

Solo criado e a disciplina urbanística da propriedade

ADRIANO DALEFFE

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Pressupostos metodológicos. 3. A “questão solo criado”. 4. A propriedade privada urbana. 5. A função social da propriedade. 6. O regime do solo criado. 7. Transferibilidade do direito de criar solo. 8. Conclusão.

1. Introdução

O violento processo de concentração populacional urbana tem instigado, antes, o urbanista e, depois, o jurista a encontrarem mecanismos eficientes de controle da utilização do espaço físico das cidades. Concluiu-se que o mercado¹, por si só e da forma como vinha sendo regulamentado, não proporcionou distribuição razoável dos cidadãos por toda a extensão da urbe. Afinal, os valores perseguidos pelas regras do mercado não coincidem exatamente com um aproveitamento socialmente defensável do espaço urbano. A busca do lucro imobiliário, que é um valor juridicamente incontestável, diga-se de passagem, implica utilização distorcida da propriedade urbana, nem sempre coerente com uma equânime distribuição das despesas públicas entre os administrados. Há valores outros cujo atendimento demanda intervenção do Poder Público.

A idéia de confinar² a propriedade privada,

¹ Entenda-se por mercado o espaço de livre desenvolvimento da iniciativa privada, sem intervenção do Estado, onde as decisões são pautadas exclusivamente pela singular combinação de informações, habilidades e capacidades dos agentes econômicos (HAYEK, apud FONSECA, Eduardo Gianetti da. Vícios privados, benefícios Públicos? p. 112).

² Não encontramos legítima forma vernacular com o mesmo conteúdo significativo do italiano

gizando-lhe um perfil e atribuindo-lhe forma e conteúdo jurídico, não é nova e não é de causar perplexidade. Mesmo o modelo tradicional de propriedade (que é prevalentemente rural) esteve sempre assujeitado a sérias e significativas impositações derivadas do convívio social. Afinal, é própria do direito a idéia de limitação; alude-se a direito, alude-se necessariamente a limitação³. Tal limitação, contudo, agrava-se no tratamento da propriedade urbana.

Os instrumentos tradicionais de confinamento da propriedade privada, *rectius*, de definição do direito de propriedade são as limitações administrativas. Em sede urbanística, essas limitações se traduzem na disciplina do zoneamento, segundo a qual

“fixam-se as destinações de uso possíveis nas várias zonas em que se reparte a urbe e sua esfera de expansão, com o fito de assegurar condições e qualidade ambientais de vida satisfatórias”⁴.

Por meio do zoneamento, faz-se dividir a cidade em áreas segundo as modalidades de uso admitidas (residencial, comercial, mista etc.), fixar a dimensão mínima dos lotes, os coeficientes de edificação e de ocupação, além de fixar os recuos fronteiros, laterais e de fundos.

Entre os mecanismos ou técnicas de atuação urbanística mais recentes, a mais badalada é sem dúvida a do solo criado. Deposita-se no solo criado toda a sorte de anseios relacionados com o equacionamento do problema urbano. Em contrapartida, e como não poderia deixar de ser, instituto tão novidadeiro provoca sentimento de reserva e resistência. Porém, ambas as reações devem-se, em grande parte, à falta de tratamento adequado de todos os aspectos do instituto.

No presente trabalho, pretende-se demonstrar que o solo criado não encontra graves

“affievolimento”, de “affievolire”, referido por Renato Alessi (Principi di Diritto Amministrativo, p. 611.) Resta-nos o consolo de que, em física nuclear, confinamento significa “operação que impede, de modo eficiente e prolongado, que as partículas de um plasma colidam com as paredes do recipiente que o contém”. O tropo semântico adotado no texto é válido, pois.

³ DALLARI, Adilson Abreu. Servidões administrativas. *Revista de Direito Público*, n. 59/60, p. 89.

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Natureza jurídica do zoneamento. efeitos: *Revista de Direito Público*, n. 61, p. 34.

empecilhos de ser admitido no ordenamento jurídico brasileiro mediante regulamentação do art. 182 da Constituição Federal, que será lograda mediante lei complementar. Porém, da forma como vem sendo discutido, o solo criado tende a mostrar-se pouco produtivo em termos de política urbana. Como se verá mais adiante, falta enxergar, no solo criado, interessante mecanismo de saneamento das regras que presidem a distribuição dos espaços urbanos atualmente. Antes, porém, calha externar os pressupostos metodológicos do presente trabalho.

2. Pressupostos metodológicos

O trabalho ora desenvolvido carrega a virtude de qualquer outro empenho científico: as conclusões atingidas são necessariamente relativas e provisórias. Jamais ousaríamos buscar “a” solução para o problema do solo criado, quanto menos para a questão da propriedade privada ou mesmo da propriedade privada urbana. Pautamo-nos pela lição de Karl Popper, segundo a qual

“a ciência nunca persegue a ilusória meta de que suas respostas sejam definitivas, nem mesmo prováveis; antes bem... a de descobrir incessantemente problemas novos, mais profundos e mais gerais, e de sujeitar nossas respostas (sempre provisórias) a contrastes constantemente renovados e cada vez mais rigorosos”⁵.

Tal pressuposto assume especial relevância quando se trata da propriedade privada e do seu equacionamento no mundo contemporâneo. Afinal, não há instituto jurídico mais sensível às transformações sociais que o da propriedade, o que exige do cientista (do direito, que nos interessa) permanente empenho na reformulação e rediscussão das premissas de raciocínio no trato da matéria.

Acreditamos também que todos os trabalhos realizados acerca do tema vieram impregnados da particular maneira de seus autores encararem a vida em sociedade e, particularmente, o direito. Afinal de contas,

“nossos escritos estão sempre dotados, consciente ou inconscientemente, de toda uma armação valorativa, que no jurista é quanto menos a busca e transmissão de uma emoção ou sentimento de justiça, valoração social, econômica, política,

⁵ POPPER apud GORDILLO, Agustín. *El método en Derecho*. p. 86.

unida a um simultâneo esforço de persuasão, convicção de uma solução criativa, imaginação. Nisso a obra jurídica se aproxima do gênero literário; é também expressão de realização pessoal, persuasão, sentimento”.⁶

Não caberia aqui externar toda a carga valorativa que leva certos autores a menosprezar o solo criado, ou outros a colocar-lhe toda a espécie de obstáculos jurídicos e operacionais, desestimulando sua aplicação. Pretende-se apenas destacar que, de nossa parte, nutrimos especial interesse pela criação de instrumentos novos de política urbana, principalmente quando hábeis a reordenar as forças que atuam na distribuição do espaço urbano. Como se verá adiante, esse apreço refletir-se-á sobre o tratamento que demos ao tema do solo criado.

3. A “questão solo criado”

As discussões surgidas em torno do solo criado não são numerosas nem consistentes a ponto de justificar a discussão do problema em termos de questão. Rigorosamente não há uma “questão solo criado”. As aplicações práticas do instituto são tópicas. Em alguns países, a experiência não vingou e cogita-se ser abandonada (França). Em outros, partiu-se para cisão violenta entre o direito de propriedade e o direito de construir sobre ela, criando-se figura anômala que comunga de poucas características do solo criado na configuração que será minuciada adiante (Itália).⁷

Porém, a formulação do problema nesses termos traz a vantagem de destacar os pontos de divergência na doutrina que impedem até mesmo a elaboração de um conceito de solo criado juridicamente adequado. Cada qual alude ao instituto remetendo-se a instrumentos diversos de controle do uso do solo urbano, ou invocando fundamentos diferentes de legitimação, ou ainda destacando certos aspectos do instituto em detrimento de outros. Sob esse aspecto, não seria de todo incorreto afirmar a existência da “questão solo criado”.

Em termos gerais, alude-se ao solo criado

⁶ Ibid., p. 102.

⁷ Sobre a experiência estrangeira acerca do solo criado, consultar SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*, p. 236. Não por coincidência, ver-se-á que a experiência mais profícua na matéria é a norte-americana, mediante o *Space Adrift* do Plano de Chicago.

como todo o espaço edificado que não esteja em contato direto com o solo natural, seja acima do nível do solo, seja abaixo. Solo criado seria então o solo artificialmente criado pelo homem dotado de alguma utilidade urbana (habitação, comércio etc.). Isso num primeiro momento e, como é facilmente perceptível, sem qualquer implicação para a ordenação urbanística. Nesse primeiro momento, tratou-se apenas de conceituar tecnicamente algo que já vinha caracterizando o crescimento das cidades – acentuadamente vertical, sem maiores consequências de ordem jurídica.

Posteriormente, com o desenvolvimento de estudos urbanísticos⁸, solo criado passou a referir-se exclusivamente ao solo artificial que excedesse um coeficiente de aproveitamento único, uniforme e válido para toda uma categoria de imóveis. Ou seja, a propriedade urbana estaria sujeita a um coeficiente uniforme de aproveitamento, válido para todos os imóveis urbanos de determinada região. Esse coeficiente autorizaria o proprietário a construir tanto quanto suportasse a área do seu terreno, numa proporção de um para um: cada metro quadrado de dimensão do terreno comportaria um metro quadrado de área de construção, em tese. Somente a partir desse limite é que se teria solo criado. Aqui já se vê um entrosamento da regulação urbanística da propriedade, pela lei de zoneamento, que fixa o coeficiente de aproveitamento do imóvel, com a noção técnica de solo criado acima indicada.

Disso resultou a admissão de um conteúdo mínimo de potencial de edificação para todos os imóveis urbanos, diretamente proporcional às dimensões do imóvel. A partir desse ponto, e até o limite de edificação próprio da zona de localização do imóvel, a prerrogativa de criar solo artificial (agora sim, solo criado) passaria pela superação de um obstáculo, seja uma outorga específica do Poder Público, seja a aquisição do direito de construir de outros particulares cujos imóveis não houvessem esgotado seu potencial de edificação.

Na doutrina, a fundamentação do solo criado vem de dois argumentos principais. Em primeiro lugar, a necessidade de solucionar tratamento não-igualitário que decorre do regime do zoneamento. Afinal de contas, distintos coeficientes de aproveitamento do solo urbano, estipulados de acordo com a paisagem urbana que se quer prestigiar em determinado

⁸ GRAU, Eros Roberto. *Direito Urbano*, p. 57: Solo criado.

momento e para cada região da cidade, acabam redundando em tratamento não-isonômico dos proprietários. A possibilidade de edificar afeta diretamente o conteúdo econômico do imóvel. Um mesmo lote, de idênticas dimensões, tem seu valor alterado conforme se localize em área de elevado ou reduzido potencial de edificação. A estipulação de um coeficiente único, inerente à noção de solo criado, resolveria essa distorção.

Depois, invoca-se o solo criado como mecanismo de distribuição igualitária dos acréscimos de despesa pública que a criação de solo artificial acarreta. A cada nível de solo que se cria dá-se aumento desproporcional na demanda por equipamentos públicos de distribuição de água e esgoto, meios de circulação, transportes públicos, áreas de lazer etc. Logo, os responsáveis pela criação do solo artificial e seus beneficiários diretos teriam de arcar com os investimentos públicos que a satisfação de seus direitos provocou, no lugar de toda a coletividade.

Do que ficou exposto, vê-se que a noção de solo criado resulta da convergência de diversos mecanismos de ordenação do uso da propriedade urbana que, isoladamente, sustentam-se por si mesmos. Parte-se da fixação de um coeficiente de aproveitamento único do solo urbano, válido para toda uma região ou para todo o território nacional. É da própria idéia do solo criado que esse coeficiente, sobre ser único para toda uma classe de imóveis, seja imodificável. A possibilidade de vir a ser alterado esse coeficiente retira do instituto qualquer validade.

Além disso, concorre para a configuração do solo criado o estabelecimento de uma rigorosa disciplina de zoneamento. É distorcida a idéia de que o solo criado infirmaria as regras de zoneamento. Em verdade, não há qualquer alteração na definição conceitual do zoneamento tal como hoje se encontra. A criação de solos artificiais estaria limitada ao teto de edificação estipulado para a região em que se encontra o solo natural, agora com mais vigor. Enfim, a adoção do regime do solo criado implica manutenção das regras de zoneamento.

Por fim, participa do mesmo regime a possibilidade de transferir direito de criar solos entre imóveis urbanos. Eis o aspecto realmente novo do instituto e cuja negação, ao nosso ver, infirma todo o esforço na sua caracterização. Imóveis que, por qualquer razão, não houvessem esgotado seu potencial de edificação, seja por

assujeitados a outras espécies de limitações administrativas (tombamento, servidão etc.), seja por vontade do proprietário, poderiam ceder o excesso não-utilizado, até o limite do seu coeficiente particular de edificação, a outros imóveis localizados na mesma ou em outras regiões da cidade, respeitados, sempre, os limites impostos pela lei de zoneamento.

Em linhas gerais, eis o que se tem afirmado acerca de solo criado na doutrina, com algumas variações. Para demonstrar os erros e desacertos que prejudicam a compreensão do instituto e sua aplicação prática, impõem-se breves considerações acerca do direito de propriedade, em particular da propriedade privada urbana.

4. A propriedade privada urbana

Partimos do pressuposto de que “o problema da propriedade, em termos gerais e abstratos, não existe”.⁹ A relação que o instituto da propriedade guarda com a realidade social na qual está inserido é de tal modo estreita que dificulta generalizações e formulação de conceitos universais e atemporais. Historicamente, isso exige que o estudo da propriedade esteja diretamente assentado nas condições sócio-econômicas do momento ao qual a propriedade se refere, sob pena de atingirem-se resultados gravemente distorcidos. Mais do que isso, a afirmação em epígrafe, de Capograssi, põe em relevo a existência não de uma, mas de diversas propriedades com regimes diferenciados em virtude de características próprias, seja numa análise sincrônica, seja diacrônica.

Contudo, e como ressalva Salvatore Pugliatti¹⁰, tal afirmação não pode conduzir a um empedernido empirismo, por meio do qual abandonaríamos qualquer pretensão de conceituar a propriedade em termos genéricos e abstratos, com um mínimo de abrangência espaço-temporal, para nos atermos à evolução histórica do instituto, apreendendo em cada momento um diverso e próprio conceito de propriedade.

Apesar de toda a transformação a que se tem assujeitado, a propriedade conserva um conteúdo significativo mínimo, válido para todas as formas de apresentação em todo o curso de sua evolução. Esse conteúdo mínimo permite

⁹ CAPOGRASSI apud PUGLIATTI, Salvatore. *La proprietà nel nuovo Diritto*, p. 146: La proprietà e le proprietà.

¹⁰ *Ibid.*, p. 147.

tratar a propriedade intelectual, por exemplo, ao lado da propriedade imobiliária urbana, sem temor de estar-se aludindo a conceitos distantes e completamente desvinculados. Enfim, todo o modelo de propriedade pode ser reconduzido a um referencial comum e impassível de compressão. A evolução do conceito mediante o delineamento jurídico da propriedade, no correr do tempo, opera sobre os aspectos (dir-se-ia “poderes”) que gravitam em torno desse conteúdo mínimo, intemerato.

A questão se põe na definição desse conteúdo mínimo, cuja maior ou menor amplitude determinará o grau de elasticidade¹¹ do conceito de propriedade em dado momento. Isso é de especial relevância para o problema da propriedade privada urbana.

É que se costuma conduzir esse conteúdo mínimo da propriedade privada aos poderes retratados na fórmula do *ius utendi, fruendi e abutendi*. Logo, a condição de proprietário conferiria poderes amplos de usar, gozar e abusar do bem objeto da propriedade, observados certos limites que nem o desbragado individualismo romano olvidou¹².

Seguindo o mesmo raciocínio, na propriedade privada urbana, o usar, gozar e abusar levariam necessariamente à possibilidade de edificar, de construir sobre o solo natural. Assim, seria insuprimível do conteúdo da propriedade privada urbana a prerrogativa de criar solos artificiais acima do solo natural. O direito de edificar seria cláusula necessária e suficiente do conceito de propriedade urbana, ínsito ao seu conteúdo mínimo. Em outras palavras, o aproveitamento natural do solo

¹¹ A doutrina alude à elasticidade do conceito de propriedade em atenção à sua flexibilidade, ensejando toda a sorte de limitações para, logo depois, diante de modificação das regras vigentes, retomar seu conteúdo e extensão anteriores. Conforme Angel Sustaeta Elustizia, a propriedade é elástica porque “tales facultades pueden ser objeto de ampliaciones o reducciones, en cantidad o en intensidad, sin perder el dominio su naturaleza esencial” (*Propiedad Y Urbanismo*, p. 50). No texto o significado é mais restrito. Pretende-se apenas destacar a possibilidade de alterar os poderes que gravitam em torno do núcleo central e irreduzível do conceito de propriedade sem, com isso, descaracterizá-la.

¹² A definição precisa dos limites desse conteúdo mínimo, mesmo que referido à propriedade privada urbana, é tema tormentoso e não será enfrentado no trabalho. Basta-nos afirmar que o direito de edificar gravita em torno dele.

urbano estaria na possibilidade de edificar, de levantar solos para uso residencial ou comercial. Sem essa possibilidade, a propriedade urbana restaria desvirtuada, desconfigurada, resultando em instituto outro que não rigorosamente propriedade.

No que toca ao regime do solo criado, essa concepção frustraria qualquer regulamentação que implicasse amesquinhação da prerrogativa de edificar. Para todos os efeitos, seria inerente à propriedade urbana o “estar para construir”, o suportar edificação. Sob essa feição é que a propriedade urbana teria sido tutelada constitucionalmente. Logo, a adoção de um coeficiente de aproveitamento único e uniforme para todas as propriedades de uma região ou de todo o território nacional esbarraria na cláusula constitucional da propriedade privada.

Ocorre que para a configuração do conceito de propriedade privada urbana concorrem outros ingredientes que infirmam a rigidez da tese acolhida pela doutrina. A possibilidade de edificar no solo urbano é antes contingência que inerência. A virtude de suportar edificações não participa do conteúdo mínimo do conceito de propriedade, mas sim gravita em torno desse núcleo ao lado de outros elementos anclares. Mais precisamente, a possibilidade de edificar decorre de certo arranjo das forças do mercado que fazem com que os núcleos populacionais surjam e se desenvolvam, demandando acomodação das forças produtivas.

Afinal de contas, o solo urbano não é nada mais do que solo natural (pode-se dizer até mesmo “rural”) acrescido de equipamentos, públicos e privados *lato sensu*, que provocam e fomentam aglutinação populacional. Retirando-se todo esse aparato cultural, pois produzido pelo homem, o solo, que era urbano, retoma sua condição anterior de solo rural. Logo, não é de se extrair do solo urbano qualquer virtude a ele inerente que não decorra da conjugação de esforços públicos e privados que operam em seu redor.

E, entre os esforços públicos acima mencionados, tomados *lato sensu*, incluem-se sem dúvida alguma as regras de confinamento da propriedade urbana traduzidas nas limitações administrativas. A determinação dos coeficientes de aproveitamento e de ocupação, do recuo fronteiro, lateral e de fundos etc. vai participar da definição da propriedade urbana, gizando-lhe os limites de utilização legítima. Não há direito de edificar antes da estipulação

das limitações administrativas, seja pelas regras de zoneamento, seja por outras ainda mais incisivas.

Quanto ao solo criado, não vemos empecilho algum em admitir a estipulação de um coeficiente de aproveitamento único para todos os imóveis de determinada região ou mesmo para todo o território nacional, sem com isso ofender o conteúdo mínimo da propriedade privada urbana na medida em que afetaria o direito de edificar dos proprietários. A estipulação do coeficiente único constringeria violentamente o aproveitamento dos imóveis da área urbana, não há como negar. Porém, não se vislumbra qualquer direito dos proprietários de lotes urbanos de se opor a medida de tal jaez, visto que o direito de edificar não decorre naturalmente da propriedade do solo urbano. Mais precisamente, e sem causar perplexidade, a adoção desse coeficiente único viria sob as vestes de mais uma limitação administrativa, amparada na supremacia do interesse público sobre o interesse particular e, portanto, sem esbarrar na cláusula da propriedade tal como constitucionalmente consagrada.

Entre a atual disciplina do zoneamento, que fixa limites máximos de edificação diferenciados de acordo com a localização do imóvel urbano, e a estipulação de um coeficiente de aproveitamento único, aplicável de maneira uniforme, não mediará qualquer injunção ao direito de propriedade. Antes pelo contrário, o coeficiente de aproveitamento único teria a mesma natureza e o mesmo amparo do atual regime do zoneamento, com a vantagem de erradicar o tratamento não-isonômico já aludido. As aberrações que a estipulação desse coeficiente único poderia acarretar em relação a proprietários específicos, cujos lotes, submetidos à limitação uniforme, resultariam inutilizáveis pela reduzida dimensão, poderiam ser corrigidas com as mesmas regras utilizadas para corrigir as distorções derivadas do zoneamento.¹³

5. A função social da propriedade

Calha afastar a invocação do princípio da função social da propriedade (art. 5º, XXIII, e

¹³ A resolução definitiva dos problemas derivados do regime do zoneamento, quando a definição dos limites de uso legítimo da propriedade privada assume feição de sacrifício de direitos, é dada por MELLO, (op. cit. p. 34 a 47).

170, III, da Constituição Federal de 1988) como legitimadora da adoção do coeficiente de aproveitamento único dos imóveis urbanos e, conseqüentemente, do solo criado. A aplicação desse princípio enquanto norma-diretriz do sistema deve ser reservada para outras imposições ao direito de propriedade, quando os instrumentos já existentes no ordenamento falecerem. Não é o caso do solo criado.

Como visto acima, o núcleo do regime do solo criado reside em pura e legítima limitação administrativa, consistente na definição de um coeficiente de aproveitamento único para os imóveis urbanos, amparada na supremacia do interesse público sobre o interesse particular. O princípio da função social não é de ser invocado como fundamento das clássicas limitações administrativas à propriedade decorrentes do exercício da Polícia Administrativa.

Concordamos com a tese segundo a qual

“Não só a propriedade, como também a liberdade, pode ser condicionada pela atividade da Administração Pública à qual comumente se denomina Polícia Administrativa. Não há, na Constituição, nenhuma previsão específica a respeito da função social da liberdade e nem por isso se entende que o Estado não possa limitá-la. A razão é simples: o fundamento das limitações administrativas sempre foi encontrado na supremacia geral do Poder Público frente aos cidadãos, sem necessidade de disposição constitucional específica”¹⁴.

Não se está a desmerecer o princípio da função social da propriedade. Antes pelo contrário. Cuida-se de zelar pela integridade do princípio, deixando de invocá-lo quando desnecessário, evitando assim que seja desgastado pela aplicação acriteriosa.

O reconhecimento de que a propriedade cumpre uma função social ou, em termos menos ousados, de que o direito subjetivo de propriedade é de ser funcionalizado permeia todo o regime constitucional da propriedade. Porém, o esgotamento do princípio passa necessariamente pela utilização dos mecanismos que a própria Constituição estabeleceu para a ordenação da propriedade rural e urbana. Ou seja, não seria o caso de extrair toda a carga normativa do princípio da função social da propriedade. Afirma-se apenas que qualquer

¹⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. *Temas de Direito Urbanístico* -1, p. 7: Função social da propriedade.

empenho nesse sentido começaria necessariamente pela idéia de função social que a própria Constituição Federal homenageou.

No que toca ao regime do solo criado, o princípio da função social da propriedade de nada acrescentaria. A preocupação com a má utilização do solo urbano, substrato da idéia de solo criado, traduziu-se na própria constitucionalização de uma ordenação urbanística. A Constituição Federal de 1988 é inovadora ao dispor acerca de “Política Urbana” (Capítulo II do Título VII – “Da Ordem Econômica e Financeira”). Isso já bastaria para legitimar a efetiva implantação do solo criado no ordenamento jurídico brasileiro, sem necessidade de apelar para a função social da propriedade e evitando esbarrar no ranço de conservadorismo que o princípio ainda enfrenta.

6. O regime do solo criado

Resta agora externar uma noção mais ou menos acabada de solo criado, respeitando as premissas anteriormente fixadas. A preocupação está em apresentar as principais características de um regime de solo criado juridicamente viável (pois compatível com o modelo vislumbrado pelo art. 182 da Constituição Federal e demais disposições atinentes à cláusula da propriedade) e tecnicamente útil enquanto instrumento de ordenação urbanística.

Afasta-se de antemão a configuração do solo criado como mecanismo de transferência de riqueza da iniciativa privada para os cofres públicos. Tende-se a enxergar no solo criado veículo novo de arrecadação do Poder Público Municipal. Isso pressuporia cisão definitiva entre a titularidade da propriedade urbana e a prerrogativa de edificar sobre ela. O direito de edificar sobre a propriedade acima do coeficiente de aproveitamento único seria então adquirido do Poder Público mediante pagamento de preço. A possibilidade de edificar seria objeto de outorga onerosa do Poder Público Municipal. Dessa forma seriam enfrentadas as despesas públicas decorrentes da criação de solos artificiais. O custo dos investimentos necessários para criar novos equipamentos públicos ou ampliar os já existentes seriam transferidos aos particulares diretamente interessados na criação do solo, desonerando toda a coletividade que, segundo se afirma, arca com tais despesas atualmente.

Pelo regime constitucional vigente, a oferta

e conservação de infra-estrutura para o crescimento das cidades é de ser suportada pela arrecadação geral do Poder Público Municipal, instrumentalizada via tributação por impostos. Não se admite a vinculação de tributo ao benefício que se auferem individualmente em decorrência da construção ou ampliação de equipamentos urbanos (rede de água e esgoto, área de tráfego, áreas de lazer etc.) impostos pelo natural crescimento das cidades. Se despesas especiais decorrem da criação de solos artificiais, terão de ser suportadas por toda a coletividade que, muito embora indiretamente, resultará igualmente beneficiada. Já o gozo (ou mesmo a disponibilidade de gozo) dessa infraestrutura poderá dar lugar à instituição de taxas, enquanto a especial valorização imobiliária que eventual obra pública causar aos imóveis lindeiros poderá ensejar contribuição de melhoria. Em breves linhas, eis a catadura do regime tributário constitucional numa perspectiva de direito das finanças, regime ao qual não se entrosaria a inclusão de novo mecanismo de arrecadação via solo criado.

Apresenta-se mais adequada a idéia de solo criado como vero e próprio mecanismo de ordenação do uso do solo urbano, partindo-se da fixação de um coeficiente de aproveitamento único para todos os imóveis urbanos do território nacional. Ainda que arbitrário, esse coeficiente poderia ser fixado em um, ou seja, estipulando-se que o potencial de edificação do imóvel urbano seria diretamente proporcional à área do imóvel: cada metro quadrado de área do lote ensejaria a edificação livre (leia-se apenas fiscalizada pelo Poder Público) de um metro quadrado de construção. O estabelecimento de coeficiente uniforme igual a um teria o mérito de desestimular a modificação que, como já se afirmou, é fundamental para o regime do solo criado. A proporcionalidade em um, apesar de arbitrária¹⁵, é a escolha menos arbitrária de todas.

Além disso, o solo criado implicaria manutenção de rigorosa disciplina de zoneamento, exatamente como é utilizada atualmente. A extensão da urbe seria segmentada em zonas às quais corresponderiam limites máximos de

¹⁵ Reconhecem-se os esforços na legitimação técnico-jurídica de um coeficiente igual a um, principalmente por parte de GRAU, op.cit. p. 72. Porém, seria mais razoável admitir, desde logo, que a estipulação de um coeficiente mínimo, seja igual a um, a dois ou a dez, é tecnicamente arbitrária, porém juridicamente permitida.

edificação vertical, destinação específica de uso, recuos, alinhamentos etc. Frise-se novamente que o solo criado, ao contrário de infirmar, exige a disciplina de zoneamento.

O remate do regime do solo criado viria com a possibilidade de transferir direitos de edificação entre particulares e entre estes e o Poder Público. É que todo o imóvel, considerando seu potencial de edificação particular, igual a um, e o limite de edificação máximo derivado da lei de zoneamento, poderia suportar solos artificiais. Essas parcelas de solo artificial poderiam ser adquiridas de outros proprietários, públicos ou privados, cujas propriedades, por qualquer razão, não houvessem esgotado seu potencial de edificação. A relevância desse elemento para a configuração do solo criado impõe considerações mais demoradas em capítulo específico.

7. Transferibilidade do direito de criar solo

O esgotamento de toda a utilidade do solo criado enquanto instrumento de política urbana passa necessariamente pela possibilidade de transferir direito de criar solo artificial entre proprietários de imóveis urbanos. A doutrina é claudicante nesse ponto. Chega-se a admitir a institucionalização do solo criado, contanto que excluído do direito de transferir direito de edificar¹⁶.

Nem se põe o problema da cisão entre direito de propriedade e direito de criar solo. Afirma-se que essa cisão estaria no cerne do regime do solo criado e que, tendo em vista o conceito de propriedade privada acolhido na Constituição Federal, não poderia ser admitida. O próprio José Afonso da Silva cuida de afastar essa premissa ao afirmar que

“O conceito de solo criado não importa na separação da faculdade de construir do direito de propriedade do terreno. Ao contrário, reafirma sua correlação na medida em que transforma em direito subjetivo a faculdade de construir até o limite do coeficiente único estabelecido”¹⁷.

Seja como for, os empecilhos à institucionalização do solo criado geralmente invocados, de ordem material, são relevantes. A operacionalização de um mercado de direito de criar

solo é sobremaneira delicada. A fiscalização do Poder Público, hoje deficitária no tocante às licenças urbanísticas, teria de passar por completa reformulação. O controle dos imóveis que estariam sujeitos a ceder potencial de edificação implicaria criação de um sistema de registro estruturalmente assemelhado ao de registro público ora existente, porém mais eficiente. A relação custo-benefício apresentarse-ia desequilibrada, ao menos num primeiro momento. A envergadura dos investimentos de implantação do sistema de controle não seria suportada por Municípios de pequeno porte. A especulação imobiliária que atualmente grassa no mercado traria de deturpar o empenho do Poder Público Municipal.

Porém, vislumbramos nessa possibilidade de transferir o direito de criar solo instrumento de prestígio da iniciativa privada na distribuição dos espaços urbanos. A adoção do solo criado importaria circulação do direito de edificar entre proprietários urbanos, ampliando as possibilidades de remanejamento da paisagem urbana. A rigidez do sistema do zoneamento, que apenas confrange a utilização do espaço urbano a certos limites, seria flexibilizada com a possibilidade de transferir direito de criar solo de imóveis situados em outras regiões ou zonas da cidade.

Poder-se-ia argumentar que o mercado (no caso, imobiliário) já demonstrara completa ineficiência na distribuição do uso do solo urbano numa perspectiva de justiça social. Isso já foi destacado no início do trabalho, quando se afirmou que a intervenção estatal seria insubstituível na realização de valores hoje constitucionalmente tutelados. Por óbvio, não cometeríamos o desatino de imaginar a utilização racional do solo urbano sem um mínimo de intervenção do Poder Público.

Todavia, as distorções hoje existentes no mercado e relacionadas diretamente com a especulação imobiliária decorrem sobretudo de uma intervenção inadequada do Estado, que acaba por fomentar os desvios. O problema não reside exatamente no mercado, mas na forma como se dá a intervenção atualmente. Em primeiro lugar, a atuação do Poder Público é tópica e descontínua, carecendo de um plano de médio e longo prazo. Não se cogita desenvolvimento urbano desprovido de planificação. Depois, os mecanismos de erradicação da especulação imobiliária não são aplicados. Há instrumentos de excelência previstos na Constituição Federal (art. 182) cuja implementação traria resultados significativos.

¹⁶ Nesse sentido, confira-se SILVA. (op. cit. p. 235).

¹⁷ Ibid, p. 236.

Enfim, quer-se afirmar que o solo criado representa mecanismo eficiente de distribuição do uso do solo urbano por deslocar para a iniciativa privada certas decisões hoje monopolizadas pelo Poder Público. Porém, pressupõe a observância de uma política urbana consistente, integrada por diversos outros mecanismos de ordenação urbanística previstos na Constituição Federal (art. 182).

Sobremais, ter-se-ia como extrair aproveitamento máximo do solo urbano mediante a transferência do direito de edificar atinente a imóveis sujeitos a limitações invencíveis para outros passíveis de edificação. Atualmente, há inegável desperdício de espaço urbano em imóveis públicos ou privados, de baixa estatura e localizados em zonas de largo potencial de edificação. Respeitadas contingências outras, decorrentes da garantia de um meio ambiente adequado, relacionadas à ventilação, à permeabilidade do terreno etc., os proprietários de tais imóveis poderiam ceder o potencial de edificação para outros que dele usufruiriam até o limite da lei do zoneamento respectiva.

Por fim, e no que respeita à propriedade do Poder Público, o regime do solo criado permitiria a transferência do direito de criar solo artificial ora subutilizado ou inutilizado, derivado de praças públicas, monumentos históricos etc., cujo potencial de edificação poderia ser entregue à iniciativa privada mediante oferta pública e respeitado o princípio da igualdade dos particulares em certame.

Enfim, o solo criado representa acréscimo extremamente útil no instrumental hoje existente de controle e distribuição do uso do solo urbano. Pela característica ora evidenciada, o instituto é único, insubstituível. Não há outro instrumento que prestigie de tal modo a iniciativa privada na reordenação da paisagem urbana, sem vincar-se exclusivamente na intervenção do Poder Público. Porém, e tal como se passa com todas as outras técnicas de atuação urbanística, pressupõe o delineamento de uma política urbana séria e consistente, amparada num plano de desenvolvimento urbano nos moldes previstos na Constituição Federal.

8. Conclusão

Pelo exposto, conclui-se que não há empecilhos para a adoção do regime do solo criado

no ordenamento jurídico brasileiro. O ponto de partida do solo criado reside simplesmente num plus, num acréscimo legítimo de confinamento da propriedade privada urbana mediante técnica de limitação administrativa (mais especificamente zoneamento), amparado no princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular.

Além disso, o regime do solo criado implica manutenção da disciplina de zoneamento tal como hoje é concebida e aplicada, com uma rígida delimitação das áreas e categorização dos tipos de uso, fixação de dimensões mínimas dos imóveis urbanos, fixação dos coeficientes de edificação e taxas de ocupação admitidos em cada área e fixação de recuos.

Mais relevante que isso é admitir a possibilidade de transferir direitos de criar solos artificiais entre os proprietários públicos e privados, dando azo a uma livre circulação desses direitos no mercado. Não se vislumbra utilidade ao solo criado se desprovido desse mecanismo.

Porém, para que não se apresente contra-producente, antieconômico ou socialmente injusto, o solo criado é de ser integrado numa ampla e consistente política urbanística, onde se reconheça a planificação como o mais eficiente instrumento de controle do uso do solo urbano.

Bibliografia

- ALESSI, Renato. *Principi di Diritto Amministrativo*. 4. ed. Milano : A. Giuffrè, 1978. v.2.
- DALLARI, Adilson Abreu. Servidões administrativas. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 59/60, p. 88-98, jul./dez. 1981.
- ELUSTIZIA, Angel Sustaeta. *Propiedad y urbanismo*. Madrid : Ed. Montecorvo, 1978.
- FONSECA, Eduardo Gianetti da. *Vícios privados, benefícios público?*: a ética na riqueza das Nações. São Paulo : Companhia das Letras, 1993.
- GORDILLO, Agustín. *El metodo en Derecho* : aprender, enseñar, escribir, crear, hacer. Madrid : Civitas, 1988.
- GRAU, Eros Roberto. *Direito Urbano : regiões metropolitanas, solo criado, zoneamento e controle ambiental*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1983: Solo criado.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Natureza*

- jurídica do zoneamento : efeitos. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 61, p. 34-47, jan./mar. 1982.
- PUGLIATTI, Salvatore. *La proprietà nel nuovo Diritto*. Milano : A. Giuffrè, 1964.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 2. ed. São Paulo : Malheiros, 1995.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Temas de Direito Urbanístico* -1. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1987. p. 1-22: Função social da propriedade.