

## SOLO CRIADO (\*)

LETÁCIO DE MEDEIROS JANSEN FERREIRA JÚNIOR  
Procurador do Estado do Rio de Janeiro

1 — A expressão solo criado foi utilizada pela primeira vez por um grupo de arquitetos, urbanistas e técnicos da Fundação Prefeito Faria Lima, do Estado de São Paulo, em documento publicado em 1975 (1) em que propuseram o seguinte:

- fixação de coeficiente único de aproveitamento dos terrenos (a)
- obrigatoriedade de o proprietário doar ao Município solo natural em quantidade equivalente ao solo criado artificialmente, para manter a proporcionalidade entre áreas construídas e áreas de uso público (b)
- disciplinamento jurídico da transferência dos "direitos de construir" de um lote para o outro (c)

a — Todos os que lidam com problemas relacionados com urbanismo e zoneamento estão familiarizados com as noções de coeficiente de aproveitamento do terreno (ou índice de aproveitamento da área) e de área total de edificação (ATE). Trata-se de uma limitação administrativa ao direito de propriedade, de que se utiliza a Administração como instrumento de controle do uso do solo, para disciplinar o direito de construir.

(\*) Exposição feita no IX Simpósio Jurídico da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, em 29 de novembro de 1977.

1. "O SOLO CRIADO" — Trabalho apresentado por DOMINGOS THEODORO DE AZEVEDO NETTO, ANTONIO CLÁUDIO MOREIRA LIMA, CLEMENTINA DE AMBROSIS, DALMO DO VALE NOGUEIRA FILHO — ao CEPAM (CENTRO DE ESTUDOS E PESQUISAS DE ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL) mais tarde transformada em Fundação Prefeito Faria Lima, entidade vinculada à Secretaria de Estado de Negócios do Interior — publicado em setembro de 1975.

O coeficiente de aproveitamento do terreno expressa uma relação entre área total de edificação (ATE) permitida no lote e a superfície desse lote (2).

Os coeficientes de aproveitamento dos terrenos variam, usualmente, segundo o local e o tipo de edificação, e são estabelecidos a critério da Administração. A proposição dos idealizadores do solo é de que, ao lado desses coeficientes de aproveitamento variáveis, seja instituído um outro, da mesma natureza, mas que seja fixo e uniforme para todos os locais e para todos os tipos de edificações. Definido esse coeficiente de aproveitamento único, seria estabelecida uma ATE (área total de edificação) para cada lote de terreno, passando a ser considerado solo criado a área de edificação excedente a essa ATE (3).

O coeficiente único de aproveitamento, segundo os autores do documento da Fundação Prefeito Faria Lima, poderia valer para todo o município, para toda a Região ou para todo o País. Em consequência, o direito de construir estaria limitado a uma determinada quantidade proporcional à área do terreno, e a construção excedente dependeria de condições a serem estabelecidas pela Administração (4).

b — Para manter a proporcionalidade entre solos públicos e solos privados, do mesmo modo que o loteador é compelido a doar à municipalidade espaços verdes, água, luz, pavimentação, escolas, seria exigida do construtor que quisesse edificar acima do coefi-

2. O coeficiente de aproveitamento não se confunde com taxa de ocupação do terreno ou com o gabarito da edificação. A taxa de ocupação diz respeito à área da projeção da edificação no terreno; o gabarito refere-se à altura da edificação.
3. "O que é o solo criado? O avanço da tecnologia da construção e da climatização artificial amplia progressivamente as possibilidades de utilização de espaço em seu sentido tridimensional. Como resultado, nossas cidades que foram concebidas em 1, 2 a 3 pisos, acabam tendo que acomodar edifícios de 10, 20 e até 50 pisos. De um ponto de vista puramente técnico, toda vez que uma construção proporcionar uma área utilizável maior que a área do terreno, haverá criação do solo. De um ponto de vista prático, poderá ser considerado como solo criado, a área construída que exceder uma certa proporção de área do terreno. Baseado neste conceito de solo criado podemos propor três novos instrumentos extremamente importantes para o controle do uso do solo, a saber: coeficiente de aproveitamento único; transferência de direitos de construir; proporcionalidade entre áreas construídas e áreas de uso público" (DOMINGOS THEODORO e outros, op. cit.).
4. "O coeficiente de aproveitamento único é, em última análise, a fixação de um mesmo e igual coeficiente para todos os terrenos, num município, numa região ou até mesmo no País. Em consequência, o direito de construir estaria limitado a uma determinada quantia proporcional à área do terreno. A construção a mais do que esse direito somente seria possível através da transferência de direito de construir de outra área. Ainda assim seria possível construir a mais do que permitido pelo coeficiente único, quer pela aquisição desses direitos do Poder Público e neste caso quer em dinheiro quer pela oferta de outros terrenos de interesse da comunidade" (DOMINGOS THEODORO e outros, op. cit.).

ciente único a entrega à Prefeitura de solos naturais, em proporção igual a dos solos por ele criados. Com isso se obteria, em síntese, a ampliação "das áreas públicas de uma forma compatível com o espaço construído" (5).

c — Quanto à transferência dos direitos de construir, consistiria essa na alienação dos direitos de edificação de um lote para o outro, ao que não ficaria estranho o poder público, que também poderia adquirir e vender tais direitos, sobre os lotes de seu domínio patrimonial. Os autores do documento da Fundação Prefeito Faria Lima alinham várias hipóteses nas quais poderia ser utilizado o instrumento da transferência dos direitos de construir, como para a conservação de edifício histórico, caso em que o proprietário do imóvel poderia vender os seus direitos de construir, se não tivesse sido atingida a cota de ATE, resistindo, com isso, à pressão do mercado imobiliário.

Essa formulação original do solo criado sofreu transformações posteriores (6). A primeira delas ocorreu por ocasião do XX Congresso Estadual de Municípios, em março de 1976, quando o Prefeito de São Paulo, OLAVO SETÚBAL, ao propor uma "Política para a Utilização do Solo Urbano" embora encampando a idéia do solo criado, acrescentou-lhe uma finalidade de captação de recursos públicos ("provenientes da aquisição de direitos de construir criando solo"), objetivo que não se continha na proposta original do Grupo da Fundação Prefeito Faria Lima. Assim, no projeto do Prefeito OLAVO SETÚBAL, o solo criado constituir-se-ia em fonte de receita para os cofres municipais (já aqui estando implícita a idéia de os "direitos de construir" pertencerem ao Município, que os venderia ou concederia aos particulares).

O professor GERALDO ATALIBA, em conferência pronunciada no Painel de Debates do Seminário Promovido pela Fundação Prefeito Faria Lima, em junho de 1976, desenvolveu o tema da utilização do solo criado como fonte de recursos públicos, passando a tratá-lo, porém, corretamente, da perspectiva do direito tributário, sugerindo a criação de um imposto sobre solo criado, proposta que ampliou

5. "O que se pretende, em última análise com o instrumento do solo criado, é ampliar as áreas públicas de uma forma compatível com o espaço construído" (págs. 37 a 39) "Experiências Similares ao Solo Criado", DOMINGOS THEODORO DE AZEVEDO NETTO, na Revista *Arquitetura*, ano IV, nº 16.
6. Algumas graves, que a desfiguram, no entender do grupo da Fundação Prefeito Faria Lima que está hoje preocupado com a retomada da pureza inicial de sua concepção, como se pode ver dos artigos do arquiteto DOMINGOS THEODORO e do advogado GRECCO FILHO, o primeiro sobre "Experiências Similares ao Solo Criado" o segundo sobre "Constitucionalidade do Solo Criado" publicados ambos na Revista *Arquitetura*, nº 16 de 1977, cuja edição se dedica inteiramente ao tema.

em artigo publicado no jornal *O Estado de São Paulo*, sob o título "Solo criado e extrafiscalidade", onde preconiza a criação, pela União Federal, com base no artigo 18 § 5.º da Constituição, de um imposto sobre o solo artificial, cuja hipótese de incidência — que não poderia ser a propriedade predial ou territorial urbana — seria definida em lei federal, e particularizada em lei municipal, que a adaptaria às peculiaridades locais. Essa hipótese de incidência, segundo o Professor ATALIBA, poderia ser a edificação, ou o exercício do direito de construir acima de certa medida. O tratamento tributário do solo criado foi apontado pelo Ministro SEABRA FAGUNDES, em conferência pronunciada no ciclo sobre o Solo Criado, realizado em São Paulo, em maio de 1977, promovida ainda pela Fundação Prefeito Faria Lima, como a solução mais técnica e a única constitucionalmente aceitável para a imposição de encargo financeiro ao proprietário que pretendesse construir acima do coeficiente único de aproveitamento fixado.

Outra variante da idéia original do grupo do CEPAM encontra-se no anteprojeto de Lei de Desenvolvimento Urbano, elaborado na área da Secretaria de Planejamento da Presidência da República, em que se propõe uma "licença especial remunerada" proporcional ao valor da área construída que exceder ao coeficiente de aproveitamento único, que propiciaria recursos que reverteriam em parte para o Município, e em parte para o Estado. O documento de quitação dessa licença especial seria transferível *inter vivos*, por escritura pública, registrável no Registro Geral de Imóveis.

2 — Analisando as diversas versões do solo criado constatamos que todas coincidem quanto à necessidade de adoção de um coeficiente único de aproveitamento do lote do terreno, como condição prévia indispensável ao surgimento do "adicional" de solo. Divergem as sugestões no que tange aos encargos a serem impostos ao proprietário que quiser edificar acima desse coeficiente, e quanto à finalidade do conceito.

Pela proposta original da Fundação Prefeito Faria Lima, de inspiração urbanística, cujo propósito é atingir um equilíbrio entre os espaços construídos e as áreas públicas, o proprietário que desejar construir acima do limite fixado, será obrigado a doar ao Município solo natural em quantidade proporcional ao solo que pretender criar. A cada solo criado verticalmente corresponderia um solo doado horizontalmente. A obrigação seria, em princípio, de doar terreno: no caso excepcional de não haver terrenos aceitáveis pela Prefeitura, essa obrigação se resolveria com o pagamento, pelo proprietário, ao Município, de quantia suficiente para a aquisição,

por este, de terreno que preenchesse a finalidade pretendida (7). Nesse sentido é a declaração da Carta de Embu, de dezembro de 1976 (8).

Na segunda proposta do Prefeito OLAVO SETÚBAL sobre solo criado, divulgada, em resumo, pelo jornal *O Estado de São Paulo*, de 30 de abril de 1977 (9) a "substituição pelo equivalente econômico"

7. "O terceiro instrumento de controle do uso do solo, decorrente do solo criado, é a proporcionalidade entre solos públicos e solos privados. Toda a problemática do espaço urbano, do uso do solo, reside em grande parte na proporção dos espaços públicos e privados. Uma proporção equilibrada entre áreas utilizadas em atividades privadas e áreas de circulação de equipamentos públicos de uso comum é essencial para o bom funcionamento da cidade. Seria pois absolutamente justo que aqueles que se dispusessem a construir em altura fossem obrigados, a reequilibrar a proporção entre áreas públicas e áreas privadas, mediante doações de áreas ao Poder Público."
8. "É constitucional a fixação, pelo Município, de um coeficiente único de edificação para todos os terrenos urbanos. A fixação desse coeficiente não interfere com a competência municipal para estabelecer índices diversos de utilização dos terrenos, tal como já se faz, mediante legislação de zoneamento. Toda edificação acima do coeficiente único é considerada solo criado, quer envolva ocupação de espaço aéreo, quer a de subsolo. É constitucional exigir, na forma de lei municipal, como condição de criação do solo que o interessado entregue ao Poder Público áreas proporcionais ao solo criado; quando impossível a oferta dessas áreas por inexistentes ou por não atenderem às condições legais para tanto requeridas é admissível sua substituição pelo equivalente econômico. O proprietário de imóvel sujeito a limitações administrativas que impeçam a plena utilização do coeficiente único de edificação, poderá alienar a parcela não utilizável do direito de construir. No caso de imóvel tombado o proprietário poderá alienar o direito de construir correspondente à área edificada ou ao coeficiente único de edificação." CARTA DO EMBU; DEZEMBRO DE 1976 resultante do seminário promovido pela Fundação Prefeito Faria Lima, para apreciar os aspectos jurídicos do novo instrumento do qual participaram, dentre outros, os autores do documento O SOLO CRIADO, e os Juristas SEABRA FAGUNDES, EROS GRAU e CELSO BANDEIRA DE MELO. Os consideranda da Carta do Embu expressam os mesmos princípios do documento O SOLO CRIADO: Adotam-se o coeficiente único, a transferibilidade do direito de construir e a proporcionalidade de áreas públicas e privadas.
9. "A segunda proposta de São Paulo", constante de um projeto de lei sintetizado em reportagem no **O ESTADO DE S. PAULO** de 30.4.77 é a seguinte:
  - 1 — Todo proprietário de terreno poderá construir até a metragem correspondente ao próprio terreno, isto é, coeficiente 1;
  - 2 — Caso o proprietário deseje construir acima deste coeficiente 1 deverá doar a Prefeitura terrenos próximos à construção, nas metragens correspondentes à cota excedente;
  - 3 — Se o proprietário não dispuser de terrenos dentro das especificações municipais, deverá pagar à Prefeitura o correspondente valor venal dos terrenos que deveria doar;
  - 4 — Os recursos advindos do solo criado serão obrigatoriamente destinados à aquisição de áreas verdes e livres, desapropriações para obtenção dessas áreas e implantações de vias;
  - 5 — Instituição gradativa em 5 anos."Esta segunda proposta está conforme o documento O SOLO CRIADO e com a CARTA DE EMBU. Adota o princípio do coeficiente único, e da proporcionalidade das áreas privadas e públicas. Quanto à transferibilidade dos direitos de construção, deixou-se de cogitar dela, por se considerar, certamente, tratar-se de matéria de competência federal.

(isto é, a possibilidade de a obrigação de doar solo proporcional *in natura* se resolver pelo pagamento em dinheiro de quantia equivalente ao valor desse solo) sofre uma evolução. Cogita-se, agora, da vinculação dos recursos provenientes dessas "doações em dinheiro", à aquisição de áreas verdes e livres, e à implantação de vias públicas, o que, na prática, importa no estabelecimento de um fundo contábil, semelhante ao da Lei de São Bernardo do Campo, de janeiro de 1977, com o seu Fundo de "Áreas Verdes" (10).

A "substituição pelo equivalente econômico" foi impugnada pelo Ministro SEABRA FAGUNDES, que a considerou inconstitucional na conferência, já referida, que pronunciou em maio de 1977. Para esse eminente jurista a matéria deve, sob esse aspecto, ser disciplinada segundo os estritos cânones do direito financeiro.

Em resumo, as proposições até hoje existentes sobre o solo criado:

- I — visam, todas elas, a fixação de um coeficiente único de aproveitamento para todos os lotes de terreno;
- II — pretendem impor encargos ao criador do solo artificial, proporcional ao valor ou à área da edificação excedente, encargos esses que podem ser:
  - a — de direito administrativo, consistindo na obrigação de o proprietário doar ao município, *in natura*, lote de área proporcional ao solo criado;
  - b — de direito tributário, através de um tributo sobre a construção excedente ou sobre o direito a essa construção.

Além dessas soluções de direito público, há uma proposta de disciplinamento do solo criado através de mecanismos de direito pri-

10. A proposta de São Bernardo do Campo, de janeiro de 1977 constante de Lei Municipal, aprovada, resume-se no seguinte:
  - a — institui o Fundo de áreas verdes, com o objetivo de adquirir terrenos destinados à implantação do sistema de áreas verdes do município, para que cada habitante tenha 9m<sup>2</sup> de área verde pública, na zona urbanizada;
  - b — dentre outros recursos, o fundo será dotado do produto do recolhimento, pelo interessado, de 50% do valor fiscal do m<sup>2</sup> do terreno em que sobreedificar além do coeficiente de aproveitamento 1;
  - c — prevê-se a possibilidade de haver doação de terrenos, em lugar do pagamento da mais valia da sobreedificação.Há diversos outros dispositivos de regulamentação do Fundo. Basicamente a Lei: a — instituiu o coeficiente único; b — objetiva a proporcionalidade de áreas privadas e públicas. Deixa a questão da transferência dos direitos de construir de lado, provavelmente por considerar que se trata de matéria da competência do legislador federal.

vado, mediante a regulamentação da transferência dos “direitos de construir” de um lote para o outro. Aqui, a meu ver, está a maior novidade da proposta do solo criado, que implica no rompimento do princípio da acessão, e que será apreciada em seguida.

3 — A grande maioria dos romanistas é de opinião de que, em Roma, nunca se reconheceu a propriedade da edificação, como propriedade separada horizontalmente da do solo, atuando sempre o princípio “superficies solo cedit”. Essa aplicação rígida do princípio tornava impossível atribuir-se ao construtor em solo alheio a propriedade da edificação, mesmo que houvesse o consentimento do “dominus soli”. Por isso é que o direito de superfície romano atribuía ao superficiário um simples direito real de gozo, sobre a edificação: um uso em sentido amplo. A edificação perdia sua individualidade ao ser incorporada ao solo alheio, e o “dominus soli” adquiria sua propriedade por título originário de acessão. Para o direito romano, tudo quanto se elevasse ou construísse sobre o solo de outro, e perdurasse conexo a esse solo, passava a ser parte constitutiva do imóvel, e sua propriedade era pertencente imediatamente ao titular desse. Essa rigidez do princípio “superficies solo cedit” se explica porque traduzia o conceito romano de propriedade como pleno domínio ou senhoria sobre o imóvel, o que configurava uma verdadeira soberania, com um poder de absorção total em sentido vertical, segundo a regra “cuius est solum, eius est a celo usque ad centrum, a sidera usque ad inferos, usque ad superis ad profundum”. Esse princípio atendia a uma necessidade jurídica do sistema econômico romano.

O Direito germânico foi o primeiro que consagrou o princípio inverso ao existente em Roma, e deu maior valor à edificação, à plantação — ao trabalho, portanto — do que ao solo, e por isso admitiu a propriedade de edificação, ou da plantação, separadamente da propriedade do terreno. No direito germânico dá-se a derrogação do princípio “superficies solo cedit”.

O nosso Código Civil consagra o princípio da acessão, e não reconhece o direito de superfície. Mas, não obstante isso, durante vários anos se conheceram figuras jurídicas, em nosso direito, que encontram na superfície o seu figurino (11):

- a propriedade da linha férrea assentada em solo de outrem, ou em terreno público;
- a propriedade de quiosques em terreno alheio;
- a propriedade de sepulcros;

11. Como exemplifica ORLANDO GOMES, no artigo “O Direito de Superfície”, publicado na Revista *Jurídica*, do Instituto do Açúcar e do Alcool, vol. 59, pg. 34/43.

- a propriedade de viadutos sobre solos públicos ou de outrem;
- a propriedade dos pavilhões nos recintos das exposições;
- a propriedade das cadeiras cativas ou perpétuas nos estádios.

A partir do Decreto-lei n.º 271, de 28 de setembro de 1967, passou o nosso direito positivo a acolher o direito de superfície, através da denominada “concessão de uso de terrenos para fins específicos” (dentre eles o de edificação) instituída como um direito real resolúvel sobre coisa alheia. O projeto de Código Civil, por sua vez, prevê a disciplina do direito de superfície também como direito real sobre coisa alheia.

A Incorporação, ao nosso sistema jurídico, da proposta de solo criado, tendo em vista o objetivo de separação da propriedade do solo, da propriedade da edificação (ou do direito de levantar essa edificação) deve ocorrer através do instituto do direito de superfície, pois é através da superfície, como ensina ORLANDO GOMES, que se “anula o princípio da acessão imobiliária, surgindo um direito autônomo, destacado do direito do proprietário do solo”.

Manifestam alguns o receio de que se esse direito autônomo — de edificar e de ter a propriedade separada da edificação — for destacado da propriedade do solo, isto importará em retirar-se da propriedade um de seus elementos, com redução ou anulação de sua substância (12).

Efetivamente, se se *retirasse* do proprietário o direito de construir — e se transferisse esse direito, sem indenização, ao município, que passaria a concedê-lo ao proprietário (como o pretende especificamente, o anteprojeto de Lei de Desenvolvimento Urbano inspirado nas teses do seminário interno do GEGRAN — estaria sendo violada a garantia constitucional da propriedade. É perfeitamente possível, porém, *destacar* o direito de superfície da propriedade do solo, desde que se mantenha a sua titularidade nas mãos do proprietário do solo, que poderá ele sim, e se quiser, transferi-lo a terceiros. O único princípio que estará sendo ferido, nesse último caso, é o da acessão, já derogado em nosso direito positivo pelo Decreto-lei 271, de 1967; e não o direito de propriedade.

A proposta do solo criado como formulada pelos arquitetos e urbanistas da Fundação Prefeito Faria Lima aproxima-se do direito de superfície do tipo alemão.

A Ordenança de 15 de janeiro de 1919, que revogou os artigos 1.012 a 1.017 do Código Civil Alemão, define o direito de superfície

12. Esta parece ser a opinião do Ministro SEABRA FAGUNDES na conferência pronunciada na Fundação Prefeito Faria Lima em maio de 1977.

como o direito, transmissível *inter vivos* ou *causa mortis*, de ter uma construção acima ou abaixo da superfície do imóvel. Diversa é a definição do Decreto-lei 271, de 1967, e do anteprojeto do Código Civil, que conceituam esse direito como sendo "in res aliena".

Para os efeitos pretendidos pelos idealizadores do solo criado, no Brasil, não convirá tratar-se o direito de superfície como direito real sobre coisa alheia. O que pretendem os defensores do solo criado, na verdade, é a conceituação da superfície como um direito real autônomo, que possa ser eventualmente constituído sobre a coisa própria, e aí está uma outra particularidade da proposta da Fundação Prefeito Faria Lima, pois não se costuma admitir, salvo no direito de superfície alemão, a existência de direito real sobre coisa própria, sendo uma das causas apontadas na doutrina como de extinção do direito de superfície a aquisição da propriedade do solo pelo superficiário.

A idéia dos defensores do solo criado se traduziria, enfim, na prática, em nosso direito, na criação de um sistema de duplo registro da propriedade no Registro Geral de Imóveis: a — o registro do solo; b — o registro da superfície, considerada essa superfície, edificada ou não, como um imóvel.

Não se deve confundir essa visão do direito de superfície, como um "imóvel autônomo", com a sugestão de criação de uma "licença especial remunerada" transferível por escritura pública, prevista no anteprojeto de lei do desenvolvimento urbano.

A licença especial remunerada é tratada no anteprojeto como um direito real — tanto que pode ser transferida por escritura pública e deve ser registrada no Registro de Imóveis — mas sem perder a sua característica de manifestação do Poder de Polícia. Por força do anteprojeto de Lei de Desenvolvimento Urbano, o Poder de Polícia se materializaria, através da licença especial, num direito real e, nesse passe de mágica, ele se transferiria, sem indenização, do particular (que tem o direito real) para o Estado (que tem o Poder de Polícia). Essa transferência porém, não se pode fazer sem prévia desapropriação (art. 153 § 2.º da C. Federal).

Essas são as principais considerações que trazemos ao debate sobre o solo criado, que esperamos sirvam para eliminar alguns equívocos que só têm contribuído para tumultuar a discussão da excelente idéia dos urbanistas da Fundação Prefeito Faria Lima, de São Paulo.

Assim, concluímos o seguinte:

I — Pode o município, através de Lei, e atendidos os seus critérios de conveniência, fixar coeficientes de aproveitamento dos terrenos, e impor ao proprietário, que quiser edificar além desses

coeficientes, como uma "condição da propriedade", a obrigação de doar ao Município, *in natura*, solo natural de área proporcional ao solo criado;

II — A denominada "substituição pelo equivalente econômico" tem a natureza de um tributo, e como tal deve ser regulada. Qualquer outra imposição de encargo financeiro, tendo como fato gerador o solo criado, deve sofrer igual tratamento tributário, e dependerá, evidentemente, de estudos de política econômica prévios pelos órgãos competentes.

III — A incorporação da idéia do solo criado ao nosso direito privado pode se dar através do instituto do direito de superfície, que seria disciplinado, por lei federal, como um "imóvel autônomo", alienável e transmissível *causa-mortis* independentemente do solo, e sujeito a registro próprio, não como direito real sobre coisa alheia.

IV — Será inconstitucional qualquer tentativa — do gênero da encampada pelo anteprojeto de Lei de Desenvolvimento Urbano — de pressupor pertencente ao município o "direito de construir", sujeitando-o a concessão ou licença especial remunerada.