

Fabiana Leonardi Campanella

DA CAPTURA DA MAIS-VALIA FUNDIÁRIA URBANA POR MEIO DA  
OUTORGA ONEROSA DO DIREITO DE CONSTRUIR

Artigo científico desenvolvido como exigência parcial para aprovação na disciplina Direitos Fundamentais e Responsabilidade Ambiental, no Curso de Mestrado em Direito, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC – SP, orientado pela Professora Doutora Consuelo Yaisuda Moromizato Yoshida.

São Paulo

2016



## SUMÁRIO

- I- INTRODUÇÃO À CAPTURA DA MAIS-VALIA FUNDIÁRIA URBANA E A OUTORGA ONEROSA DO DIREITO DE CONSTRUIR
- II - DIREITO DIFUSO À CIDADE
- III - CAPTURA DA MAIS-VALIA FUNDIÁRIA URBANA
- IV - OUTORGA ONEROSA DO DIREITO DE CONSTRUIR
- V - FISCALIZAÇÃO QUANTO À DESTINAÇÃO DAS CONTRAPARTIDAS OBTIDAS POR MEIO DA OODC
- VI - CONCLUSÃO



## DA CAPTURA DA MAIS-VALIA-FUNDIÁRIA URBANA POR MEIO DA OUTORGA ONEROSA DO DIREITO DE CONSTRUIR

### I- INTRODUÇÃO À CAPTURA DA MAIS-VALIA FUNDIÁRIA URBANA E A OUTORGA ONEROSA DO DIREITO DE CONSTRUIR

O presente estudo tem por finalidade analisar o direito difuso à cidade, utilizar os incrementos do valor da terra urbana provocados por intervenções do Poder Público e não pelo titular da propriedade, para permitir às administrações municipais o aprimoramento no desempenho de gestão do uso e para financiar infraestrutura urbana e provisão de serviços, proporcionando melhor qualidade de vida para os habitantes.

Dentre as diversas mais-valias fundiárias a serem observadas, destaca-se o instrumento da outorga onerosa do direito de construir (OODC). Buscando não só a valorização do uso e ocupação do solo urbano, mas também uma qualidade de vida saudável dentro do meio ambiente urbano, OODC trata da possibilidade de se construir acima do coeficiente básico de aproveitamento da propriedade até o limite máximo fixado com base na infraestrutura local e na densidade populacional, atribuindo ao beneficiário o ônus de ofertar contrapartida, que será revertida aos próprios habitantes.

Busca-se questionar como entidades e órgãos públicos podem fiscalizar as relações entre o Poder Público e os particulares, no que diz respeito às diversas formas de valorização da propriedade urbana, sem que o titular tenha contribuído, evitando-se, portanto, enriquecimento sem causa e de que maneira pode-se reverter a valorização para toda coletividade. Ao Poder Público cabe, através da OODC, incentivar o uso e ocupação do solo e, ao receber contrapartida, destinar em prol da população, titular do direito difuso à cidade.

Será através desses questionamentos que este estudo almeja contribuir de forma efetiva para uma melhor organização das cidades, melhorar a dignidade de moradia, circulação, trabalho e lazer de todos os que circulam pelas áreas urbanas.

## II- DIREITO DIFUSO À CIDADE

A cidade é um dos complexos sistemas que compõem o meio ambiente global<sup>1</sup>, consistente em conjunto de condições, leis, influencias e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas (artigo 3º, I, da Lei 6938/81).

Possui a natureza de bem difuso, jurídico, unitário, imaterial, indivisível e insuscetível de apropriação, com características constitucionais de bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida (artigo 225, caput, da CF).<sup>2</sup>

Considerada como um bem ambiental em síntese<sup>3</sup>, reúne diversos aspectos de meio ambiente, tais como natural, artificial, cultural, artificial e laboral, não se restringindo à apenas ao meio ambiente artificial, que se refere às construções. Na cidade há diversos aspectos interligados que compõem o equilíbrio ambiental, tais como flora, fauna, água, ar atmosférico, solo, o meio ambiente artificial (assentamentos e loteamentos), meio ambiente cultural (conservação e restauração do patrimônio histórico, artístico, paisagístico e arqueológico) e meio ambiente laboral (referente à saúde no trabalho).

Sob a perspectiva de que a cidade é um bem difuso, começa-se a entender que a cidade não é apenas o que nela é construído, mas também as pessoas e seu habitat. Preocupando-se com as pessoas que nela moram, circulam e trabalham, volta-se o olhar para a moradia, segurança, saúde, transporte, desenvolvimento sustentável, participação nas decisões públicas.

Desenvolvimento sustentável significa o desenvolvimento que satisfaz as necessidades atuais sem comprometer a capacidade das gerações futuras

---

<sup>1</sup> YOSHIDA, Consuelo Y. M. Sustentabilidade urbano-ambiental: os conflitos sociais, as questões urbanístico-ambientais e os desafios à qualidade de vida nas cidades. In: MARQUES, José Roberto (Coord.). Homenagem aos jusambientalistas Gilberto Passos de Freitas e Vladimir Passos de Freitas. **Sustentabilidade e temas fundamentais de direito ambiental**. Campinas: Millennium, 2009, p. 74.

<sup>2</sup> YOSHIDA, Consuelo Y. M. Op. cit. p.75.

<sup>3</sup> YOSHIDA, Consuelo Y. M. Op. cit. p. 75-77.



para satisfazerem as suas próprias necessidades<sup>4</sup>. Busca-se conciliar a atividade econômica com a proteção ambiental, de modo que o desenvolvimento necessário ocorra sem poluição ou com a menor degradação possível.

O desenvolvimento sustentável, voltado ao direito difuso à cidade, desmembra-se em diversas concepções, tais como, sustentabilidade ecológica, referente a problemas de depredação, contaminação e poluição; e sustentabilidade social, destinada a problemas sociais ligados à pobreza, desemprego e fome.<sup>5</sup>

Assim como o estudo do meio ambiente natural tem como princípio o desenvolvimento sustentável, o direito difuso à cidade também se preocupa com o desenvolvimento sustentável, na medida em que busca melhorar a qualidade de vida de seus habitantes.

O desenvolvimento sustentável nas cidades é mencionado na Lei de Política Nacional de Educação Ambiental (lei nº 9795/99), em seu artigo 5º, V, quando utiliza a expressão *sociedade ambientalmente equilibrada* no sentido de sociedade urbana sustentável.<sup>6</sup>

A *sociedade urbana ambientalmente equilibrada* contempla os fundamentos e objetivos do Estado Brasileiro, buscando concretizar a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CF); a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, da CF); e a incorporação da política urbana, com seus objetivos e diretrizes, advindos dos Planos Diretores e Estatuto da Cidade.<sup>7</sup>

A política urbana, prevista na Constituição Federal, nos artigos 182 e 183, e no estatuto da cidade, artigo 2º, caput, da Lei nº 10.257/2001, visa ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, visando garantir o bem-estar de seus habitantes.

---

<sup>4</sup> YOSHIDA, Consuelo Y. M. Op. cit. p.80

<sup>5</sup> YOSHIDA, Consuelo Y. M. Op. cit. p.81

<sup>6</sup> YOSHIDA, Consuelo Y. M. Op. cit. p.83

<sup>7</sup> YOSHIDA, Consuelo Y. M. Op. cit. p.84



A política urbana, atendendo à função social da cidade e à propriedade urbana, estabelece diretrizes, dentre elas o desenvolvimento sustentável da cidade, compreendido como direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.

### III- CAPTURA DA MAIS-VALIA FUNDIÁRIA URBANA

Preocupando-se em atender a todos esses fatores acima mencionados, essenciais para melhorar a qualidade de vida dos habitantes, aliado ao processo de urbanização da cidade de forma acelerada e desorganizada, que provoca desrespeito às normas de uso e ocupação do solo e desigualdades sociais, passou-se a perceber irregularidades no processo de distribuição de infraestrutura, na gestão do solo e no exercício do direito de propriedade, que necessitavam de intervenções públicas, além de ter despertado interesse nos particulares, proprietários de terras.

Quando os recursos fiscais e humanos são relativamente escassos, há áreas que comportam maiores densidades e há provisão de infraestrutura urbana e serviços, há aumentos significativos no valor da terra. Esses vínculos entre serviços e preços abrem um amplo espaço a práticas, tais como, a especulação fundiária ativa, o clientelismo e outros tipos de influência (inclusive corrupção) entre os interesses públicos e privados. É por esta razão que a propriedade da terra é um tema tão importante na agenda de políticas de terra urbana e é por isso também que a alocação espacial do investimento público é tão vulnerável a abusos e ao favoritismo por parte de grupos de interesse socialmente bem posicionados.<sup>8</sup>

Essas razões explicam por que se pode atualmente afirmar ser inviável conceituar o direito de propriedade como sendo absoluto e exclusivo de seu proprietário. A falta de destinação da terra urbana e a não observância do plano diretor do município não atendem à função social da propriedade. Além disso, o uso e ocupação de forma desordenada provocam impactos na

---

<sup>8</sup> O. SMOLKA, Martim. **Recuperação de Mais-Valias Fundiárias na América Latina: Políticas e Instrumentos para o Desenvolvimento Urbano**. Disponível em: [www.lincolnst.edu](http://www.lincolnst.edu) ou [www.capacidades.gov.br](http://www.capacidades.gov.br). Acesso em 16/09/2016. p.4 e 5.



infraestrutura e comunidade local. É de interesse de todos o que será feito em cada território particular.

É de responsabilidade da Administração Pública o processo de urbanização. Cabe ao Poder Público buscar meios de uso e ocupação do solo, que valorizam a propriedade e ao mesmo tempo proporcionam melhores condições de vida para população.

A provisão municipal de investimentos em infraestrutura e serviços urbanos cria condições, que provocam alteração do uso do solo, tais como, a conversão de uso do solo rural para urbano; maiores densidades, taxas de ocupação ou edificabilidade; e regulamentos de zoneamento, o que constitui importantes fontes de benefícios extraordinários para os proprietários de terras bem situadas. A permissão de maiores densidades – maiores índices ou coeficientes de aproveitamento do terreno (CAs) – ou a mudança do zoneamento de uso residencial para comercial geram também grandes incrementos de valor, apesar de estes últimos serem geralmente mais baixos (em termos relativos) que as conversões de uso do solo rural para urbano, pois nestas o valor original da terra é baixo.<sup>9</sup>

Todos esses incrementos provocam valorização na propriedade, sem que o titular tenha investido, construído ou atuado de forma ativa, eficaz ou determinante. Dessa forma, sustenta-se a necessidade de todos os incrementos de mais-valia serem repartidos em prol da comunidade, sob pena de enriquecimento do proprietário sem que tenha dado causa.

A recuperação de mais-valias fundiárias refere-se ao retorno à comunidade dos incrementos de valor da terra decorrentes de ações alheias aos investimentos diretos dos proprietários. Apesar de que todos esses incrementos, conceitualmente, sejam essencialmente ganhos indevidos, as políticas de recuperação de mais-valias fundiárias se concentram principalmente sobre o incremento de valor gerado por investimentos públicos, bem como por atuações públicas administrativas, tais como a concessão de licenças para alterações de usos do solo e para desenvolvimentos imobiliários, inclusive para o aumento de densidades. O objetivo é utilizar os incrementos do valor da terra provocados por intervenções do poder público

---

<sup>9</sup> O. SMOLKA, Martim. Op. cit. p.6



para permitir às administrações municipais o aprimoramento no desempenho da gestão do uso do solo e para financiar a infraestrutura urbana e a provisão de serviços.<sup>10</sup>

O fundamento é que os benefícios outorgados aos proprietários da terra pelo poder público devem ser compartilhados de forma justa entre todos os usuários da terra. Além disso, deve prevalecer o princípio de que nenhum cidadão deve acumular riqueza que não resulte de seu próprio esforço, conhecido como “enriquecimento sem justa causa”.<sup>11</sup>

As mais-valias são as alterações de valor da terra que resultam de ações governamentais diretas ou de esforços da comunidade. Nesse sentido, entende-se a recuperação de mais-valias fundiárias como sendo o processo através do qual parte dos incrementos do valor da terra atribuídos a ações do governo ou ao esforço da comunidade são mobilizados, seja através da conversão desses incrementos em receitas públicas através da cobrança de impostos, taxas, contribuição de melhoria e outros meios fiscais, ou mediante a provisão de melhorias locais de forma a beneficiar a comunidade. A referência aos incrementos de valor e não aos preços da terra indica que o incremento ou a valorização costumam ser avaliados segundo valores estimados e não necessariamente de acordo com preços realizados no mercado. Em alguns casos, como o dos CEPACs no Brasil, o incremento do valor da terra é evidenciado em transações de mercado, através de leilões públicos.<sup>12</sup>

A definição operacional da recuperação de mais-valias fundiárias engloba três componentes. Primeiro, ela se refere exclusivamente aos incrementos do valor da terra. Assim, ao calcular a valorização da propriedade, os ganhos de produtividade ou as alterações de valor associados às edificações propriamente ditas não devem ser considerados ou recuperados. Em segundo lugar, os diferentes sistemas legais podem interpretar de variadas formas as relações entre o esforço comunitário e os incrementos de valor da terra, sem qualquer intervenção pública explícita, sob a forma de um investimento financeiro ou uma ação administrativa, aplicados aos usos do solo. Os projetos de reajuste de terrenos, por exemplo, podem ser promovidos por entidades que não sejam públicas, sendo os incrementos de valor da terra compartilhados entre os participantes, de acordo com critérios previamente

---

<sup>10</sup> O. SMOLKA, Martim. Op. cit. P.8.

<sup>11</sup> O. SMOLKA, Martim. Op. cit. p.8.

<sup>12</sup> O. SMOLKA, Martim. Op. cit. p.9.



estabelecidos. Em terceiro lugar, propõe-se o termo mobilização do incremento de valor da terra, em vez de apropriação pública. Este último termo refere-se à conversão dos incrementos de valor da terra resultantes do esforço comunitário em impostos, taxas e similares que podem, então, ser utilizados para provisão de serviços e investimentos públicos.<sup>13</sup>

Os motivos que levaram o interesse e o crescimento dos instrumentos de recuperação de mais-valias fundiárias são a descentralização fiscal, o planejamento e gestão urbana e a participação popular. A descentralização fiscal se refere à competência tributária dos municípios, à autonomia fiscal e à responsabilidade em gerir suas receitas. Alguns municípios optam por melhorar o desempenho do imposto predial, outros preferem dar mais importância a outros impostos municipais e taxas. Em razão da impopularidade dos impostos, municípios buscam outros instrumentos como a contribuição de melhoria, como meios alternativos para complementar a receita. Já o planejamento diz respeito às autoridades municipais que procuram maior flexibilidade em ferramentas que tendem a ser aplicadas mais em projetos e construções específicas do que em tributos de competência dos municípios. Embora investidores imobiliários prefiram não ter que pagar taxas adicionais, estão dispostos a abrir mão do lucro obtidos com os direitos de construir. Isso porque consideram os instrumentos de recuperação de mais-valias fundiárias úteis como estratégia para tornar mais viável o desenvolvimento de grandes projetos urbanos, ou como garantia da sustentabilidade de projetos individuais. Retirando-se a pecha de tributo, dando-se enfoque e destinação para melhorias urbanas, em infraestrutura, transporte e moradia, o empreendedor concorda com a captura de mais-valia em prol da comunidade. Por fim, a participação popular também possui seu papel imprescindível. A democratização, o acesso à informação, tornam as pessoas mais bem atualizadas e conhecedoras de seus direitos e da possibilidade de melhorarem suas qualidades de vida. As demandas sociais exercem pressão para que as autoridades incrementem os gastos públicos. Muitas iniciativas de recuperação de mais-valias fundiárias estão destinadas a financiar programas sociais especiais. No âmbito da política fundiária urbana, a recuperação de mais-valias vem sendo aplicada a mudanças no direito tradicional à propriedade, preocupando-se com a função social da propriedade, o direito à moradia e o direito à cidade, impondo às administrações públicas a redistribuição dos benefícios e os custos da urbanização. Esta visão,

---

<sup>13</sup> O. SMOLKA, Martim. Op. cit. p.9.



modificando o modelo tradicional, traz a ideia de “socialização de custos e privatização dos benefícios”.<sup>14</sup>

#### IV- OUTORGA ONEROSA DO DIREITO DE CONSTRUIR

Diante das mais-valias fundiárias acima mencionadas, destaca-se a outorga onerosa do direito de construir. Ao contrário dos demais formas de recuperação da mais-valia fundiária urbana, a outorga onerosa, por não ter caráter de tributo, afasta a ideia do Estado-fisco arrecadador e substitui pelo Estado voltado ao direito difuso à cidade sustentável e preocupado com os direitos fundamentais individuais e coletivos dos cidadãos.

A Outorga Onerosa do Direito de Construir (OODC) é um dos instrumentos da política urbana municipal, previsto no Estatuto da Cidade, (Lei Federal nº 10.257/01). Trata-se de cobrança de uma contrapartida pelo exercício do direito de construir acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado pelos municípios para os terrenos urbanos, até o limite máximo de aproveitamento.<sup>15</sup>

Por ser o plano diretor, por força constitucional (artigo 182, §2º, da CF) o mecanismo norteador da política urbana e o documento no qual se definem os contornos da função social da propriedade urbana, cabe ao Poder Público regular, dentre os instrumentos previstos no estatuto da cidade, também, a outorga onerosa do direito de construir. É da competência do plano diretor definir o coeficiente de aproveitamento básico, que poderá ser único em todo território, ou diferenciado para cada área específica. É também atribuição do plano diretor estabelecer as áreas na cidade em que se autorizará a construção acima do respectivo coeficiente. Ainda caberá ao plano diretor detalhar o patamar de aproveitamento, este não vinculado ao particular, mas ao potencial construtivo pelo Poder Público. Os limites deverão ser estabelecidos de acordo com a realidade de infraestrutura e densidade em que cada área específica incidir. Por fim, o plano diretor deverá fixar áreas em que se admitirá a outorga onerosa do direito de alteração do uso. Trata-se do direito atribuível ao particular que, mediante

---

<sup>14</sup> O. SMOLKA, Martim. Op. cit. p.11.

<sup>15</sup> FURTADO, Fernanda; BIASOTTO, Rosane e MALERONKA, Camila. **Outorga Onerosa do Direito de Construir: Caderno Técnico de Regulamentação e Implementação de Instrumentos do Estatuto da Cidade**. Disponível em: [www.capacidades.gov.br](http://www.capacidades.gov.br). Acesso em 20/10/2016. p. 13



pagamento de um ônus, poderá implantar, numa região, determinada atividade que ali seria defesa pela lei de zoneamento.<sup>16</sup>

Entende-se por coeficiente de aproveitamento a relação entre área edificável e a área total do terreno (artigo 28, §1º, da Lei nº 10.257/2010). É o resultado da relação entre a área construída, consistente na soma resultante da divisão da soma das superfícies edificadas sobre o terreno, e a área total do imóvel urbano.<sup>17</sup> Assim, se o coeficiente de aproveitamento de um terreno é igual a 1,0 (um), isto significa que se poderá construir nesse terreno uma edificação com área total igual à superfície do terreno.<sup>18</sup>

A outorga onerosa é a diferença entre CA básico, que permite a utilização autorizada para todos os terrenos urbanos sem o pagamento de contrapartida, e o limite máximo de aproveitamento da propriedade, que define a maior utilização permitida para o terreno, a partir de critérios urbanísticos.

Quando o plano diretor admitir construções acima do coeficiente básico, haverá incidência de outorga onerosa mediante contrapartida a ser oferecida por parte do beneficiário. Isso porque os direitos adicionais ao coeficiente básico não pertencem a cada proprietário, e sim à coletividade e por isso são passíveis de uma outorga, para sua utilização.<sup>19</sup>

Conforme determina o Estatuto da Cidade, o coeficiente de aproveitamento básico poderá ser único para toda a zona urbana, ou diferenciado para áreas específicas dentro da zona urbana (*Art. 28 § 2º*). Isso porque a adoção de coeficientes diferenciados para áreas específicas tem a finalidade de demarcar áreas onde, por razões de interesse especial (urbanístico, ambiental, etc.), não seja do interesse coletivo adotar o mesmo coeficiente básico definido para as demais áreas urbanas, como, por exemplo, nas áreas de proteção ambiental ou do patrimônio arquitetônico, onde o coeficiente de aproveitamento básico poderá ser menor que o definido para as demais áreas da cidade.<sup>20</sup>

<sup>16</sup> DALLARI, Adilson Abreu. FERRAZ, Sérgio. **Estatuto da Cidade. Comentários à Lei Federal nº 10.257/2001**. 1ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.234 e 235.

<sup>17</sup> DALLARI, Adilson Abreu. FERRAZ, Sérgio. Op.cit.p.235.

<sup>18</sup> FURTADO, Fernanda; BIASOTTO, Rosane e MALERONKA, Camila. Op. cit. p.13

<sup>19</sup> FURTADO, Fernanda; BIASOTTO, Rosane e MALERONKA, Camila. Op. cit. p.14

<sup>20</sup> FURTADO, Fernanda; BIASOTTO, Rosane e MALERONKA, Camila. Op. cit. p.15



Embora haja posicionamento no sentido de que o coeficiente básico de aproveitamento deva ser único e fixado por lei nacional, acredita-se que, por se tratar de matéria de interesse local, cuja competência é do Município (artigo 30, I, da CF), cabe ao plano diretor, aprovado mediante a participação da sociedade, estabelecer o coeficiente básico em toda área urbana ou em cada área específica e, conseqüentemente, em quais áreas poderá incidir a contrapartida a ser cobrada pela outorga em construir acima do coeficiente básico.

Ademais, em razão da topografia do local onde a cidade estiver situada, cabe à legislação municipal, atendendo ao interesse da população, estipular os coeficientes de aproveitamento.

Ao fixar limites máximos de aproveitamento, deverá ser observado o plano diretor, bem como levar em consideração a relação de proporcionalidade entre a infraestrutura urbana e o adensamento na respectiva área (artigo 28, §3º, da Lei nº 10.257/2001). A proporcionalidade deverá ser detalhada para cada região da cidade. Somente observando os aspectos peculiares e específicos de cada local, é que se poderá fixar limites máximos de construção preocupando-se com o ordenamento urbanístico e afastando o caráter arrecadatário ao outorgar construções.

Ao possibilitar construções adicionais ao coeficiente de aproveitamento básico, aumenta-se a densidade construtiva das áreas e, por isso, depende-se da capacidade de infraestrutura existente no local ou a ser instalada para serem autorizadas. Os impactos que construções podem causar, referentes à mobilidade, vias de acesso, prestação de serviços de energia elétrica, saneamento básico, coleta de lixo, ao redor onde estão localizadas ou até mesmo por toda a cidade, exige-se a avaliação prévia para que sejam autorizadas. Em razão disso, os limites máximos de aproveitamento dos terrenos urbanos devem ser sempre definidos a partir de áreas adequadamente servidas de infraestrutura, ou onde esta infraestrutura esteja prevista, para que se possa atribuir direitos construtivos adicionais àquele definido pelo coeficiente de aproveitamento básico. Se esta condição estiver sendo atendida, então passa-se a observar outros critérios para os limites máximos de edificação para as diversas áreas urbanas.

Tendo a Administração Pública discricionariedade, é perfeitamente possível que o município opte em outorgar o direito de construir acima do fixado em determinada área considerada com baixa densidade demográfica, incentivando a moradia, trabalho, lazer e circulação das pessoas na região. Ao contrário, existindo área em que haja alta densidade populacional, impede-se ou cobra-se um valor elevado de contrapartida ao outorgar a construção, desestimulando o uso e ocupação da região. Atua o Poder Público por conveniência e oportunidade do interesse público exatamente em benefício do interesse público primário.

Esse poder-dever da Administração Pública deve ser usado em benefício da urbanização, atendendo ao direito difuso à cidade e, principalmente, aos interesses dos habitantes.

O artigo 30 do Estatuto prevê que a lei municipal específica deverá estabelecer condições para outorga do direito de construir. Nota-se que será uma lei municipal diversa do plano diretor. Isso porque será fundamentalmente uma norma-procedimento, na qual deverão estar previstas as regras de cálculo, os critérios e parâmetros de contrapartida e processo objetivo por meio do qual o particular poderá postular e obter outorgas onerosas ali referidas.<sup>21</sup>

No que tange ao procedimento, deve-se atentar ao fato da outorga onerosa ser atribuída ou exclusivamente ao proprietário do bem ou a outros particulares que tenham interesse em adquiri-la. Desse modo, o direito de construir não adquirido por um dado proprietário poderá ser utilizado por outro titular de imóvel localizado em área distinta. Neste caso há posicionamento no sentido de se realizar um procedimento licitatório para a outorga, observando a isonomia entre os particulares interessados e a obtenção da melhor vantagem por parte do Poder Público. Há, por outro lado, a possibilidade de venda de títulos na bolsa de valores, fiscalizado pela Comissão de Valores Mobiliários. Um exemplo são as CEPACs, títulos vendidos no mercado de ações.

A contrapartida pode assumir várias formas, entre as quais se destacam: dinheiro, terras, obras ou serviços. A consideração de uma ou mais dentre essas alternativas deve estar vinculada aos objetivos da política de desenvolvimento

---

<sup>21</sup> DALLARI, Adilson Abreu. FERRAZ, Sérgio. Op.cit. p.239.



urbano do município. Por exemplo, se o objetivo for ampliar áreas verdes na cidade, ou habitação de interesse social ou finalidades previstas no artigo 26 do Estatuto, então sugere-se a criação de um banco de terras. Outro exemplo seria investir no setor social, com implantação de equipamentos urbanos e comunitários<sup>22</sup>

De qualquer forma, ou seja, para contrapartidas de quaisquer naturezas, o montante em dinheiro a ser pago pelo beneficiário não pode ser superior, em valor unitário do metro quadrado da diferença entre CA básico e o limite de aproveitamento, ao valor unitário do terreno. Isso porque, se o direito de construir depende do direito de propriedade (integrando-se a ele ou não), seria difícil sustentar que o valor do acessório (a outorga) exceda o valor do principal (terreno).<sup>23</sup>

Há ainda hipótese de isenção do pagamento de outorga. O inciso II, do artigo 30 do Estatuto atribui à lei municipal a competência para estabelecer as hipóteses de isenção de pagamento de outorga. Essas hipóteses podem decorrer de situação objetiva, tal como, hipótese em que se busca promover o adensamento na região, ou subjetiva, como para finalidade social, por exemplo.<sup>24</sup>

Já o inciso III do referido artigo menciona a natureza da contrapartida. Embora haja quem sustente ter natureza tributária, ousamos discordar. Tributos são pagamentos que decorrem por imposição da lei. No caso em estudo, trata-se de um ato voluntário de aquisição de um direito.

Pode-se afirmar ser a contrapartida um ônus para o adquirente. Caso seja do seu interesse a construção excedente, deverá usufruir mediante o pagamento de um preço referente à outorga concedida. Isso porque busca-se compensar a coletividade pelos ônus decorrentes do adensamento. Todos os impactos causados na região ou em toda a cidade devem ser compensados, por uma questão de regulamentação urbanística. A jurisprudência manifestou-se sobre o assunto e corrobora com esse entendimento.

Ação Anulatória de Crédito Fiscal – Emolumentos instituídos pela  
LCM 445/11 ( Lei Anistia) – Exigência do pagamento como condição

<sup>22</sup> FURTADO, Fernanda; BIASOTTO, Rosane e MALERONKA, Camila. Op. cit. p.40

<sup>23</sup> DALLARI, Adilson Abreu. FERRAZ, Sérgio. Op.cit.p.241.

<sup>24</sup> DALLARI, Adilson Abreu. FERRAZ, Sérgio. Op.cit.p.242.

para permitir a regularização de empreendimentos que foram erigidos em desacordo com o projeto aprovado – Possibilidade- Natureza não tributária da exigência que se vincula à outorga onerosa do direito de construir - contrapartida exigida como condição para regularização da obra edificada em desacordo com o projeto Recurso não provido (TJ-SP. Apelação nº 4000514-46.2013.8.26.0577. Rel. Fortes Muniz. 15ª Câmara de Direito Público. j. 21/06/2016).

No referido acórdão o Desembargador Relator menciona que:

“ainda que a referida norma tenha sido criada objetivando a regularização das construções edificadas em desacordo com plano diretor vigente à época, a exigência do pagamento prévio dos emolumentos está relacionada à contrapartida como exigência da outorga onerosa do direito de construir e não possui natureza tributária. Nesse sentido, a outorga onerosa do direito de construir é um instrumento de política urbana que os municípios possuem justamente para exigir do particular que venha a construir acima do coeficiente fixado no plano diretor uma contrapartida, ou seja, uma condição prévia desde o início da obra até a sua regularização”.

O Superior Tribunal de Justiça também já se posicionou a respeito da natureza da contrapartida exigida do beneficiário. Em decisão monocrática em Agravo em Recurso Especial, interposto pelo DISTRITO FEDERAL, em face de decisão que não admitiu o Recurso Especial, interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, proferiu a seguinte decisão:

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO. RENOVAÇÃO DA AUTORIZAÇÃO ADMINISTRATIVA. CONDICIONAMENTO AO PAGAMENTO DO EQUIVALENTE À OUTORGA ONEROSA DE ALTERAÇÃO DE USO - ONALT'. UTILIZAÇÃO DE COERÇÃO ADMINISTRATIVA COMO MEIO DE COBRANÇA. IMPOSSIBILIDADE. LEGITIMIDADE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA RESERVA DE PLENÁRIO. INOCORRÊNCIA. (AResp 354000. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 354.000 - DF (2013/0174559-7) Min. Rel. Assusete Magalhaes. 2ª Turma do STJ. D.J. 07/10/2015)

Na referida decisão o Ministro Relator ensina que a outorga não é um benefício do particular e a contrapartida deve ser destinada à população.

(...) No caso concreto, o recorrido se beneficiou com a alteração do uso do imóvel, antes destinado apenas a comércio, onde após a alteração do gabarito, pôde construir unidades habitacionais coletivas. Constitui a outorga em uma cessão do interesse de manter o padrão ótimo de uso do solo urbano que a coletividade, mediante a atuação do Poder Público, faz ao particular pleiteante, que somente paga se quiser exercer a faculdade de modificar o tipo de uso e obter um incremento no seu proveito. Permanecendo o tipo de uso original, sem alteração no aproveitamento, não há que se pagar. (...) No caso dos autos, o particular, que detém a propriedade do imóvel descrito na inicial, recebeu (porque assim quis - há um ato de vontade implícito do particular nesta operação) nova destinação para seu bem, considerando-se a norma de planejamento urbano inicialmente estabelecido para a localidade, passando a ocupar uma posição privilegiada em relação aos demais particulares e acarretando-lhes uma diminuição na qualidade de vida. Explica-se esse fato ao novo uso de seu imóvel (residência - apartamentos), ligado à drástica alteração de pavimentos, o que implicou consequências significativas para a sociedade. Gerou-se, pois, a alocação de um contingente populacional, havendo, cedo ou tarde, a saturação da infra-estrutura viária, de transportes públicos ou das redes de suportes a outros serviços essenciais. De resto, as condições ambientais, de habitabilidade, paisagística, de salubridade - enfim, todo o meio ambiente urbano -, serão afetadas conforme o novo uso que se dá à propriedade inserida no contexto da cidade. (...)

Quanto a natureza da contrapartida, a jurisprudência sustenta que:

(...) O pagamento do valor referente à outorga onerosa de alteração de uso não é uma mera dívida do particular frente ao Estado. É uma contrapartida do particular privilegiado em seu acervo patrimonial à custa da diminuição do correspondente no patrimônio da coletividade. O pagamento do valor referente à outorga onerosa de alteração de

uso, como condicionante à pretensão do particular de exercer determinada atividade econômica, não é medida legal desproporcional, desarrazoada, não indica excesso do legislador, quando o exercício de tal 'direito' está, por tudo e em tudo, dependente (em primeiro lugar) da dita alteração de uso. O novo direito de propriedade nascido do uso alterado engata a ONALT. Ou seja: adimplida a outorga onerosa aperfeiçoa-se a alteração de uso, o que sinaliza para o sujeito ativo do direito (o proprietário) a possibilidade de desenvolver sua atividade comercial. A partir deste momento, atendem-se obviamente, as demais exigências legais específicas. (...) Ora, se a aquisição do novo uso não possui o caráter da compulsoriedade inerente aos tributos, posto que é faculdade conferida ao particular interessado na alteração, a natureza jurídica da outorga onerosa, a par de tudo o que foi argumentado até o momento, é de mero preço público (...)

Trata-se de um interesse de todos os habitantes, que moram, circulam, trabalham e passeiam no ambiente urbano. Não é por outro motivo que o artigo 52 IV do Estatuto tipifica como improbidade administrativa a aplicação desses recursos em desacordo com as finalidades previstas no estatuto.

Por fim, o artigo 31 do referido Estatuto da Cidade preocupa-se com a destinação dos recursos obtidos por meio da outorga. Tendo por finalidade tornar OODC um instrumento urbanístico, prevê o mencionado artigo a destinação dos valores auferidos para fins de regularização fundiária, programas e projetos habitacionais de interesse social, expansão urbana, implantação de equipamentos urbanos e comunitários, entre outros. Tal dispositivo busca evitar que os recursos recebidos se transformem em receitas públicas desvirtuando a finalidade de ordenação e planejamento urbano.

Dessa forma, pode-se fixar dois objetivos do OODC introduzido no sistema municipal de planejamento urbano: contribuir para a regulação do mercado e complementar o financiamento urbano. A regulação do mercado de terrenos urbanos é favorecida com a aplicação da OODC, porque há uma redução das expectativas daqueles ganhos decorrentes da atuação pública urbanística realizada através da regulamentação de coeficientes de aproveitamento e, com isso, reduz-se a



oportunidade da especulação fundiária. Quanto à complementação do financiamento urbano, a OODC permite auferir recursos para a implantação e adequação de infraestrutura pública e equipamentos urbanos. O art. 31 do Estatuto da Cidade determina que os recursos auferidos em razão da outorga devem ser destinados à regularização fundiária, à execução de programas e projetos habitacionais de interesse social, à implantação de equipamentos urbanos e comunitários, à criação de espaços públicos e áreas verdes, à proteção de áreas de interesse histórico, cultural e paisagístico.<sup>25</sup>

#### V- FISCALIZAÇÃO QUANTO À DESTINAÇÃO DAS CONTRAPARTIDAS OBTIDAS POR MEIO DA OODC

Uma vez definido instrumento de outorga onerosa do direito de construir, analisando sua natureza, aplicação e finalidade, dentre outros mecanismos previstos no Estatuto da Cidade, pode-se afirmar que OODC tem sua participação e importância no planejamento urbano do município.

Tendo sido debatido que a autorização para construções adicionais no terreno não pertence somente ao proprietário ou àquele que vai construir, mas à coletividade, que possui interesse na ordenação da cidade e sofre as consequências de infraestrutura e adensamento populacional, definida a contrapartida como sendo um ônus e não um tributo, e tido a lei a preocupação em estabelecer a destinação dos recursos auferidos pela outorga, cabe agora estudarmos quem poderia fiscalizar a atuação dos particulares interessados, do Poder Público ao conceder a outorga e aplicação dos valores obtidos.

O controle consiste em verificar os critérios urbanísticos adotados pelo poder público para determinar as áreas da cidade em que serão admitidas construções acima do coeficiente de aproveitamento, mediante outorga e oferecimento de contrapartida.

Além disso, deve-se observar a conveniência e oportunidade da Administração Pública quando optar por fixar o coeficiente básico em toda área urbana

---

<sup>25</sup> FURTADO, Fernanda; BIASOTTO, Rosane e MALERONKA, Camila. Op. cit. p.17.



ou em cada área específica da cidade e em quais regiões incidirá a cobrança pela outorga do direito de construir.

Ainda impende acompanhar o procedimento licitatório para a concessão de outorga para aquele que irá usufruir da propriedade urbana, construindo acima do coeficiente de aproveitamento, como também a natureza da contrapartida a ser cobrada, podendo caracterizar dinheiro, obras ou serviços.

Caso opte-se pela cobrança em dinheiro, precisa-se fiscalizar o destino, atendendo às necessidades da população.

Acredita-se que a melhor maneira de controlar os valores auferidos seria a criação de um fundo específico. Trata-se de uma conta criada tão somente para receber os valores e mantê-los à disposição para que sejam aplicados obedecendo ao artigo 26 do Estatuto, em benefício da coletividade.

A população pode e deve fiscalizar esse fundo. Tendo acesso à informação, sabedora da existência e aplicação da OODC, cabe aos cidadãos controlar o uso da contrapartida oferecida pelo particular, por meio de audiências públicas.

Conselhos municipais também têm sua relevância neste aspecto. Cabe a eles questionar, cobrar e avaliar se o uso dos recursos está de acordo com o Estatuto, Lei de Improbidade e Lei de Responsabilidade Fiscal.

Órgãos e entidades públicas ou privadas, cuja finalidade seja o bem-estar dos habitantes e o direito à cidade sustentável, devem exigir prestação de contas e observância à lei e aos princípios constitucionais.

Por fim, instituições como Ministério Público, legitimados constitucionalmente na tutela dos interesses difusos, coletivos e direitos indisponíveis, devem fiscalizar os incrementos que trazem valorização da propriedade urbana, quando há conversões de uso do solo rural para urbano, mudanças do zoneamento de uso residencial para comercial, autorização para maiores densidades, aumentando-se os coeficientes de aproveitamento do uso do solo urbano. Leis municipais de competência



**Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**  
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

do Prefeito e aprovação da Câmara dos Deputados devem ser objeto de questionamento e fiscalização por parte de Promotores de Justiça.

Como exemplos da atuação do Ministério Público na fiscalização dos entes públicos, podemos citar alguns julgados. Vejamos:

Administrativo. Mandado de Segurança. Alvará de licença de construção. Edificação de prédio para fins comerciais. Localização em área de natureza exclusivamente residencial unidomiciliar. Nulidade do ato de concessão. Invalidação pelo próprio Poder Público. Possibilidade. Jurisprudência sumulada da Suprema Corte. Inexistência de direito líquido e certo. Concedido alvará de permissão para construir prédio a ser utilizado com fins comerciais, localizado em área de natureza residencial unidomiciliar exclusiva, o próprio Poder Público, identificados os vícios de ilegalidade, poderá invalidar o ato permissivo, sem que haja violação de direito líquido e certo a ser reparado pela via do mandado de segurança. Aplicáveis, na espécie, as Súmulas 346 e 473 do STF. Recurso improvido (STJ - RMS 10.828/BA Rel. Garcia Vieira, j. 11/03/2002)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Lei nº 4.025/05 do Município de Sumaré – Alteração de zoneamento urbano - Violação das exigências de planejamento em matéria urbanística - Violação ao princípio da impessoalidade - Admissibilidade - Vício de inconstitucionalidade, por motivo de vedada delegação de poder em matéria de reserva legal - Interferência no Plano Diretor da Cidade - Ação julgada procedente. (ADIN nº 149.675-0/7-00-TJSP Rel. Walter Swensson. J. 05/03/2008)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Leis nºs. 11.764/2003, 11.878/2004 e 12.162/2004, do município de Campinas - Legislações, de iniciativa parlamentar, que alteram regras de zoneamento em determinadas áreas da cidade - Impossibilidade - Planejamento urbano - Uso e ocupação do solo - Inobservância de disposições constitucionais - Ausente participação da comunidade, bem como prévio estudo técnico que indicasse os benefícios e eventuais prejuízos com a aplicação da medida - Necessidade manifesta em matéria de uso do espaço urbano, independentemente

de compatibilidade com Plano Diretor - Respeito ao pacto federativo com a obediência a essas exigências - Ofensa ao princípio da impessoalidade - - Vício na iniciativa parlamentar - Ofensa ao princípio da separação dos Poderes - Matéria de cunho eminentemente administrativo - Leis dispuseram sobre situações concretas, concernentes à organização administrativa - Ação direta julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade das normas. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Leis n.ºs. 11.764/2003, 11.878/2004 e 12.162/2004, do município de Campinas - Impossibilidade, no caso, de modulação dos efeitos da decisão – Não vislumbram razões de excepcional interesse social ou de segurança jurídica- Manutenção do efeito "*ex tunc*". ( ADIN nº 163.559-0/0-00 Rel. Mauricio Ferreira Leite j. 10/12/2008)

Ação civil pública - Anulação de leis municipais - Declaração incidental de inconstitucionalidade - Tratando-se de lei de efeitos concretos, possível o ajuizamento de ação civil pública visando sua anulação. Inconstitucionalidade que pode ser examinada mediante o controle difuso como causa de pedir e não como pedido direto. Recurso provido. - (TJSP – APELAÇÃO CÍVEL Nº 994.07.132668-0-Atibaia, j. 11/03/2010 – Rel. Lineu Peinado)

Ação civil pública Instalação de estabelecimento comercial em área residencial Inadmissibilidade, pois há prejuízo para toda a comunidade que perde o sossego, a tranquilidade, a qualidade de vida Legitimidade do Ministério Público - Recurso improvido. - TJSP – APELAÇÃO CÍVEL Nº 9168758-86.2000.8.26.0000 - Ribeirão Preto – j.26/07/2011 – Relator: JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA)<sup>26</sup>

O grande objetivo é fiscalizar se mais-valias fundiárias urbanas acima mencionadas, aprovadas mediante leis pelo Poder Legislativo Municipal, possuem fundamentos idôneos, bem como de que maneira esses ganhos poderão ser revertidos para a população. Busca-se quantificar a valorização, cobrar do interessado esse melhoramento e por fim repartir a todos indistintamente.

---

<sup>26</sup> Disponível em: [www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao\\_urbanismo\\_e\\_meio\\_ambiente/Jurisprudencia/juris\\_camara](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_urbanismo_e_meio_ambiente/Jurisprudencia/juris_camara). Acesso em 23/03/2017.



Todas as mais-valias fundiárias urbanas são de interesse dos cidadãos e, portanto, devem ser colocadas à disposição daqueles que fiscalizam a gestão e contas públicas do município.

Destaca-se também que, havendo acompanhamento por parte dos cidadãos, dos conselhos municipais, órgãos legitimados e do Ministério Público, quando se constata irregularidades, podem as pessoas e conselhos comunicarem os entes legitimados coletivamente, previstos no artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública, que, por sua vez, realizarão acordos e transações extraprocessuais (artigo 5º, §6º, da Lei nº 7347/1985) para sanar vícios, atender ao cumprimento da lei e das necessidades da população. Uma vez cumpridos tais termos, não levariam a litígios judiciais, que oneram o Poder Judiciário, provocam demasiada demora e não solucionam de maneira eficaz os problemas da cidade, bem como aqueles que o habitam.

#### VI- CONCLUSÃO

Por todo o exposto, pode-se concluir que o direito ao meio ambiente urbano não se refere tão somente ao meio ambiente artificial, mas também ao natural, cultural e laboral. Preocupando-se não com construções, mas com bem-estar dos habitantes, com direitos sociais (moradia, transporte, trabalho, saúde) e com a sustentabilidade, nasce o interesse indivisível e abrangente a todos os que aí moram, trabalham e circulam a cidade equilibrada.

O direito difuso à cidade sustentável exige uma política pública urbana, que deverá atender a função social da cidade e da propriedade urbana. Para isso, o plano diretor, submetido à aprovação dos cidadãos, deverá ser lei que regerá o ordenamento jurídico do município.

O estatuto da cidade (Lei nº 10.257/2001) prevê diversos instrumentos da política urbana, dentre eles, a outorga onerosa do direito de construir. Tal instituto foi o escolhido pelo presente estudo por ser uma das formas de captação de mais-valia fundiária urbana, sem que tivesse a pecha de caráter tributário.

Buscando o município não só os tradicionais impostos municipais e contribuição de melhoria, mas principalmente formas de arrecadação que pudessem



ser revertidas em benefícios para a coletividade, escolheu-se a OODC como mecanismo em prol de interesses sociais, regularização fundiária urbana, infraestrutura, equipamentos públicos, preocupando-se com o interesse difuso à cidade.

Sendo definida como a possibilidade de autorizar construções acima do coeficiente básico de aproveitamento e o limite máximo de aproveitamento do terreno, a outorga onerosa impõe como ônus uma contrapartida oferecida pelo particular beneficiário, pois será a coletividade quem sofrerá os impactos que as construções adicionais podem proporcionar na localidade, ou mesmo em todo o município, a necessidade de oferecer infraestrutura e o atendimento ao adensamento populacional na região. Trata-se de valorização do imóvel para o proprietário sem que tenha contribuído, devendo ser destinada essa valorização para aqueles que habitam, circulam, trabalham, ou se distraiam pela localidade.

Após analisarmos os aspectos da outorga onerosa, o procedimento a ser adotado, a forma de cobrança da contrapartida, sua natureza e destinação, abordamos também a fiscalização necessária para que, de forma eficiente, os recursos auferidos sejam efetivamente revertidos em prol da melhoria da qualidade de vida da população.

Foi por meio deste trabalho que se buscou debater uma maneira de se atingir a sadia qualidade de vida da pessoa humana dentro do ambiente urbano.

Sob diversos aspectos possíveis de serem abordados, foi escolhida a outorga onerosa urbana como sendo um instrumento útil, rápido, que combate a corrupção e a especulação imobiliária, que atende a melhor qualidade de vida dos cidadãos e que, sobretudo, o particular concorda e corrobora em oferecer a contrapartida, pois tem ciência da destinação do valor pago.

Dessa forma, atinge-se a política urbana, obedece-se ao plano diretor e conseqüentemente à função social da propriedade urbana, aproveita-se da melhor forma possível o uso e ocupação do solo e principalmente melhora a qualidade de vida da população.



REFERÊNCIAS:

DALLARI, Adilson Abreu. FERRAZ, Sérgio. **Estatuto da Cidade. Comentários à Lei Federal nº 10.257/2001**. 1ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FURTADO, Fernanda; BIASOTTO, Rosane e MALERONKA, Camila. **Outorga Onerosa do Direito de Construir: Caderno Técnico de Regulamentação e Implementação de Instrumentos do Estatuto da Cidade**. Disponível em: [www.capacidades.gov.br](http://www.capacidades.gov.br). Acesso em 20/10/2016.

O. SMOLKA, Martim. **Recuperação de Mais-Valias Fundiárias na América Latina: Políticas e Instrumentos para o Desenvolvimento Urbano**. Disponível em: [www.lincolnhinst.edu](http://www.lincolnhinst.edu) ou [www.capacidades.gov.br](http://www.capacidades.gov.br). Acesso em 16/09/2016.

YOSHIDA, Consuelo Y. M. Sustentabilidade urbano-ambiental: os conflitos sociais, as questões urbanístico-ambientais e os desafios à qualidade de vida nas cidades. In: MARQUES, José Roberto (Coord.). Homenagem aos jusambientalistas Gilberto Passos de Freitas e Vladimir Passos de Freitas. **Sustentabilidade e temas fundamentais de direito ambiental**. Campinas: Millennium, 2009.