográficas – e conseqüente diminuição dos custos de infra-estrutura; mas também de regularizar as situações de fato que, pela falta de proteção jurídica, são fonte de insegurança para inúmeras famílias.

Por esta razão, apesar de parecer óbvio o posicionamento de Toshio MUKAI pela inadmissão de parcelamentos para fins urbanos externamente ao perímetro urbano delimitado por lei municipal – o que deve ser regra para novas intervenções, sem sombra de dúvida –, a avaliação deve também considerar que, no caso concreto, pode haver áreas dentro do perímetro urbano com poucas condições de serem ocupadas, bem como podem existir ocupações consolidadas externas ao perímetro urbano que merecem proteção jurídica através da regularização fundiária.

⁷⁵ Ver nota de rodapé 64.

É necessário, enfim, adequar a cidade real aos princípios de proteção ambiental. Mas também é necessário que cessem as ocupações em áreas ambientalmente inadequadas ao uso urbano, como passaremos a analisar.

3.2.3. Do Critério para Atribuição do Direito de Construir

Ao adotarmos a posição de que o direito de construir é outorgado pelo ente municipal quando da elaboração e aprovação dos planos urbanísticos, é necessário que se avalie em que critério deverá basear-se o Município para, ao transformar solo rural em urbano, conferir edificabilidade à propriedade imobiliária.

O professor Elimar SZANIAWSKI traz a resposta, inerente ao próprio conceito de função social:

A função social da propriedade urbana tem como ponto nuclear a pessoa humana, manifestando-se através da proteção do direito fundamental de habitação e da salvaguarda ambiental, destinada a proteger amplamente a natureza, local onde o ser humano exercita sua vivência.⁷⁶

Assim, não se pode admitir a outorga de edificabilidade em áreas ambientalmente instáveis, impróprias para o desenvolvimento das atividades humanas. A lei federal 6.766/1979 indicou as áreas inaptas para o parcelamento para fins urbanos, no parágrafo único de seu artigo 3º⁷⁷. Neste dispositivo está contida uma relação que não se pode deixar de mencionar: o direito urbanístico está intimamente ligado ao direito ambiental. Mais especificamente, o urbanismo está intimamente ligado ao meio ambiente.

Embora a Constituição da República tenha instituído competência concorrente para todos os entes federados em matéria ambiental, o que se constata na prática é que os municípios, apesar de legislarem sobre política urbana, pouca preocupação demonstram com as questões ambientais, as quais ficam normalmente a cargo dos Estados e da União – e basicamente no que se refere ao licenciamento ambiental.

⁷⁶ SZANIAWSKI, Elimar. Aspectos da Propriedade Imobiliária Contemporânea e sua Função Social. p. 142.

⁷⁷ Ver nota de rodapé 34.

É de se notar que a lei federal 6.938/1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, institui proteção ambiental sob a forma de sistema, o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, justamente para que haja o exercício das competências concorrentes e a descentralização das atividades em matéria ambiental.

O planejamento urbano integrado ao planejamento ambiental é um grande passo que os entes municipais podem dar na efetivação de sua competência dentro do SISNAMA. Os planos diretores e as leis que os instituirão precisam estar embasadas em um planejamento comprometido com a sustentabilidade ambiental⁷⁸.

Para isto, é preciso superar a idéia de que o meio ambiente refere-se unicamente aos recursos naturais, e não da atuação do homem sobre eles. É hoje possível também se falar em um “meio ambiente artificial”, ou “meio ambiente cultural”, aquele que decorre da intervenção do homem no espaço:

Há um claro reconhecimento dos problemas urbanos como sendo ambientais, na medida em que o meio ambiente no espaço urbano contempla a dimensão construída e modificada pelo homem e não somente o meio ambiente natural.⁷⁹

O direito de construir outorgado a uma propriedade antes rural certamente trará impactos ao meio ambiente natural. É do levantamento prévio e das propostas de minimização destes impactos que não pode se furtar o planejador.

A maior parte das cidades brasileiras foram criadas sob uma lógica de mercado, de agregar ao perímetro urbano áreas rurais com o único objetivo de lhes aumentar o valor, “resultando, daí, uma legislação urbanística assistemática, sem objetivos claros, contraditória e, muitas vezes, ilegal e arbitrária no que toca ao desenvolvimento harmônico da vida das comunidades”⁸⁰.

Este critério não pode mais prevalecer. A ampliação dos limites da cidade tem que ser baseado em critérios ambientais: a cidade deve expandir sobre as áreas

⁷⁸ Conforme a Agenda 21 brasileira, a sustentabilidade refere-se à *compatibilização da conservação ambiental, justiça social e crescimento econômico*. Disponível na internet: <<http://www.mma.gov.br/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=18&idConteudo=575>> Acesso em 08 set. 2007.

⁷⁹ PRESTES, Vanêscia Buzelato. Municípios e Meio Ambiente: A Necessidade de uma Gestão Urbano-Ambiental. In: PRESTES, Vanêscia Buzelato (org.) *Temas de Direito Urbano-Ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 29.

⁸⁰ MUKAI, Toshio. *Direito Urbano e Ambiental*. p. 119.

ambientalmente mais adequadas, com solos aptos à edificação, em locais não sujeitos a inundações e/ou deslizamentos. Deve haver previsão e proteção de mananciais de abastecimento de água para toda a população urbana, atual e futura. Devem estar solucionadas as questões de saneamento ambiental, como a coleta e tratamento de esgotos e de resíduos sólidos. Estas são as cidades sustentáveis de que trata o artigo 2º do Estatuto da Cidade.⁸¹

José Afonso da SILVA lembra ainda que por muitos anos, mesmo os planos diretores municipais foram marcados por uma preocupação excessiva com as questões econômicas e sociais, distanciando-se das relevantes questões físico-territoriais que lhes servem de base. A dificuldade, segundo o autor, foi ainda mais ampliada pela ausência de planos nacionais e regionais que efetivassem uma inter-relação entre os vários planejamentos locais, de maneira que muitas vezes os planos diretores municipais mostravam-se contraditórios entre si – mas precisavam conviver em uma mesma unidade territorial.⁸²

Pode-se dizer que a regulamentação federal em matéria ambiental veio suprir, em parte, este problema. Exemplo disso é a Política Nacional de Recursos Hídricos, através da lei 9.433/1997, que obrigou a utilização da bacia hidrográfica como unidade de planejamento territorial⁸³ – evitando com isso a situação, antes comum, de que o manancial de abastecimento da cidade a jusante era justamente o corpo hídrico que servia para despejo de dejetos da cidade a montante.

Assim, a diretriz que estabelece a sustentabilidade das cidades deve ser garantida pela legislação urbanística, não através da exagerada regulamentação que, até hoje, originou principalmente uma intensa segregação sócio-espacial (ver

⁸¹ Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:
I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

⁸² SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. p. 101-105.

⁸³ Cf. OTT, Carla. *Gestão Pública e Políticas Urbanas para Cidades Sustentáveis: A Ética da Legislação no Meio Urbano Aplicada às Cidades com até 50.000 Habitantes*. 2004. 196f. Dissertação (Mestrado em Engenharia de Produção) – Programa de Pós Graduação em Engenharia de Produção. UFSC, Florianópolis. p. 55-59.

item 3.4, infra), mas através do respeito às características físico-ambientais dos territórios urbanizados e da pactuação do planejamento com a sociedade⁸⁴.

3.3. DOS INSTRUMENTOS URBANÍSTICOS: O DIREITO DE CONSTRUIR APARTADO DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA URBANA

No Brasil, ao contrário do que ocorreu na França (ver item 2.2.2 supra), não foi estabelecido por lei nacional um critério único de intervenção urbanística e de edificabilidade do solo, incumbe ao plano diretor municipal – convertido em lei – atribuir o *quantum* de direito de construir que cabe a cada propriedade imobiliária.

Por esta razão, vários municípios brasileiros contam com a possibilidade de utilização de instrumentos que expressamente separam o direito de construir do direito de propriedade, dentre os quais a transferência do direito de construir e a outorga onerosa do direito de construir, em legislações municipais aprovadas antes mesmo da promulgação do Estatuto da Cidade.

Hoje existem no Brasil hipóteses em que o direito de construir pode ser exercido independentemente da propriedade do imóvel. Tais dispositivos, incluídos entre os chamados “instrumentos do Estatuto da Cidade”, foram trazidas para o Brasil inicialmente através das legislações municipais, que precisavam instituir maneiras de conciliar o crescimento urbano – enfim, o exercício do direito de construir – com a necessidade de preservação de áreas relevantes histórica ou ambientalmente – ou seja, com um dever de “não-construir”. As medidas visavam à compensação do proprietário que viu restrito o seu direito, à compensação financeira ao Município para o exercício do direito de construir por este ente autorizado ou mesmo à efetivação de negócios jurídicos cujo objeto não é a propriedade imobiliária, mas sim o “direito de superfície”, direito real que abrange o direito de construir⁸⁵.

⁸⁴ O planejamento democrático e a participação popular também são princípios que, consagrados na Constituição desde 1988, foram reafirmados no Estatuto da Cidade.

⁸⁵ Abrange também o direito de plantar, conforme artigo 1.369 do Código Civil.

3.3.1. Da Outorga Onerosa do Direito de Construir – “Solo Criado”

O chamado “solo criado” – positivado no Estatuto da Cidade sob a denominação “outorga onerosa do direito de construir” – é um instituto que visa à melhor distribuição dos benefícios da urbanização, pois implica em uma prestação pecuniária por parte do proprietário que exerça, em seu imóvel, o direito de construir em quantidade superior ao limite estabelecido pela legislação. Tal prestação pecuniária seria uma medida compensatória pela sobrecarga da infra-estrutura que o poder público precisará implementar.

Assim, na conceituação legal, a outorga onerosa do direito de construir é o exercício do direito de construir acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário⁸⁶.

A expressão “solo criado” não foi utilizada no Estatuto da Cidade, talvez por conta das possíveis inexatidões conceituais que possa indicar. Até mesmo Hely Lopes MEIRELLES incorreu na imprecisão de assim conceituar o solo criado:

Tal expressão parte da idéia de que cada proprietário de uma determinada área, ao nela edificar em vários andares, estaria criando solos novos, pelos quais deveria pagar uma determinada importância aos cofres públicos, para compensar os encargos e custos extraordinários que a verticalização acarreta à prestação de serviços públicos.⁸⁷

Apesar de, na maioria das vezes, a outorga onerosa do direito de construir implicar em verticalização das construções, o solo criado não está relacionado diretamente à construção em pavimentos acima do térreo, mas sim ao aumento da quantidade de edificabilidade que é outorgada a determinado terreno urbano.

Isto porque as legislações municipais de zoneamento atribuem a cada zona urbana um coeficiente de aproveitamento que é expresso pela razão da área total que pode ser construída sobre um terreno sobre a área do próprio terreno. Com a utilização da outorga onerosa do direito de construir, ocorre o aumento deste

⁸⁶ Lei 10.257/2001, o Estatuto da Cidade, em seu artigo 28:

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.

⁸⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de Construir*. p. 168.

coeficiente, ou, visto por outro ângulo, uma ampliação fictícia da área do terreno – razão da denominação “solo criado”.

Para uma melhor compreensão do instituto, cabe uma referência às teorias que relacionam o direito de construir à propriedade imobiliária urbana. Como já analisado (ver item 3.2.1, supra), a edificabilidade é um atributo conferido pelo plano urbanístico à propriedade imobiliária, ao inseri-la no perímetro urbano da cidade. Contudo, há três correntes⁸⁸ de interpretação sobre a relação do direito de propriedade urbana e o direito de construir.

A primeira corrente, baseada no Código Civil⁸⁹, defende a edificabilidade absoluta dos terrenos urbanos, tendo como limite apenas os regulamentos administrativos e os direitos de vizinhança. Por evidente, como já analisado, esta interpretação não merece prosperar, uma vez que é fundamentada em um direito de propriedade considerado absoluto, o que não condiz com o princípio constitucional da funcionalização da propriedade.

A segunda corrente, no outro extremo, defende que o direito de construir não é inerente à propriedade imobiliária urbana, mas que é uma concessão do poder público. Esta opinião é baseada no modelo italiano (ver item 2.2.1, supra), muito embora, conforme já analisado, a própria jurisprudência daquele país reconheça, a despeito da disposição legal, que o direito de construir é inerente ao direito de propriedade, e que a concessão de que trata a lei é similar a uma licença administrativa.

A terceira corrente, que fundamenta o instituto do solo criado, entende que o direito de construir é inerente à propriedade urbana até um determinado limite estabelecido em lei. Para construir além deste limite, é necessário adquirir do poder público, mediante pagamento, o direito de construir sobressalente. Esta posição é inspirada no modelo francês (ver item 2.2.2, supra).

Por esta inspiração no modelo francês, onde foi adotado através de lei nacional o coeficiente de aproveitamento único e igual a 1,0 (um) para todo o país, exceto para a cidade de Paris onde o coeficiente foi estabelecido em 1,5 (um e

⁸⁸ Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Outorga Onerosa do Direito de Construir (Solo Criado)*. In: DALLARI, Adilson de Abreu; FERRAZ, Sérgio (Org.). *Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal 10.257/2001*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 225-228.

⁸⁹ Em seu artigo 1.299, já citado na nota de rodapé 39.

meio), a doutrina brasileira⁹⁰ defende que aqui também deveria ser adotado um coeficiente único para todo o território nacional.

Ousamos discordar da doutrina majoritária, entendendo que andou bem o legislador ao estabelecer, nos artigos 29 e 30⁹¹ do Estatuto da Cidade, que é o Município que estabelecerá, através do seu plano diretor, quais os coeficientes básicos de aproveitamento e, ainda, quais as áreas que poderão ter o coeficiente de aproveitamento aumentado mediante a outorga onerosa do direito de construir. Isto porque a situação brasileira é incomparável à francesa, tanto em face da nossa imensa dimensão territorial como da diversidade cultural que existe entre as várias regiões, impedindo a utilização de soluções padronizadas.

Assim, não estamos de acordo com José Afonso da SILVA, que, analisando as primeiras experiências brasileiras referentes à outorga onerosa do direito de construir, considera que “os casos da Guanabara e de São Paulo não chegam, a rigor, a ser experiências de solo criado porque carecem do elemento conceitual básico que é a existência de coeficiente único”⁹². Neste particular, concordamos com Hely Lopes MEIRELLES, para quem “o Plano Diretor poderá fixar coeficiente de aproveitamento básico único para toda a zona urbana ou diferenciado para área específicas dentro da zona urbana”⁹³. Inclusive, para utilização do instituto da outorga onerosa do direito de construir, a lei municipal deverá estabelecer coeficientes básicos e coeficientes máximos, conforme conveniência para o desenvolvimento urbano sustentável e para o cumprimento da função social da propriedade.

O que deve ser atentamente observado é que tais coeficientes de aproveitamento estabelecidos não podem ser alterados em decorrência de pressões de investidores do ramo imobiliário. Afinal, ninguém se interessará em adquirir

⁹⁰ Cf. SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. p. 260 e 263; MUKAI, Toshio. *Direito Urbano e Ambiental*. p. 89; e GAIO, Daniel. *A Propriedade urbana e o Direito de Edificar*. p. 137.

⁹¹ Art. 29 O plano diretor poderá fixar áreas nas quais poderá ser permitida alteração de uso do solo, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário.

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

I – a fórmula de cálculo para a cobrança;

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

III – a contrapartida do beneficiário.

⁹² SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. p. 267.

⁹³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de Construir*. p. 168.

edificabilidade extra se for possível, através de pressão ao poder público, alterar a lei que estabelece o coeficiente de aproveitamento na zona em que se tem interesse de construir além do limite. Especificamente quanto a este ponto, é evidente a necessidade de uma mudança cultural na forma de reger o espaço urbano pelos entes municipais, para o que o controle social estabelecido no Estatuto da Cidade deve ser um grande instrumento.

No Brasil, a primeira referência importante à utilização do solo criado foi a chamada “Carta de Embu”, documento aprovado em 1976 por juristas, urbanistas e economistas após várias discussões sobre o instituto. Neste documento estão sintetizadas as premissas e os fundamentos do solo criado, e ainda o entendimento de que seria constitucional a adoção de um coeficiente único de aproveitamento por lei municipal.

A maior crítica feita ao solo criado foi a de que constituiria apenas mais uma forma de o poder público aumentar suas receitas. Não se pode negar que a tradição brasileira realmente respalda este temor, mas não se pode justificar um erro – o de manter a liberdade de construção em quaisquer imóveis sem que o poder público imponha qualquer compensação pelo impacto na infra-estrutura urbana – por outro – a evidente má gestão dos recursos pagos pelos brasileiros na forma de tributos.

Para embasar a tese – da qual discordamos – de que o solo criado seria apenas mais uma fonte de receitas para o poder público, houve até quem lhe caracterizasse a outorga onerosa como tributo⁹⁴, buscando aí fundamentos para sua inconstitucionalidade. Evidentemente, a outorga onerosa não tem natureza tributária, posto que o tributo é uma prestação compulsória⁹⁵ e ninguém é obrigado a adquirir edificabilidade acima do coeficiente básico de seu imóvel. Portanto, concordamos com o entendimento de que a receita proveniente da outorga de direito de construir é mero preço público, conforme sustenta Eros Roberto GRAU:

⁹⁴ É a opinião de Miguel Seabra FAGUNDES, cf. BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O Solo Criado no Direito Brasileiro. *Revista da Procuradoria Geral do INSS*, Brasília, v. 7, n. 2, p. 60, jul.-set. 2000. Disponível na Internet: <http://menta.dataprev.gov.br/publique/dat/doc/REV_7200.pdf> Acesso em 25 out. 2006.

⁹⁵ O conceito de tributo está disposto no artigo 3º do CTN:
Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Tributos são receitas que encontram sua causa na lei, daí a sua definição como receitas legais. No caso em espécie, estamos diante de um ato de aquisição de um direito, não-compulsório. Trata-se de ato voluntário, no qual o requisito da vontade das partes – setores público e particular – substitui o requisito da imposição legal. A remuneração correspondente, pois, é contratual e não legal.⁹⁶

Além disso, o Estatuto da Cidade estabeleceu a obrigatoriedade de que os recursos auferidos com a outorga onerosa sejam obrigatoriamente utilizados para finalidades referentes ao reordenamento do espaço urbano, conforme fica claro em seu artigo 31⁹⁷. Assim, justifica-se a noção de compensação à coletividade que é implícita no próprio conceito de solo criado, pois os recursos apenas poderão ser aplicados com o objetivo de fazer cumprir a função social da cidade e da propriedade urbana.

Ainda, é importante registrar que o solo criado não é um bem ilimitado. “Quer dizer, o Poder Público Municipal não pode sair vendendo potencial construtivo como se tivesse descoberto uma forma de criação ilimitada de riqueza.”⁹⁸ Os limites máximos de aproveitamento devem ser estabelecidos por lei em cada zona urbana. Alcançado este limite máximo legal, não mais será possível ao poder público outorgar potencial construtivo.

Finalmente, outra importante questão referente à outorga onerosa do direito de construir refere-se à fórmula de cobrança, ou seja, a fórmula que calculará o valor pago pelo potencial construtivo extra. Tal equação deverá considerar o valor do imóvel para calcular o valor do metro quadrado do potencial construtivo inerente ao terreno, atribuído pelo coeficiente de aproveitamento básico. A partir deste valor, e

⁹⁶ Apud MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Outorga Onerosa do Direito de Construir (Solo Criado)*. p. 245.

⁹⁷ *Art. 31 Os recursos auferidos com a adoção da outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso serão aplicados com as finalidades previstas nos incisos I a IX do art. 26 desta Lei.* O artigo referenciado, por sua vez, dispõe o seguinte:

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;

III – constituição de reserva fundiária;

IV – ordenamento e direcionamento da expansão urbana;

V – implantação de equipamentos urbanos e comunitários;

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

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

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

IX – (VETADO).

⁹⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Outorga Onerosa do Direito de Construir (Solo Criado)*. p. 235.

considerando o interesse público em estimular ou não a verticalização, podem ser aplicados multiplicadores que incentivem ou desestimulem a aquisição de edificabilidade extra.

Floriano de Azevedo MARQUES NETO⁹⁹, ressalva a possibilidade de que, em conformidade com o estatuto da Cidade, o potencial construtivo seja comercializado entre particulares. Realmente, esta possibilidade existe, mas consideramos que não se trata de outorga onerosa, mas sim de transferência de potencial construtivo, instrumento diverso que analisaremos no tópico seguinte.

3.3.2. Da Transferência do Direito de Construir

Inicialmente, cumpre destacar que a transferência do direito de construir não se confunde com o solo criado, que é a aquisição, mediante pagamento ao poder público, de potencial construtivo acima do coeficiente básico permitido. A transferência do direito de construir, por outro lado, é a possibilidade de que dispõem os proprietários de alienar o seu direito de construir, limitado ao coeficiente básico estabelecido, para ser exercido em local diverso, atendido o limite máximo de aproveitamento previsto em lei para o imóvel receptor.

Assim, como se observa, a transferência do direito de construir não cria edificabilidade nova, além da já estabelecida nos coeficientes básicos, mas reorganiza, dentro do espaço urbano, os potenciais de edificabilidade já existentes. É por esta razão que entendemos não se tratar de solo criado, na medida em que, neste instituto, não se “cria solo”, mas sim o transfere de um local para outro.

A transferência do direito de construir foi criada como medida compensatória aos proprietários de imóveis atingidos por restrições ao direito de construir – legais e/ou administrativas –, baseadas no interesse público. Voltou-se inicialmente para a preservação de edificações de interesse histórico-cultural as quais, uma vez tombadas, apresentavam restrições quanto à demolição e, conseqüentemente, para sua substituição por edifícios mais altos.

⁹⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Outorga Onerosa do Direito de Construir (Solo Criado). p. 243.

Conforme leciona José Afonso da SILVA, a transferência do direito de construir tem origem na experiência do Plano de Chicago, denominado de *Space Adrift*, ou “espaços flutuantes”:

Por esse sistema os proprietários de imóveis que o Poder Público definir como de interesse histórico ficam autorizados a alienar o direito de construir que lhes couber no terreno onde se acham tais imóveis e que não podem ser demolidos para erguerem-se no respectivo terreno construções modernas e elevadas.¹⁰⁰

No Brasil, tais edificações, em regra, localizam-se nas áreas centrais das grandes cidades, onde normalmente os coeficientes de aproveitamento dos terrenos são bastante altos. Neste contexto, os proprietários dos imóveis lindeiros que, anteriormente a qualquer medida de proteção do patrimônio cultural pelo Estado, houvessem demolido suas edificações, poderiam erigir sobre seus terrenos grandes áreas construídas. Fica evidente a criação de um ônus àquele proprietário que preservara um patrimônio que não era apenas de seu interesse particular, mas de toda a coletividade. Para compensá-lo foi criado instituto em análise.

José Afonso da SILVA¹⁰¹ identifica dois tipos de transferência de construir: a interlocativa, pela qual o proprietário de dois imóveis transfere o potencial construtivo de um por outro; e a intersubjetiva, pela qual um proprietário aliena o seu potencial construtivo para outrem. As hipóteses em que é possível a transferência do direito de construir estão elencadas no artigo 35¹⁰² do Estatuto da Cidade. Observa-se que são hipóteses em que a edificação sobre o imóvel particular é desinteressante para o interesse público. Por isso, conforme Daniel GAIO, a transferência do direito de construir é uma solução para vários problemas concretos que ocorrem nas cidades:

¹⁰⁰ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. p. 264.

¹⁰¹ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. p. 270-271.

¹⁰² Art. 35 *Lei municipal, baseada no plano diretor, poderá autorizar o proprietário de imóvel urbano, privado ou público, a exercer em outro local, ou alienar, mediante escritura pública, o direito de construir previsto no plano diretor ou em legislação urbanística dele decorrente, quando o referido imóvel for considerado necessário para fins de:*

I – implantação de equipamentos urbanos e comunitários;

II – preservação, quando o imóvel for considerado de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural;

III – servir a programas de regularização fundiária, urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e habitação de interesse social.

§ 1º A mesma faculdade poderá ser concedida ao proprietário que doar ao Poder Público seu imóvel, ou parte dele, para os fins previstos nos incisos I a III do caput.

§ 2º A lei municipal referida no caput estabelecerá as condições relativas à aplicação da transferência do direito de construir.

Assim, através da concessão de incentivos construtivos como compensação em virtude das limitações impostas à propriedade urbana, o município, além de promover a proteção dos bens de interesse histórico e ambiental, também se desobriga do problema de eventuais indenizações aos proprietários prejudicados, questão esta crucial devido à escassez de recursos econômicos.¹⁰³

Hoje a transferência do direito de construir está prevista no Estatuto da Cidade¹⁰⁴, mas o Município que desejar implementá-lo – assim como aos demais instrumentos do Estatuto – deverá fazê-lo mediante elaboração de um plano diretor convertido em lei municipal.

Há ainda polêmica quanto à competência municipal para legislar sobre a compra e venda do direito de construir e, conseqüentemente, para exigir que fique registrado nos registros imobiliários, a transferência do potencial construtivo.

José Afonso da SILVA compreende que:

Surge, porém, um problema quanto à competência para regulamentar a compra e venda do direito de construir. Essa não é matéria administrativa, para pertencer à competência municipal. É, na verdade, um negócio de compra e venda, e não há compra e venda administrativa, porque se trata de instituto do direito civil e do direito comercial, matéria que se inclui na competência legislativa da União (CF, art. 22, I). Então, lei municipal não pode tratar do assunto.¹⁰⁵

Entendemos que esta polêmica fica superada por conta da evidente natureza de instrumento de política urbana outorgada à transferência do direito de construir pelo Estatuto da Cidade e a competência do Município para legislar sobre assuntos de interesse local, prevista no artigo 30 da Constituição¹⁰⁶.

Resta então a questão sobre a competência legislativa sobre o registro imobiliário¹⁰⁷. Ao alienar o direito de construir de um imóvel, este é esvaziado de seu valor econômico, situação que precisa ser publicizada em proteção ao terceiro que pretenda adquirir o imóvel do qual a edificabilidade foi transferida. Contudo, a rigor

¹⁰³GAIO, Daniel. A Transferência do Direito de Construir e a Efetiva Proteção do Patrimônio Cultural e Natural: Alguns Apontamentos sobre a Experiência de Porto Alegre e Curitiba. In: FERNANDES, Edésio; RUGANI, Jurema M. *Cidade, Memória e Legislação: A Preservação do Patrimônio na Perspectiva do Direito Urbanístico*. Belo Horizonte: IAB-MG, 2002. p. 83-84.

¹⁰⁴No artigo 4º, inciso V, alínea "o".

¹⁰⁵SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. p. 261-262.

¹⁰⁶Art. 30 *Compete aos Municípios:*

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

(...)

¹⁰⁷Constituição da República, artigo 22, inciso XXV.

parágrafo único do artigo 246¹⁰⁸ da lei 6.015/1973, verifica-se que é perfeitamente possível que a lei municipal obrigue à averbação da alienação do potencial construtivo na matrícula do imóvel.

A transferência do potencial construtivo decorre da separação conceitual entre o direito de propriedade imobiliária e o direito de construir. Pode configurar, se bem utilizada, um importante instrumento para atuação do poder público sobre o meio urbano, evitando o pagamento de indenizações e promovendo a necessária distribuição eqüitativa dos ônus e benefícios da urbanização, assim como a outorga onerosa, já estudada, e o direito de superfície, que passaremos a avaliar.

3.3.3. Do Direito de Superfície

O direito de superfície foi elencado como direito real no Código Civil de 2002¹⁰⁹ e como instituto jurídico e político do Estatuto da Cidade¹¹⁰. A origem histórica do direito de superfície, segundo Maria Sylvia Zanella DI PIETRO¹¹¹, está no instituto medieval da enfiteuse. Os romanos não conheciam exceção para o princípio da acessão – *superficies solo cedit* –, pelo qual as coisas que se acrescentam ao solo a ele se incorporam. Como já analisado (ver item 2.1. supra), cada propriedade romana tinha apenas um dono, cujos poderes eram absolutos. Contudo, pelo direito obrigacional, surgiram formas de utilizar-se da propriedade alheia, constituindo uma espécie de locação ou arrendamento. Pelo instituto do *jus in agro vectigali*, particulares podiam cultivar as terras do Estado mediante o pagamento anual de certa quantia. O *jus emphyteuticum* decorreu do mesmo tipo de

¹⁰⁸ Art. 246 Além dos casos expressamente indicados no item II do artigo 167, serão averbados na matrícula as subrogações e outras ocorrências que, por qualquer modo, alterem o registro.

Parágrafo único. As averbações a que se referem os itens 4 e 5 do inciso II do art. 167 serão feitas a requerimento dos interessados, com firma reconhecida, instruído com documento comprobatório fornecido pela autoridade competente. A alteração do nome só poderá ser averbada quando devidamente comprovada por certidão do Registro Civil.

¹⁰⁹ Art. 1.225 São direitos reais:

(...)

II - a superfície;

(...)

¹¹⁰ Artigo 4º, inciso V, alínea "I".

¹¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito de Superfície. In: DALLARI, Adilson de Abreu; FERRAZ, Sérgio (Org.). *Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal 10.257/2001*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 174-175.

arrendamento, mas realizado por particulares. À época de Justiniano, os dois institutos fundiram-se na figura da enfiteuse.

Outra forma de arrendamento de bens do Estado e de particulares, esta para construção ao longo de estradas, outorgava aos arrendatários os direitos de usar e fruir da propriedade imobiliária. A estes arrendatários foi concedido o interdito *de superficiebus*, que protegia a posse. No período de Justiniano, o direito dos arrendatários passou a ser protegido por uma ação real, denominada *actio de superficie*.

Assim, tanto a superfície como a enfiteuse surgiram como direitos obrigacionais, sendo a primeira instituída para finalidade de construção e a segunda para fins agrícolas. À época medieval, contudo, houve o verdadeiro fracionamento do domínio, em domínio indireto, que cabia ao senhor feudal, e o domínio direto, que cabia ao enfiteuta, que podia utilizar o imóvel mas deveria, para isto, pagar uma quantia ao senhor (ver item 2.1 supra).

Na modernidade, visando a acabar com a escravidão que na realidade constituía o regime enfitêutico, retomou-se a noção absoluta de propriedade. Contudo, em vários países, as legislações passaram a prever a enfiteuse e o fracionamento do domínio, como na Alemanha, Itália, Inglaterra, França e Portugal¹¹².

O direito de superfície constitui-se no direito real de construir ou plantar em solo alheio, sem afetar o domínio do proprietário do imóvel. Fica evidente, pela simples análise da definição, que a instituição do direito de superfície afasta a acessão, pela qual tudo que se acrescenta ao solo, sejam plantações ou edificações, incorporam-se ao imóvel. A acessão persiste no ordenamento brasileiro, no artigo 1.253 do Código Civil¹¹³. A superfície, contudo, excepciona este princípio de que o acessório segue o principal. Desta maneira, coexistem a propriedade imobiliária e a propriedade das construções ou plantações. A rigor, o que ocorre é uma suspensão da acessão, conforme esclarece Diana Coelho BARBOSA: “Encerra, a superfície, como idéia básica, a suspensão do efeito aquisitivo da

¹¹² Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito de Superfície. p. 180.

¹¹³ Art. 1.253 Toda construção ou plantação existente em um terreno presume-se feita pelo proprietário e à sua custa, até que se prove o contrário.

acessão pelo tempo em que estiver em vigor o direito.”¹¹⁴ Desta maneira, extinto o direito de superfície, através da chamada “reversão” passarão ao domínio do proprietário do imóvel todas as acessões e benfeitorias introduzidas pelo superficiário.

Quando criado pelo Estatuto da Cidade, parte da doutrina não aceitava a tese de que a superfície constituiria um direito de propriedade separado da propriedade imobiliária, devido à enumeração *numerus clausus* dos direitos reais no Código Civil. Contudo, sob a vigência do Código Civil de 2002, esta questão está superada. Aliás, na observação dos atualizadores da obra de Hely Lopes MEIRELLES: “Na verdade, a disciplina dada pelo Estatuto da Cidade é muito parcimoniosa, obrigando a que se apliquem aos casos de atribuição do direito de superfície as disposições do Código Civil, que tratam detalhadamente desta matéria.”¹¹⁵

Para Diana Coelho BARBOSA, o Estatuto da Cidade estabelece o direito de superfície para imóveis urbanos, sendo portanto lei especial não derogada pelo código civil, este disciplinando apenas o direito de superfície referente a imóveis rurais. Toshio MUKAI, contudo, observa que o parágrafo único do artigo 1.396 do Código Civil não autoriza a realização de obras no subsolo, e portanto teria revogado o § 4º do artigo 21 do Estatuto.

A grande vantagem em se admitir a propriedade apartada das construções e plantações é a possibilidade de se hipotecar do direito de superfície, dispondo assim o superficiário de condições de prestar garantia para obter o financiamento para a realização das obras ou plantações. Esta possibilidade não existe na concessão do direito real de uso, instituto muitas vezes confundido com a superfície, mas no qual não há a divisão do domínio e, portanto, não pode o concessionário hipotecar o seu direito e nem exercer ação reivindicatória.

Também por sua configuração de direito real, a superfície pode ser usucapida¹¹⁶, desde que cumpridos os pressupostos para isto estabelecidos na legislação civil.¹¹⁷

¹¹⁴ BARBOSA, Diana Coelho. O Direito de Superfície no Novo Código Civil Brasileiro. *Revista Jurídica 9 de Julho*, Procuradoria da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, p. 119. jul. 2002. Publicação comemorativa do 70º Aniversário da Revolução Constitucionalista de 1932. Disponível na Internet: <http://www.al.sp.gov.br/web/procuradoria/RJ_2002.PDF> Acesso em 25 out. 2006.

¹¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de Construir*. p. 167

¹¹⁶ BARBOSA, Diana Coelho. O Direito de Superfície no Novo Código Civil Brasileiro. p. 122.

O direito de superfície surge no momento em que o instituto da enfiteuse tende a desaparecer, mas no entender de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, é uma substituição com vantagens, pois “pode revelar-se um importante instrumento para que a propriedade imobiliária cumpra a sua função social, seja na área urbana, seja na área rural”¹¹⁸. Para a autora, a desnecessidade de adquirir a propriedade do imóvel facilita a promoção do seu adequado aproveitamento por quem tiver interesse. Além disso, o fato de não ter a característica da perpetuidade é mais uma vantagem da superfície sobre a enfiteuse.

O direito de superfície é estabelecido por contrato, instrumentalizado por escritura pública, por prazo determinado ou indeterminado, a título gratuito ou oneroso. Há uma ampla liberdade de estipulação de condições, podendo, por exemplo, ser prevista a cobrança de uma quantia pelo proprietário a cada transmissão do direito de superfície, situação análoga ao laudêmio, mas não obrigatória como este.

A propriedade do superficiário é considerada resolúvel, posto que subordinada ao termo contido no instrumento contratual ou mesmo uma outra condição resolutiva eventualmente superveniente.

O superficiário tem o direito de preferência para a aquisição da propriedade do imóvel na hipótese do proprietário pretender aliená-lo. Se exercer a preferência, extingue-se a superfície pela reunião, no mesmo titular, dos direitos de propriedade do imóvel e de superfície, e o último deixará de ser um direito real sobre coisa alheia.

Outras formas de extinção da superfície são a renúncia do superficiário, o distrato, o perecimento do objeto sobre o qual recai o direito, a decadência do direito

¹¹⁷ Art. 1.238 *Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.*

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

(...)

Art. 1.242 *Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.*

¹¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito de Superfície*. p. 187.

pelo não uso, a desapropriação que incida tanto sobre o imóvel como sobre a superfície¹¹⁹ e o falecimento do superficiário sem deixar herdeiros.

Portanto, o direito de superfície pode ser utilizado, na realidade urbana brasileira, uma forma de regularização de várias situações existentes de edificação em imóvel de propriedade alheia, constituindo-se importante instrumento de reversão das perversidades causadas pela forma como se deu a produção urbana brasileira, que avaliaremos a seguir.

3.4. DA ILEGALIDADE NA PRODUÇÃO URBANA BRASILEIRA

Seria sobremaneira tendencioso tratar de aspectos legislativos e jurídicos sobre o direito de construir sem avaliar, ainda que brevemente, como se deu a produção urbana no Brasil, a despeito do ordenamento urbanístico existente desde o período imperial.

Afinal, embora tenhamos analisado a possibilidade de exercício do direito de construir autonomamente ao direito de propriedade nos instrumentos utilizados para indução ao desenvolvimento urbano, no item 3.3 supra, não seria errado afirmar que grande parcela da população residente nas grandes regiões metropolitanas brasileiras construiu suas moradias em área de propriedade alheia: áreas públicas ou aquelas que, mesmo particulares, tinham restrições ao direito de construir, ficando por esta razão excluídas do mercado imobiliário legal.

É difícil precisar o percentual da população que vive na ilegalidade urbana. Segundo Ermínia MARICATO:

Não há números gerais, confiáveis, sobre a ocorrência de favelas em todo Brasil. Consultando diversas fontes, (...)

O LABHAB/FAUUSP reuniu alguns dados estimados para a população moradora de favelas em algumas cidades brasileiras: Rio de Janeiro, 20%; São Paulo: 22%; Belo horizonte: 20%; Goiânia: 13,3%; Salvador: 30%; Recife: 46%; Fortaleza: 31%. (...)

Mas o universo das favelas não esgota a ilegalidade na ocupação do solo. Se somarmos a ele o universo dos loteamentos ilegais estaremos nos referindo à maior parte da população dos municípios de São Paulo e Rio de Janeiro.

A falta de rigor nos dados, que mostra o pouco interesse no conhecimento do tema, já é, por si, reveladora.¹²⁰

¹¹⁹ Segundo o Código Civil, em seu artigo 1.376, no caso de desapropriação, “a indenização cabe ao proprietário e ao superficiário, no valor correspondente ao direito real de cada um.”

O que ocorre é que a cidade legal é muito cara para a maioria da população, que não tendo condições de adquirir suas moradias no mercado imobiliário legal, passa a ocupar as áreas que este mesmo mercado despreza, como as áreas onde, por lei, a ocupação urbana não é permitida¹²¹. Nestas áreas ilegais, a fiscalização é praticamente nula. Ou seja, “o direito à invasão é até admitido, mas não o direito à cidade”¹²². Nas áreas com valor para o mercado formal, não se admite a invasão e a fiscalização do uso e ocupação do solo é exercida com rigor.

Esta ponderação pode ser historicamente comprovada. Em 1940, na cidade de São Paulo, já se observava a segregação imposta pelas exigências da legislação, conforme relata Raquel ROLNIK:

De uma perspectiva urbanística, os espaços descritos diferem quanto à densidade, ao uso exclusivo residencial unifamiliar versus a mistura de usos e uso coletivo de prédios, quintais e cômodos e à qualidade dos serviços fornecidos. Do ponto de vista da legislação em vigor nos anos 40, quando foi feita a pesquisa, todas as casas de nível superior atendiam às exigências da legislação, enquanto todas aquelas enquadradas como inferiores não poderiam ser provadas de acordo com os parâmetros legais vigentes.¹²³

Neste contexto, cabe, então, diferenciar o direito de propriedade do direito à propriedade, para o que tomaremos por base as lições de Cármen Lúcia Antunes ROCHA¹²⁴. O direito de propriedade nada mais é do que o direito de alguém, proprietário, tem de ver a sua propriedade juridicamente protegida em relação à intervenção de terceiros. O direito à propriedade, por sua vez, refere-se à garantia de que todos possam tornar-se proprietários. Mas como garantir a todos o direito à propriedade? Evidentemente, as questões sócias e econômicas se superpõem a qualquer norma jurídica, neste particular. Gabriel BOLAFFI, ainda à época do BNH, já identificava o falso problema que era tratar da questão habitacional desvinculada do regime econômico:

¹²⁰ MARICATO, Ermínia. *Brasil, Cidades: Alternativas para a Crise Urbana*. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 37-39.

¹²¹ Trata-se normalmente de áreas com restrições ambientais à ocupação, como fundos de vale, morros com declividades superiores a 30% ou terrenos pantanosos.

¹²² MARICATO, Ermínia. *Brasil, Cidades: alternativas para a crise urbana*. p. 39.

¹²³ ROLNIK, Raquel. *A Cidade e a Lei: Legislação, Política Urbana e Territórios na Cidade de São Paulo*. p. 185.

¹²⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio Constitucional da Função Social da Propriedade*. p. 62.

Com relação à habitação popular, já faz algum tempo que o BNH admite publicamente que não se pode construí-la porque, em que pese o caráter de subsídio que os seus empréstimos vêm assumindo de alguns anos pra cá, ainda assim é mínima a parcela da população que dispõe de renda para comprá-la.¹²⁵

Maria Paula de Abreu Dallari BUCCI, ao tratar especificamente das políticas públicas, reconhece que devem ser efetivamente políticas, e não apenas atos normativos:

Os direitos constitucionais permanecem, sendo este um dos dilemas do modelo constitucional dirigente: como garantir a efetividade do programa constitucional cujos pressupostos, especialmente econômicos, escapam ao poder de determinação normativa?¹²⁶

Portanto, não é a criação de leis e a regulamentação que possibilitará converter a ilegalidade urbana em legalidade. Na desigualdade econômica está a origem de toda segregação espacial que é reforçada pela existência de uma truncada regulamentação urbanística, de um lado, e pela admissão das ocupações irregulares, de outro.

Assim, a resposta, referente à formulação de políticas públicas deve compreendê-las em seu sentido mais amplo: uma ação governamental, sim, mas “visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.”¹²⁷

O Estatuto da Cidade está em vigência há alguns anos, mas ainda não se pode perceber se provocou alguma influência na realidade urbana de nosso país. Mas, por mais que configure um avanço, não é apenas a edição de uma lei que logrará promover a justiça social, conforme já restou comprovado.

¹²⁵ BOLAFFI, Gabriel. Habitação e Urbanismo: O Problema e o Falso Problema. In: MARICATO, Ermínia (org.). A Produção Capitalista da Casa (e da Cidade) no Brasil Industrial. 2 ed. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1985. p. 41.

¹²⁶ BUCCI, Maria Paula de Abreu Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 247.

¹²⁷ BUCCI, Maria Paula de Abreu Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. p. 241.

4. CONCLUSÃO

Nesta breve contribuição, pretendemos reunir algumas questões polêmicas sobre o direito de construir, tão importante na conjuntura em que muitas pessoas estão preferindo morar nas cidades à vida rural¹²⁸.

Como primeira conclusão, podemos afirmar que houve uma evolução histórica no conceito e no conteúdo da propriedade privada imobiliária, e o Brasil não ficou alheio às mudanças, contando hoje com uma série de normas jurídicas que visam a garantir o cumprimento da função social da propriedade, positivado na Constituição da República e em várias normas infraconstitucionais.

Particularmente no que se refere à propriedade imobiliária urbana, festeja-se a promulgação, após vários anos de tramitação em nossas casas legislativas, do Estatuto da Cidade. Apesar disso, em quase seis anos de vigência, ainda não se pode avaliar o impacto que teria tido este diploma na solução dos problemas urbanos que o Brasil precisa enfrentar. Isto porque, conforme as competências estabelecidas na Constituição de 1988, o Município é o ente responsável pela política de desenvolvimento urbano, embora deva fazê-lo pautado nas normas federais e estaduais nos casos de competência concorrente.

É bastante salutar outorgar aos Municípios a responsabilidade pelas necessárias transformações urbanas, porque em um país de proporções territoriais e distinções culturais tamanhas como o Brasil, não é possível encontrar uma solução padronizada para os problemas das nossas cidades. Neste particular, concluímos com Carlos Ari SUNDFELD¹²⁹, para quem a aspiração por soluções universais é um mito trazido nos manuais que homenageiam as grandes categorias, mas imprestáveis para dar conta da realidade que nos é apresentada. Assim, o método empírico, que também é um método científico, mas que parte do caso concreto, é o que pode ser utilizado para corrigir as incoerências no ordenamento dos nossos espaços urbanos. Neste sentido, ressalte-se que a arquitetura e o urbanismo ditos

¹²⁸ Embora seja notável o crescimento da população das cidades, reiteramos as considerações levantadas na introdução sobre o fato de que a maior parte da população considerada urbana não pode usufruir das funções urbanas mais elementares.

¹²⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Novas Perspectivas sobre as Licitações Públicas e a Redução Procedimental com Vistas à Efetividade da Ação Estatal*. Palestra proferida no II Congresso Ibero-Americano de Direito Administrativo. Curitiba, 14 maio 2007.

“pós-modernos” ainda não encontraram um paradigma universal, como os que embasavam a arquitetura moderna. Justamente porque as bases desta pós-modernidade estão fundadas na pluralidade de culturas, de sujeitos, de situações – cada uma merece um tratamento específico.

O direito de construir é considerado, pela legislação civil, um acessório da propriedade imobiliária. Contudo, tomando como exemplos os modelos francês e italiano de outorga de edificabilidade ao solo, a doutrina brasileira já começa a apontar no sentido de que, em nosso ordenamento, o direito de construir é uma concessão do poder público municipal. No momento em que, através de lei municipal, estende-se o perímetro urbano da cidade, incluindo nele imóveis que até então eram considerados rurais, o Município outorga o direito de construir a estes imóveis, porque a edificabilidade é um atributo exclusivo do solo urbano.

Para incluir imóveis no perímetro urbano, deve ser observado o critério ambiental, tanto porque a lei federal de parcelamento do solo urbano não permite o parcelamento de áreas ambientalmente frágeis ou instáveis como porque a própria sobrevivência do homem depende da disponibilidade de água e ar limpos, recursos naturais cuja utilização deve ser racionalizada.

O solo rural pode, evidentemente, ser edificado, mas não em quantidade que configure uma urbanização irregular. Assim, em área rural é possível apenas a construção de edificações de apoio às atividades agropecuárias, cabendo ao Município a regulamentação e a fiscalização para evitar a urbanização indevida do solo rural.

Se houver edificação em área rural em quantidade tamanha que implique na urbanização de fato, pode ser promovida a regularização, obedecendo, evidentemente, a critérios ambientais. Esta situação é bastante comum nas periferias das grandes metrópoles, cujos limites urbanos ultrapassam os próprios limites municipais, fazendo com que várias famílias acabem por viver nas áreas rurais dos municípios vizinhos, gerando a conurbação.

Para regularizar situações como esta, deve ser avaliado, no caso concreto, a viabilidade de se reassentar as famílias que estão vivendo irregularmente em área rural, ou então, a possibilidade de se transformar a área ocupada em urbana.

Por ser uma concessão do poder público municipal através do plano urbanístico, o direito de construir, então separado da propriedade imobiliária – ao

menos em certa medida –, pode ser objeto de negócios jurídicos, em instrumentos urbanísticos como a outorga onerosa do direito de construir, a transferência do direito de construir e o direito de superfície.

A possibilidade de o Município rearranjar a edificabilidade dos imóveis urbanos permite um planejamento mais adequado às necessidades de preservação ambiental e do patrimônio cultural, além de permitir a criação de um estoque de terras públicas e um fundo que deve ser utilizado na reforma urbana, preferencialmente em programas de habitação acessíveis às classes de rendimentos mais baixos. Isto porque, ao menos nas grandes metrópoles, a produção de habitações e a garantia do direito à moradia é um dos maiores, senão o maior, problema urbano e social que se precisa enfrentar.

Afinal, mais da metade da população das grandes regiões metropolitanas vive clandestinamente em construções erigidas sobre propriedade alheia. O direito à moradia, do qual o direito de construir é um corolário, precisa ser estendido mediante a universalização do acesso à propriedade imobiliária. Se apenas o poder público pode conferir edificabilidade ao solo, que o faça de maneira a cumprir o inciso IX do artigo 2º do Estatuto da Cidade, que prevê a “justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização”.

Com isso, interrompe-se um ciclo de urbanização nefasto, baseado na extensão horizontal das cidades e na baixa densidade demográfica de sua ocupação, substituindo-o por outro de desenvolvimento social, de ocupação das áreas já servidas de infra-estrutura, de incentivo ao mercado para realização de empreendimentos voltados à população de todas as faixas de renda, de políticas públicas de financiamento habitacional, enfim, de um planejamento urbano inclusivo e não segregador, como o que até hoje assentou as famílias mais carentes nas grandes manchas de ilegalidade urbana nas periferias das grandes cidades.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 5 ed. rev. atual. aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 187-215.

ANDRADE, Luciana Teixeira de. Negociações Urbanas: Gestão de Conflitos em Torno do Patrimônio. In: FERNANDES, Edésio; RUGANI, Jurema M. *Cidade, Memória e Legislação: A Preservação do Patrimônio na Perspectiva do Direito Urbanístico*. Belo Horizonte: IAB-MG, 2002. 169-179.

BARBOSA, Diana Coelho. O Direito de Superfície no Novo Código Civil Brasileiro. *Revista Jurídica 9 de Julho*, Procuradoria da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, p. 119-130. jul. 2002. Publicação comemorativa do 70º Aniversário da Revolução Constitucionalista de 1932. Disponível na Internet: <http://www.al.sp.gov.br/web/procuradoria/RJ_2002.PDF> Acesso em 25 out. 2006.

BOLAFFI, Gabriel. Habitação e Urbanismo: O Problema e o Falso Problema. In: MARICATO, Ermínia (org.). *A Produção Capitalista da Casa (e da Cidade) no Brasil Industrial*. 2 ed. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1985. p. 37-70.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O Solo Criado no Direito Brasileiro. *Revista da Procuradoria Geral do INSS*, Brasília, v. 7, n. 2, p. 48-66, jul.-set. 2000. Disponível na Internet: <http://menta.dataprev.gov.br/publique/dat/doc/REV_7200.pdf> Acesso em 25 out. 2006.

BUCCI, Maria Paula de Abreu Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CHIARA, José Tadeu de. Propriedade Urbana e Direito de Construir no Direito Urbanístico Comparado. *Revista dos Tribunais*, [s.l.], ano 69, n. 536, p. 40-46. jun.1980.

COPOLA, Gina. *O Meio Ambiente Artificial*. Disponível na Internet: <http://www.acopesp.com.br/artigos/artigos_2004/gina14-O%20%20MEIO%20AMBIENTE%20ARTIFICIAL.htm> Acesso em 25 out. 2006.

COSTA, José Marcelo Ferreira. Solo Criado: Aspectos Jurídicos do Direito de Propriedade e do Direito a Edificar. *Revista dos Tribunais*, [s.l.], ano 90, n. 785, p. 73-86, mar. 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito de Superfície. In: DALLARI, Adilson de Abreu; FERRAZ, Sérgio (Org.). *Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal 10.257/2001*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 172-191.

FACHIN, Luiz Edson. Direitos de Vizinhança e o Novo Código Civil Brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n. 17, p. 51-71, jan.-mar. 2004.

FERNANDES, Edésio. Do Código Civil de 1916 ao Estatuto da Cidade: Algumas Notas sobre a Trajetória do Direito Urbanístico no Brasil. In: MATOS, Liana Portilho (org.). *Estatuto da Cidade Comentado*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 31-64.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Disciplina Urbanística da Propriedade*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GAIO, Daniel. A Propriedade Urbana e o Direito de Edificar. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 5, n. 20, p. 121-158, out.-dez. 2000.

_____. A Transferência do Direito de Construir e a Efetiva Proteção do Patrimônio Cultural e Natural: Alguns Apontamentos sobre a Experiência de Porto Alegre e Curitiba. In: FERNANDES, Edésio; RUGANI, Jurema M. *Cidade, Memória e Legislação: A Preservação do Patrimônio na Perspectiva do Direito Urbanístico*. Belo Horizonte: IAB-MG, 2002. 81-93.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Atualizada por Luiz Edson Fachin. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 109- 264.

GUIMARAENS, Maria Etelvina B. Função Social da Cidade e da propriedade Urbana. In: PRESTES, Vanêsa Buzelato (org.) *Temas de Direito Urbano-Ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 51-76.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Metodologia do Censo Demográfico 2000*. Rio de Janeiro: IBGE, 2003. p. 182. (Série Relatórios Metodológicos, v. 25). Disponível na internet:

<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2000/metodologia/metodologia_censo2000.pdf> Acesso em 08 jun. 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. cap. IX.

LEFÈVRE, Rodrigo. Notas sobre o Papel dos Preços de Terrenos em Negócios Imobiliários de Apartamentos e Escritórios, na Cidade de São Paulo. In: MARICATO, Ermínia (org.). *A Produção Capitalista da Casa (e da Cidade) no Brasil Industrial*. 2 ed. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1985. p. 95-116.

MARICATO, Ermínia. *Brasil, Cidades: Alternativas para a Crise Urbana*. Petrópolis: Vozes, 2001.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Outorga Onerosa do Direito de Construir (Solo Criado). In: DALLARI, Adilson de Abreu; FERRAZ, Sérgio (org.). *Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal 10.257/2001*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 222-246.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de Construir*. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Adilson Abreu Dallari e Daniela Libório Di Sarno. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELO, Flavia Cristina Ribeiro de. A Propriedade Urbana e o Instrumento da Transferência do Direito de Construir. In: FERNANDES, Edésio; RUGANI, Jurema M. *Cidade, Memória e Legislação: A Preservação do Patrimônio na Perspectiva do Direito Urbanístico*. Belo Horizonte: IAB-MG, 2002. p. 103-112.

MOREIRA, Mariana. História do Estatuto da Cidade. In: DALLARI, Adilson de Abreu; FERRAZ, Sérgio (Org.). *Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal 10.257/2001*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 27-43.

MUKAI, Toshio. *Direito Urbano e Ambiental*. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006. Título Original: *Direito e Legislação Urbanística no Brasil*.

_____. *Temas Atuais de Direito Urbanístico e Ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

OTT, Carla. *Gestão Pública e Políticas Urbanas para Cidades Sustentáveis: A Ética da Legislação no Meio Urbano Aplicada às Cidades com até 50.000 Habitantes*.

2004. 196f. Dissertação (Mestrado em Engenharia de Produção) – Programa de Pós Graduação em Engenharia de Produção. UFSC, Florianópolis.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Princípio Constitucional da Função Social da Propriedade. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). *Direito Administrativo Contemporâneo: Estudos em Memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 55-104.

ROLNIK, Raquel. *A Cidade e a Lei: Legislação, Política Urbana e Territórios na Cidade de São Paulo*. 3 ed. São Paulo: Livros Studio Nobel, 1997.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 130-142.

PINTO, Victor Carvalho. *Direito Urbanístico: Plano Diretor e Direito de Propriedade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PRADO, Karine Monteiro. O Direito de Construir frente à Função Social da Propriedade Urbana. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, ano 6, n. 21, p. 29-51, jan.-mar. 2005.

PRESTES, Vanêscia Buzelato. Municípios e Meio Ambiente: a necessidade de uma gestão urbano-ambiental. In: PRESTES, Vanêscia Buzelato (org.) *Temas de Direito Urbano-Ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 19-50.

SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de. *A propriedade no Direito Civil Brasileiro*. Prova escrita do concurso para catedrático de Direito Civil. [s.l]: [s.d.]. p. 47-57.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 4 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

SINGER, Paul. O Uso do Solo Urbano na Economia Capitalista. In: MARICATO, Ermínia (org.). *A Produção Capitalista da Casa (e da Cidade) no Brasil Industrial*. 2 ed. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1985. p. 21-36.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Novas Perspectivas sobre as Licitações Públicas e a Redução Procedimental com Vistas à Efetividade da Ação Estatal*. Palestra proferida no II Congresso Ibero-Americano de Direito Administrativo. Curitiba, 14 maio 2007.

SZANIAWSKI, Elimar. Aspectos da Propriedade Imobiliária Contemporânea e sua Função Social. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 3, p. 126-156, jul.-set. 2000.