

A OUTORGA ONEROSA DO DIREITO DE CONSTRUIR: O SOLO CRIADO E O DIREITO A MORADIA

Romantiezer Theodoro Gomes da Silva

Técnico de Atividade Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Pós-Graduado em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Aprovado em: 08/07/2019 e 15/07/2019

RESUMO: A outorga onerosa do direito de construir está prevista na lei 10.257 de 2001, conhecida como a Estatuto das Cidades. Trata-se de instituto jurídico que visa a regular o uso do espaço urbano, sendo um instrumento importante para o desenvolvimento das cidades. Ocorre quando o município fixa áreas nas quais o direito de construir pode ser exercido acima do coeficiente de aproveitamento básico fixado em lei mediante contrapartida a ser prestada pelo proprietário. Fixado o limite para a construção, sobre o que for construído acima desse limite é aplicado o instituto, que consiste numa remuneração aos cofres públicos de acordo com critérios previamente estabelecidos. O valor arrecadado deve ser usado pelo poder público em projetos habitacionais, melhoria de equipamentos urbanos, criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes etc. Consiste em adequar o investimento e o lucro do construtor ao desenvolvimento daquela localidade, visando sempre a garantir o direito constitucional à moradia e ao meio ambiente equilibrado.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à Moradia. Estatuto das Cidades. Município. Outorga Onerosa do Direito de Construir.

RESUME: *The onerous concession of the right to build is provided for in Law 10,257 offers 2001, know as the Statute of Cities. It is a legal institute that aims regulate the use of urban space, being an*

important instrument for the development of cities. It occurs when the municipality fixes areas in which the right requests to be exercised above the coefficient of basic utilization fixed by law with counterpart to be provided by the owner. The limit for construction fixed on which is built above this limit is applied the institute which consists of a remuneration to the public coffers according to established criterion. The amount collect should be used by the public order in housing projects, improvement of urban equipment, creation of public spaces for Leisure and green areas. It consists of adjusting the investment and the profit of the constructor to the development of the locality, aiming to guarantee the constitucional right to housing and the balanced environment.

KEYWORDS: *Right to Housing. Statute of Cities. Municipality. Onerous Concession of the Right to Build.*

1 INTRODUÇÃO

O julgado escolhido para o presente estudo é o Recurso Extraordinário (RE) 387.047-5 de lavra do E. Ministro Eros Grau, do Supremo Tribunal Federal (STF), cujo julgamento, iniciado em 2006, foi concluído em 06 de março de 2008 e publicado em 02 de maio de 2008. No caso, ao analisar lei do Município de Florianópolis, a Corte Suprema reconheceu a constitucionalidade da outorga onerosa do direito de construir prevista naquela lei e que o referido instituto trata-se de um ônus e não de um tributo, como alegado pela construtora autora da ação.

Inicialmente, será analisado o direito à moradia à luz de dispositivos do direito internacional e da Constituição Brasileira. Em seguida, o Estatuto das Cidades, como instrumento de regulamentação do uso do espaço urbano e de acesso à moradia. Por fim, o instituto da outorga onerosa do direito de construir, também chamado, na doutrina e no julgado acima, de solo criado.

A moradia é um direito fundamental do ser humano, assegurado em dispositivos internacionais. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 25, usando o termo habitação, estabelece que todo ser humano e sua família têm direito a uma condição de vida digna que lhe proporcione saúde e bem-estar, incluído nesse sentido o direito à moradia.¹ Ainda no direito internacional, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, promulgado no Brasil através do decreto nº 591 de 1992, em seu artigo 11, item 1 reconhece que toda pessoa tem direito a um padrão de vida tal que inclua uma moradia adequada para si e sua família.²

A Carta Magna Brasileira de 1988 fez referência expressa ao direito à moradia em seu artigo 6º.³ Tal direito, em sua essência, está intrinsecamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, deve observar padrões mínimos que viabilizem uma vida saudável e consiste em pressuposto para uma existência digna. Trata-se na verdade de uma necessidade primária do homem que, atendida, deve proporcionar o pleno desenvolvimento do indivíduo, contribuindo assim para a melhoria da sua qualidade de vida e, conseqüentemente, para o bem-estar de toda a população.

O exercício desse direito pressupõe a existência de políticas voltadas para ordenamento do solo, seja no campo, através de reforma agrária e promoções de política agrícola, como dispõe o Estatuto da Terra⁴, seja na cidade, como será esclarecido mais a diante. Contudo, diversos obstáculos se opõem à implementação e satisfação desse direito, mormente a alegada escassez de recursos, as ilimitadas necessidades a serem atendidas e a falta

1 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Resolução nº 217-A da Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948.

2 BRASIL. Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. *Diário Oficial da União*, Brasília, 06 de jul. de 1992.

3 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

4 BRASIL. Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964. Dispõe sobre o Estatuto da Terra e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 de nov. de 1964.

de iniciativa e ineficácia do poder público. Tais barreiras materializam-se na degradante situação em que se encontram as camadas mais desprestigiadas da população brasileira.⁵

As cidades, em particular as cidades brasileiras, são marcadas por seu crescimento exponencial e sem planejamento, que acabam por expor cada vez mais suas populações a condições subumanas. O oposto de um progresso com desenvolvimento sustentável. Este pode ser traduzido como um modelo que alinha o crescimento econômico, a proteção ao meio ambiente e a justiça social, essa última, no presente contexto, entendida como o acesso a terra urbana.⁶

Nesse sentido, o princípio da função social da propriedade, previsto na Carta Maior em seus artigos 5º, XXII e XXIII e 170, II e III,⁷ é visto atualmente não apenas como um mero limitador do direito de propriedade, mas como um elemento de sua composição. Ao condicionar o direito de propriedade ao atendimento de sua função social, a Constituição está, na verdade, conformando-o, ou seja, dando-lhe o traçado, o contorno que fundamenta sua própria existência.

Desse modo, ao tratar da política urbana em seus artigos 182 e 183⁸, a Constituição estabeleceu a competência do poder público municipal para elaboração de políticas de desenvolvimento urbano, a princípio, um tanto quanto restritivas ao exercício do direito de propriedade, porém aptas a ordenar o pleno desenvolvimento das funções da cidade e o bem-estar de seus habitantes.

5 MELLO, Cleyson de Moraes; MOREIRA, Thiago. *Direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

6 SANTIN, Janaína Rigo; MARANGON, Elizete Gonçalves – *O Estatuto da Cidade e os instrumentos de política urbana para proteção do patrimônio histórico: outorga onerosa e transferência do direito de construir*. Scientific Electronic Library Online – SciELO.

7 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

8 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

Em 10 de julho de 2001, regulamentando os artigos acima, foi sancionada a lei nº 10.257 de 2001⁹, conhecida como Estatuto das Cidades, doravante chamada apenas de Estatuto, que representou um avanço em termos de urbanização, visto que o Direito Urbanístico deixou de ser um ramo do Direito Administrativo para ter uma normatização própria.

De acordo com os princípios elencados no art. 2º, II e III da referida lei *“a tarefa de planejar a cidade passa a ser uma função pública que deve ser compartilhada entre o Poder Público e a sociedade”*,¹⁰ o que representa um limite à discricionariedade estatal e propicia a abertura da participação popular nos processos decisórios, consagrando assim a gestão democrática da cidade.

Para dar efetividade a esses princípios, necessária a existência de ações planejadas e específicas nas diversas esferas federativas. Assim, o artigo 4º do Estatuto previu diversos instrumentos de política urbana, dentre eles o plano diretor, que consiste em uma verdadeira lei orgânica em termos de urbanismo. Seu objetivo é regular o uso do espaço urbano, sendo fundamental para o progresso e desenvolvimento das cidades. Além disso, o Estatuto previu diversos institutos jurídicos e políticos a serem aplicados pelo município. É nessa categoria que se insere a outorga onerosa do direito de construir, prevista no art. 4º, V, n, do Estatuto e objeto deste estudo.

Deve-se esclarecer que remonta à década de setenta a ideia de que o direito de propriedade é distinto do direito de edificar. Tal conceito, no Brasil, foi trabalhado em seminário que ficou conhecido como Carta de Embu.¹¹ Entende-se que o direito de edificar pertence à coletividade, uma vez que a construção desordenada e sem parâmetros acarreta transtornos

9 BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 10 de jul. de 2001.

10 SILVA, Franciny Beatriz Abreu de Figueiredo e. Os instrumentos de ordenação, controle ambiental e sustentabilidade das cidades: da outorga onerosa do direito de construir, das operações urbanas consorciadas e da transferência do direito de construir. *Revista da EMESC/ Escola Superior de Magistratura do Estado de Santa Catarina*, Florianópolis, v. 15, p. 51-54, jun. 2003.

11 O SOLO CRIADO – ANAIS DO SEMINÁRIO, 1976. São Sebastião, São Paulo e Embu das Artes, SP. Carta de Embu. São Paulo: Fundação Prefeito Faria Lima, 1977.

ao espaço urbano. Um exemplo: a construção, em determinada área, de um edifício de vários andares para moradia trará, certamente, um afluxo maior de pessoas para o local, o que acarretará uma quantidade maior de veículos, aumentará a demanda por água e energia, o sistema de coleta de esgoto precisará estar pronto para receber uma quantidade maior de dejetos, novas escolas serão necessárias, ampliação do comércio etc. Ou seja, é a comunidade quem suporta as consequências de um eventual projeto sem planejamento. Por essa razão, o direito de edificar, ou construir, pode ser “destacado” do direito de propriedade e objeto de regulamentação pelo poder público. Logo, é lícito à legislação estabelecer uma limitação ao seu exercício, sem que isso represente uma afronta ao direito de propriedade.

A Outorga Onerosa do Direito de Construir (OODC), é um dos institutos que propõe o uso equilibrado do espaço urbano. Estabelece o art. 28 do Estatuto que o plano diretor do município poderá fixar áreas nas quais o direito de construir pode ser exercido acima do coeficiente de aproveitamento (CA) básico, mediante contrapartida a ser prestada pelo proprietário. O instrumento é facultativo, e sua aplicação pode ser restrita a determinadas áreas do território municipal. Assim, fixado pelo plano diretor um limite para que o proprietário possa construir livremente sem imposição de contrapartida ao poder público, sobre o que fosse construído acima desse limite seria aplicada a OODC.

O CA básico é a relação entre a área edificável e a área do terreno e, em geral, os municípios brasileiros adotam como CA básico o índice 1,0, o que significa que é permitido construir uma área igual à área do imóvel. Esse índice também pode ser diferente para cada região do município. Dessa forma, em um terreno de 100m², é possível fazer uma edificação que ocupe 100m² de área construída. Acima disso, o proprietário deverá prestar a devida contrapartida à municipalidade.

O art. 30 do mesmo diploma prevê que lei municipal específica poderá instituir e regulamentar as condições a serem observadas para a concessão da OODC. Por fim, o art. 31 estabelece que os recursos auferidos com a adoção da medida serão aplicados nas finalidades previstas nos incisos I a IX do art. 26.

2 POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Inicialmente, destaca-se que a jurisprudência do STF, já na vigência da Constituição Federal de 1988, entendia que o direito de construir estava limitado às regras urbanísticas e aos institutos do direito administrativo. O julgado abaixo é anterior ao Estatuto.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. INDENIZAÇÃO.

I – Se a restrição ao direito de construir advinda da limitação administrativa causa aniquilamento da propriedade privada, resulta, em favor do proprietário, o direito à indenização. Todavia, o direito de edificar é relativo, dado que condicionado à função social da propriedade. Se as restrições decorrentes da limitação administrativa preexistiam à aquisição do terreno, assim, já do conhecimento dos adquirentes, não podem estes, com base em tais restrições, pedir indenização ao poder público. II – R.E. não conhecido. (STF – RE: 140436 SP, Relator: Min. CARLOS VELLOSO. Data do julgamento: 25/05/1999, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 06/08/1999)¹²

O acórdão abaixo, objeto deste trabalho, como citado acima, é o RE 387.047-5¹³. Nele, analisou-se a lei nº 3.338/89 do município de Florianópolis¹⁴. Cumpre lembrar que essa lei é anterior ao Estatuto, porém, por ocasião do julgamento em 2008, este já estava em vigor. Assim, a referida lei foi analisada sob a ótica da Constituição e do Estatuto sancionado em 2001.

12 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 140.436/SP. Relator: Carlos Velloso. *Diário da Justiça*, Brasília 06 ago. 1999.

13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 387.047/SC. Relator: Eros Graus. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília 02 maio. 2008.

14 FLORIANÓPOLIS. *Prefeitura Municipal*. Lei nº 3.338, de 28 de dezembro de 1989.

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LEI N. 3.338/89 DO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS/SC. SOLO CRIADO. NÃO CONFIGURAÇÃO COMO TRIBUTO. OUTORGA ONEROSA DO DIREITO DE CRIAR SOLO. DISTINÇÃO ENTRE ÔNUS, DEVER E OBRIGAÇÃO. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. ARTIGOS 182 E 170, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. SOLO CRIADO Solo criado é o solo artificialmente criado pelo homem [sobre ou sob o solo natural], resultado da construção praticada em volume superior ao permitido nos limites de um coeficiente único de aproveitamento. 2. OUTORGA ONEROSA DO DIREITO DE CRIAR SOLO. PRESTAÇÃO DE DAR CUJA SATISFAÇÃO AFASTA OBSTÁCULO AO EXERCÍCIO, POR QUEM A PRESTA, DE DETERMINADA FACULDADE. ATO NECESSÁRIO. ÔNUS. Não há, na hipótese, obrigação. Não se trata de tributo. Não se trata de imposto. Faculdade atribuível ao proprietário de imóvel, mercê da qual se lhe permite o exercício do direito de construir acima do coeficiente único de aproveitamento adotado em determinada área, desde que satisfeita prestação de dar que consubstancia ônus. Onde não há obrigação não pode haver tributo. Distinção entre ônus, dever e obrigação e entre ato devido e ato necessário. 3. ÔNUS DO PROPRIETÁRIO DE IMÓVEL URBANO. Instrumento próprio à política de desenvolvimento urbano, cuja execução incumbe ao Poder Público municipal, nos termos do disposto no artigo 182 da Constituição do Brasil. Instrumento voltado à correção de distorções que o crescimento urbano desordenado acarreta, à promoção do pleno desenvolvimento das funções da cidade e a dar concreção ao princípio da função social da propriedade [art. 170, III da CB]. 4. Recurso extraordinário conhecido, mas não provido. (RE 387047, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 06/03/2008, DJe-078 DIVULG 30-04-2008 PUBLIC 02-05-2008).

Antes mesmo da OODC ser normatizada por lei federal, o aludido município, no intuito de regular o uso do espaço urbano, estabeleceu em sua lei o pagamento de parcela referente à construção feita acima do CA básico, denominando-a solo criado. Diz o art. 9º da referida lei, transcrito até o parágrafo terceiro:

DO SOLO CRIADO

Art. 9º - Considera-se adequada a infraestrutura urbana e comunitária existente à data desta Lei, ou prevista pela Lei de parcelamento do solo, somente até o índice de aproveitamento igual ou inferior a 1,0 (um).

§ 1º - As edificações, utilizando Índice de Aproveitamento superior a 1,0 (um), serão autorizadas mediante remuneração ao Município, incidente sobre a área excedente construída, calculada sobre o CUB médio – índice divulgado mensalmente pelo SINDUSCON – Sindicato da Construção Civil de Florianópolis ou índice sucedâneo nas seguintes proporcionalidades:

ÍNDICE DE APROVEITAMENTO (I.A)	TAXA DE REMUNERAÇÃO (%)
Acima de 1,0 até 2,00	1
Acima de 2,0 até 3,00	2
Acima de 3,0 até 4,00	3
Acima de 4,00	4

§ 2º - O Município recusará a edificação com índice de aproveitamento superior a 1,0 (um), ou obrigará a transferência do índice excedente, em área onde a infraestrutura urbana e comunitária estiver sobrecarregada, a critério da Secretaria de Urbanismo e Serviços Públicos, ouvidos os Órgãos Estaduais competentes.

§ 3º - Os recursos da aplicação deste artigo passarão para o Fundo Municipal de Integração Social, com prioridades es-

tabelecidas no Orçamento Municipal aprovadas pela Câmara Municipal e administrado pelo Fundo, mediante aprovação dos planos de aplicação pelo Conselho do Fundo municipal de Integração Social. (NR**)

A construtora, autora da ação, alegou que haveria no caso criação de tributo não previsto em lei, ou seja, no Código Tributário Nacional (CTN), e que a competência para sua instituição seria da União, e não do Município.

O acórdão considerou primeiramente que a noção de solo criado foi desenvolvida a partir da possibilidade de criação artificial de área horizontal, sobre ou sob o solo natural, quando se eleva pelo espaço aéreo correspondente ou quando se interioriza pelo subsolo. Tudo que possa artificialmente ser erigido pelo homem. Concluiu ainda que a base jurídica para sua instituição é a fixação do CA básico, uma vez que sem ele o proprietário poderia construir livremente sem nenhuma contrapartida. Por fim, reputou que se cuida de uma faculdade atribuível ao proprietário do imóvel, um ônus e não um tributo.

Por unanimidade dos ministros presentes, negou-se provimento ao recurso extraordinário e reconheceu-se a constitucionalidade da lei catarinense e do instituto da OODC, bem como sua natureza de ônus do proprietário. O julgado entendeu ainda que a lei dotou a administração municipal de mecanismo eficaz no controle da expansão urbana de forma a inibir e até minimizar o caos já instalado nas cidades brasileiras. O mesmo entendimento foi aplicado posteriormente em julgado semelhante cuja ação, movida por outra empresa, questionava a mesma lei catarinense.

“Tributário. Parcela do solo criado: Lei municipal nº 3.338/89. Natureza jurídica. 1. Não é tributo a chamada parcela do solo criado que representa remuneração ao Município pela utilização de área além do limite da área de edificação. Trata-se de forma de compensação financeira pelo ônus causado em decorrência da sobrecarga da aglomeração urbana. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento” (RE 226.942-

7, Rel. Min. Menezes Direito, STF, Primeira Turma, DJe 15.5.2009).¹⁵

Da mesma forma, o E. Superior Tribunal de Justiça (STJ) seguiu o entendimento do STF, de que não se trata de tributo e, abordando a questão do prazo, entendeu que se o débito referente à OODC não deriva de obrigação tributária ou de direito privado, possuindo antes natureza administrativa pública, seria aplicável ao caso o prazo prescricional quinquenal do decreto nº 20.910/32, que regula a prescrição da dívida ativa administrativa de natureza não tributária.

RECURSO ESPECIAL - STJ - Nº 1.273.010 - RS (2011/0199620-8) RELATOR: MINISTRO BENEDITO GONÇALVES

EMENTA. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. ÍNDICE DE CONSTRUÇÃO (SOLO CRIADO). DÍVIDA NÃO TRIBUTÁRIA. PRESCRIÇÃO. DECRETO 20.910/32. 1. A dívida decorrente de aquisição de índice de construção junto ao Poder Público municipal não é de natureza tributária. Precedente: STF, RE 387.047/SC, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJe 20/4/2008. 2. O prazo prescricional para a cobrança de dívida ativa não tributária é quinquenal. Aplicação, por isonomia, do art. 1º do Decreto 20.910/32. Precedentes: AgRg no AREsp 169.252/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 14/06/2012; AgRg no AREsp 155.680/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 15/06/2012; REsp 1.312.506/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 03/05/2012; REsp 1197850/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma,

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 226.942/SC. Relator: Menezes Direito. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília 15 maio. 2009.

DJe 10/09/2010; AgRg no Ag 968.631/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 19/02/2009, DJe 04/03/2009. 3. Recurso especial provido. Publicação DJe 17/09/2012.¹⁶

Seguindo tais entendimentos, as cortes estaduais de São Paulo e Rio de Janeiro, respectivamente, abordam a questão não tributária e urbanística da OODC.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 4ª Câmara de Direito Público. Apelação: 1003307-38.2015.8.26.0577. Relator: LUIS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL.

(...) Ademais, a outorga onerosa do direito de construir caracteriza-se como um instrumento de política urbana tendente à regularização da construção, o que não fica afastado pelos argumentos de não observância ao coeficiente de aproveitamento ou do zoneamento municipal.

Desse modo, não se verifica qualquer obrigação tributária na hipótese.

Tributo é a prestação pecuniária compulsória que não pode constituir sanção de ato ilícito. É obrigatório e dele não pode se escapar por via oblíqua. Ensina Paulo de Barros Carvalho¹ que “concretizado o fato previsto na norma jurídica, nasce, automática e infalivelmente, o elo mediante o qual alguém ficará adstrito ao comportamento obrigatório de uma prestação pecuniária”.

E, no presente caso, para a não submissão aos valores cobrados, bastava que a apelante realizasse a construção nos exatos termos do projeto aprovado. Alternativamente, pode também adequar a construção àquilo que constava do projeto.

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.273.010/RS. Relator: Benedito Gonçalves. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília 17 set. 2012.

Assim, se tivesse a alegada natureza tributária, a apelante não poderia escapar de seus efeitos por via alternativa. (...) São Paulo, 20 de março de 2017.¹⁷

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DÉCIMA NONA CÂMARA CÍVEL

RELATOR: DES. MARCOS ALCINO DE AZEVEDO TORRES

APELAÇÃO 0045652-20.2009.8.19.0002

APTE: MINISTÉRIO PÚBLICO

APDO: (1) MUNICÍPIO DE NITERÓI (2) PLACON PLANEJAMENTO, CONSTRUÇÃO E INCORPORAÇÃO LTDA.

(...) 3. Não há, em princípio, vedação que impeça ao Administrador local flexibilizar as normas relativas aos índices e gabaritos de construção, mediante contrapartida pecuniária do interessado. O mesmo legislador que poderia alterar, com lastro no princípio da função social da cidade, as regras de padrão construtivo do município, seguramente pode relativizá-las, “precificando”, por assim dizer, a exceção das regras gerais de posturas, desde que com a finalidade de resguardar os mesmos interesses difusos que aquelas regras visavam a defender.

As outrora chamadas “operações interligadas”, adotadas pelo Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) com a melhor denominação de “outorga onerosa do direito de construir” (arts. 28 a 31), constituem instrumento válido e legítimo, em tese, de uso do poder político do legislador e do administrador, que ameniza os malefícios do saturamento urbano decorrente da utilização de padrões constitutivos além de determinado coe-

17 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação 1003307-38. 2015.8.26.0577*. Relator: Luis Fernando Camargo de Barros Vidal. São Paulo, 20 mar. 2017.

ficiente com o engrossamento das receitas destinadas a investimentos de urbanização, saneamento, infraestrutura pública, habitação e defesa do meio ambiente. (...) Rio de Janeiro, 21 de agosto de 2012.¹⁸

Os julgados acima demonstram que o Poder Judiciário reconhece o instituto da OODC como ferramenta de política urbana e planejamento das cidades, assim como reafirma sua natureza não tributária.

3 POSIÇÃO DA DOUTRINA

Com relação à natureza jurídica do instituto, a doutrina possui duas correntes. Luiz Henrique Antunes Alochio considera a OODC como um tributo. Para o autor, trata-se de uma obrigação, de um dever jurídico, ou seja, quando não ocorre a contrapartida, configura-se um ilícito passível de sanção jurídica. Assim, caso queira construir acima do limite do CA básico, deverá o proprietário adquirir do ente público a concordância e arcar com a devida contrapartida; caso construa sem a aquisição do potencial construtivo, deverá também, de forma punitiva, arcar com o custo a ser fixado. Entende o autor que o cerne da questão está na palavra “deverá”, pois o construtor pratica um ato devido. Sendo um dever, constitui uma obrigação decorrente de imposição legal, e assim estar-se-ia diante de um tributo.¹⁹

Na mesma linha, José dos Santos Carvalho Filho entende tratar-se de tributo, especificamente de taxa, em virtude do exercício do poder de polícia, pois o poder público impõe ao particular um limite a ser construído e cobra o pagamento pela construção feita acima desse limite.²⁰ O saudoso Hely Lopes Meirelles, sem mencionar a questão tributária, entendia que a

18 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Apelação 0045652-20.2009.8.19.0002*. Relator: Marcos Alcino de Azevedo Torres. Rio de Janeiro, 21 ago. 2012.

19 ALOCHIO, Luis Henrique Antunes. *Do solo criado (outorga onerosa do direito de construir)*: instrumento de tributação para a ordenação do ambiente urbano. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

20 FILHO, José dos Santos Carvalho. *Comentários ao Estatuto das Cidades – 5. ed. rev., ampl. e atual.* São Paulo: Editora Atlas, 2013.

outorga onerosa possui natureza de limitação urbanística, sendo uma espécie do gênero limitação administrativa, o que também se enquadraria no exercício do poder de polícia.²¹

A segunda corrente, acertadamente, acompanha o entendimento do Ministro Eros Grau, no sentido de tratar-se de um ônus, não de um tributo. Este consiste numa relação jurídica, uma prestação de caráter obrigacional prevista em lei e não decorrente de ato ilícito, conforme o art. 3º do CTN.²² Inexistindo obrigação, não pode haver tributo. Diferentemente, o ônus consiste numa faculdade, num ato necessário para realização de um interesse próprio, e não de num ato devido. É um vínculo imposto à vontade do sujeito como condição para alcançar determinado fim, no caso, auferir uma vantagem. Não o fazendo, não sofrerá nenhuma sanção; apenas deixará de obter um proveito, qual seja, construir além do índice básico e assim ampliar seus lucros naquela construção. Adilson de Abreu Dallari, ao comentar o assunto, disse que: “Ônus é um encargo que alguém deve suportar como condição para obter algo de seu interesse, em seu próprio benefício.”²³

Com relação à sua finalidade, o legislador idealizou a OODC como instrumento de política pública, ordenação do solo urbano e ainda de arrecadação, para que os recursos auferidos sejam aplicados nos objetivos previstos no Estatuto, como diz Celso Antônio Pacheco Fiorillo:

“Instrumento importante de adequação do meio ambiente artificial às necessidades do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, a outorga onerosa do direito de construir, bem como a permissão do uso do solo, (...), possibilitam ao Poder Municipal arrecadar quantia em dinheiro, visando dar

21 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de Construir*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

22 BRASIL. Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Diário oficial da União, Brasília, 25 de out. de 1966.

23 DALLARI, Adilson Abreu; DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Direito Urbanístico e Ambiental*. 2. ed. rev. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

efetividade aos diferentes objetivos descritos nos incisos I a VIII do art. 26 da lei (...). Trata-se, portanto, de importante mecanismo em que a ordem econômica capitalista ‘financia’ o adequado ordenamento da cidade em proveito da dignidade da pessoa humana, cumprindo, concretamente, os princípios fundamentais de nossa Constituição Federal (...).”²⁴

O instituto trouxe a possibilidade de um novo olhar sobre o direito de propriedade. O conceito patrimonialista de propriedade dá lugar à necessidade do efetivo cumprimento da função social desta.

“Assim, através da outorga onerosa do direito de construir, prevê-se de forma inovadora a desvinculação da propriedade de um de seus atributos, o direito de construir. (...) A propriedade urbana, antes privatista, é hoje eminentemente voltada para o interesse social, devendo respeitar os ordenamentos administrativos, as leis ambientais, o plano diretor, além do direito de vizinhança.”²⁵

Na mesma perspectiva, a obra de Regis Fernandes de Oliveira:

“A possibilidade do adensamento urbano não é, necessariamente, inconveniente, sendo de se ponderar o que é mais conveniente e útil à comunidade. Diante da função social da propriedade e dos interesses comuns que coincidem, não havia como solidificar conceitos que vinham em detrimento da sociedade. Logo, surgiu a possibilidade de quebrar os condicionamentos legais, uma vez havendo compensação necessária à coletividade, o eu permitiria o reequilíbrio urbano.”²⁶

24 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Estatuto da Cidade Comentado: Lei 10.257/01 – Lei do Meio Ambiente Artificial*. 2. ed. rev., atual. e ampli. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

25 SILVA, Franciny Beatriz Abreu de Figueiredo e. Os instrumentos de ordenação, controle ambiental e sustentabilidade das cidades: da outorga onerosa do direito de construir, das operações urbanas consorciadas e da transferência do direito de construir. *Revista da EMESC/ Escola Superior de Magistratura do Estado de Santa Catarina*, Florianópolis, v. 15, p. 51-54, jun. 2003.

26 OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Comentários ao Estatuto das Cidades*. 2. ed. rev., atual. e ampli. São Paulo:

Divergências à parte quanto à natureza jurídica e, embora considerando que a melhor posição é ver a OODC como um ônus, certo é que a doutrina e a jurisprudência, de maneira uniforme, admitem a importância do instrumento para a adequação das cidades a um modelo sustentável de desenvolvimento.

4 CONCLUSÃO

Em que pese sua previsão legal e inúmeros elogios tecidos pela jurisprudência e pela doutrina, a verdade é que a maior parte dos municípios brasileiros não possui previsão legal para a OODC, e os que possuem não conseguem implementá-la. Como exemplo, tem-se um caso concreto recentemente ocorrido na cidade São Paulo e noticiado na imprensa em 04 de junho deste ano.²⁷

Na Vila Leopoldina, zona oeste da cidade, um bairro originalmente industrial, foi instalada em 1969 a Ceagesp, a central de abastecimento da cidade. Decorrente disso, acelerou-se a ocupação residencial e também surgiram duas favelas no bairro. Nos anos 2000, empreendimentos de alta renda passaram também a ocupar parte dos antigos terrenos industriais. Um plano inovador de intervenção urbana para a região, aprovado em 2016, fundamentado no plano diretor da cidade, previa revitalizar uma área de 300.000m², construindo moradias populares para as 700 famílias das duas favelas e revitalizar um conjunto habitacional onde vivem 400 famílias. A construtora arcaria com esses custos e, em contrapartida, poderia aumentar seu potencial construtivo em determinado terreno da área já valorizada, um exemplo claro de aplicação do instituto da OODC, termo expressamente usado na reportagem. Porém apenas 250 famílias seriam alocadas na área do plano de intervenção. A maioria das moradias seria construída em um terreno da secretaria de transportes, a um quilometro de distância e

Editora Revista dos Tribunais, 2005.

27 MORADORES de condomínios de alto padrão da Vila Leopoldina pressionam prefeitura contra moradias populares no bairro. *G1*. São Paulo, 04 jun. 2018. São Paulo e Região.

próximo aos condomínios de alta renda. Evidentemente, houve resistência desses moradores. Em audiência pública, realizada em 22 de maio de 2018, das 20 pessoas que se pronunciaram apenas 4 eram das comunidades. Em março de 2018, segundo a reportagem, o ex-prefeito desistiu do projeto de moradia popular para o terreno e prometeu um polo tecnológico no lugar.

O caso acima comprova que o poder público não priorizou a chance de fazer valer o instrumento da OODC como forma de melhorar a organização da cidade e dar oportunidade de acesso a uma moradia digna aos que dela necessitavam. A execução de projetos habitacionais de interesse social é justamente uma das medidas previstas no Estatuto, e apesar das circunstâncias favoráveis, uma parcela dos moradores daquele bairro foi privada de obter um imóvel em condições superiores de moradia em virtude dos interesses de determinado grupo.

O mecanismo da OODC é importante para regular o uso do espaço urbano e, embora sua função precípua não seja arrecadatória, os recursos são, por imposição legal, destinados à melhoria da cidade. A ideia é que é possível adequar o investimento e o lucro do proprietário/construtor ao desenvolvimento local e assim, proporcionar à população a oportunidade de uma moradia digna, seja através de projetos habitacionais ou com a melhoria dos equipamentos urbanos, ou ainda com a criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes, tudo como previsto no art. 26 do Estatuto.

O acórdão da Suprema Corte, ao não considerar a OODC tributo e declará-la constitucional, acertadamente seguiu a linha de raciocínio do constituinte e do legislador ordinário ao elaborar o Estatuto. Nesse sentido, é importante observar que, caso fosse considerada inconstitucional, a OODC não poderia ser aplicada até sua regulamentação como tributo, o que faria dela não um instrumento de política urbana, mas letra morta da lei.

Todos os habitantes das cidades têm direito a desfrutar dos bens e serviços existentes. Questões como moradia, lazer, circulação e acessibilidade, entre outras, não podem ser privilégios de poucos, ao contrário, tais demandas são um direito de todos. Nessa perspectiva, é imprescindível agir para erradicar a pobreza e a marginalização, bem como reduzir as desigual-

dades sociais e regionais do país, como previsto no art. 3º, III, da CF²⁸, o que começa quando a lei e o poder público proporcionam aos seus cidadãos efetivas condições de se obter uma moradia digna.

REFERÊNCIAS

ALOCHIO, Luis Henrique Antunes. **Do solo criado (outorga onerosa do direito de construir)**: instrumento de tributação para a ordenação do ambiente urbano. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br, acesso em: 07 ago. 2018.

BRASIL. Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. **Diário Oficial da União**, Brasília, 06 de jul. de 1992. Disponível em: www.planalto.gov.br, acesso em: 07 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964. Dispõe sobre o Estatuto da Terra e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 30 de nov. de 1964. Disponível em: www.planalto.gov.br, acesso em: 11 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, aos Estados e Municípios. **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 de out. de 1966. Disponível em: www.planalto.gov.br, acesso em: 19 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 de jul de 2001. Disponível em: www.planalto.gov.br, acesso em: 11 ago. 2018.

28 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.273.010/RS. Relator: Benedito Gonçalves. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília 17 set. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201101996208&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>, acesso em: 30 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 140.436/SP. Relator: Carlos Velloso. **Diário da Justiça**, Brasília 06 ago. 1999. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=208301>, acesso em: 18 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 226.942/SC. Relator: Menezes Direito. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília 15 maio. 2009. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28226942%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yd89pvc9>, acesso em: 30 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 387.047/SC. Relator: Eros Graus. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília 02 maio. 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=524433>, acesso em: 18 ago. 2018.

DALLARI, Adilson Abreu; DI SARNO, Daniela Campos Libório. **Direito Urbanístico e Ambiental**. 2. ed. rev. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Resolução nº 217-A da Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris**. 10 dez. 1948. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/508144/000992124.pdf?sequence>, acesso em: 31 jul. 2018.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Comentários ao Estatuto das Cidades**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Estatuto da Cidade Comentado: Lei 10.257/01 – Lei do Meio Ambiente Artificial**. 2. ed. rev, atual. e ampli. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FLORIANÓPOLIS. Prefeitura Municipal. Lei nº 3.338, de 28 de dezembro de 1989.

Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a1/sc/f/florianopolis/lei-ordinaria/1989/334/3338/lei-ordinaria-n-3338-1989-dispoe-sobre-a-atualizacao-e-alteracao-da-legislacao-urbana-do-municipio-de-florianopolis-e-da-outras-providencias?q=3338>, acesso em: 18 ago. 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MELLO, Cleyson de Moraes; MOREIRA, Thiago. **Direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

MORADORES de condomínios de alto padrão da Vila Leopoldina pressionam prefeitura contra moradias populares no bairro. **G1**. São Paulo, 04 jun. 2018. São Paulo e Região. Disponível em: https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/moradores-de-condominios-de-alto-padrao-da-vila-leopoldina-pressionam-prefeitura-contramoradias-populares-no-bairro.ghtml?utm_source=facebook&utm_medium=share-bar-smart&utm_campaign=share-bar, acesso em: 01 set. 2018.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Comentários ao Estatuto das Cidades**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

O SOLO CRIADO – ANAIS DO SEMINÁRIO, 1976. São Sebastião, São Paulo e Embu das Artes, SP. **Carta de Embu**. São Paulo: Fundação Prefeito Faria Lima, 1977. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1894685/mod_resource/content/0/08%20Carta%20do%20Embu.pdf, acesso em: 12 ago. 2018.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação 0045652-20.2009.8.19.0002**. Relator: Marcos Alcino de Azevedo Torres. Rio de Janeiro, 21 ago. 2012. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201200120494>, acesso em: 30 ago. 2018.

SANTIN, Janaína Rigo; MARANGON, Elizete Gonçalves. **O Estatuto da Cidade e os instrumentos de política urbana para proteção do patrimônio histórico**: outorga onerosa e transferência do direito de construir. Scientific Electronic Library Online – SciELO. Portal de Periódicos CAPES. Acesso em: 29 jul. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação 1003307-38.2015.8.26.0577**. Relator: Luis Fernando Camargo de Barros Vidal. São Paulo, 20 mar. 2017. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do;jsessionid=F79D389164D3D8699FC4C017B29C9BDC.cposg7?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=1003307-38.2015&foroNumeroUnificado=0577&dePesquisaNuUnificado=1003307-38.2015.8.26.0577&dePesquisa=&uuidCaptcha=#?cdDocumento=60>, acesso em: 30 ago. 2018.

SILVA, Franciny Beatriz Abreu de Figueiredo e. Os instrumentos de ordenação, controle ambiental e sustentabilidade das cidades: da outorga onerosa do direito de construir, das operações urbanas consorciadas e da transferência do direito de construir. **Revista da EMESC/ Escola Superior de Magistratura do Estado de Santa Catarina**, Florianópolis, v. 15, p. 51-54, jun. 2003.