

Folha de Informação nº 113

do processo nº 2009-0.295.856-5

em 09 / 09 / 10 *CSM*

CRISTIANE FERREIRA QUE DA SILVA
AGPP - RF 739.516 7 00
PGM - AJC

EMENTA Nº 11.525

Aquisição de potencial construtivo. Modificação do projeto aprovado anteriormente. Não utilização integral do potencial adquirido. Consulta de SMDU sobre a viabilidade de devolução do potencial ao Poder Público, com o conseqüente reembolso do valor pago ao particular. Natureza jurídica da outorga. Não há obrigação tributária. Preço público. Caráter jurídico da onerosidade. Ônus. Possibilidade da devolução do potencial construtivo adquirido, desde que haja interesse público em celebrar novo ato negocial, que não se confunde com indenização e não prejudique as obras e serviços a serem realizados com os valores da outorga. Análise. Encaminhamento.

INTERESSADO: MAXCASA IX EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.

ASSUNTO : PROJETO MODIFICATIVO DE ALVARÁ DE APROVAÇÃO E EXECUÇÃO DE EDIFICAÇÃO NOVA. POTENCIAL CONSTRUTIVO ADQUIRIDO A MAIOR.

Informação nº 1784/2010 – PGM.AJC

**PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
ASSESSORIA JURÍDICO-CONSULTIVA
Senhora Procuradora Assessora Chefe,**

Desencadeou o presente procedimento administrativo o pedido apresentado pela empresa interessada de modificação de projeto imobiliário aprovado – edifício residencial de 09 andares, com 31 unidades habitacionais - para o imóvel localizado na Rua João Baldinato, 109 – Vila Sonia.

Folha de Informação nº 114

do processo nº 2009-0.295.856-5

em 09 / 09 / 10 *Clay*

02/10/2010 10:00
PGM - AJG

Referida aprovação exigiu que a interessada adquirisse potencial construtivo (1.254,47 m²), mediante o pagamento da respectiva outorga onerosa.

Posteriormente, a interessada apresentou projeto modificativo, reduzindo a utilização da área objeto da outorga onerosa (927,54 m²). A nova proposta foi aprovada, nos termos do despacho de fls. 94.

Nesse contexto, SMDU/DEUSO formulou indagações à assessoria jurídica daquela Pasta, em relação à diferença de 326,93 m², adquiridos pela interessada, mas não utilizados (fls. 101/102).

Por sua vez, a assessoria jurídica, solicitou a manifestação desta PGM, propondo os seguintes quesitos:

1. A área de 326,93m² (trezentos e vinte e seis e noventa e três metros quadrados), resultante da diferença entre a área da outorga onerosa de 1.254,47 m² (um mil e duzentos e cinqüenta e quatro e quarenta e sete metros quadrados) e da área 927,54 m² (novecentos e vinte e sete e cinqüenta e quatro metros quadrados) objeto do Projeto Modificativo, deverá retornar ao estoque residencial disponibilizado para o Distrito de Vila Sonia? Em caso positivo, tal solução pode ser dispensada a eventuais e futuras situações análogas?

Folha de Informação nº 115

do processo nº 2009-0.295.856-5

em 09 / 09 / 10 *Caro*

2. Em caso de resposta afirmativa ao quesito anterior, uma vez que a contrapartida financeira foi paga sobre a área da outorga onerosa e não sobre a área do Projeto Modificativo, o interessado poderá fazer jus à restituição do valor proporcional à área excedente não utilizada que retorna ao estoque? Em caso positivo, é possível adotar-se este entendimento para futuras situações análogas?

3. Caso o interessado faça jus à restituição ao valor mencionado no quesito anterior, em que momento poderá pleitear a mesma?

4. Caso a área excedente não utilizada não retorne ao estoque controlado por esta SMDU, poderá a mesma ser utilizada posteriormente pelo interessado?

Este é o breve relato.

A outorga onerosa do direito de construir não se configura uma novidade introduzida pelo Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/01, pois esse instrumento já era utilizado, antes da edição daquele texto federal, em diversas cidades, como São Paulo, Porto Alegre, Curitiba, Florianópolis e Natal.

Sua concepção tem origem na reunião da Comissão Econômica para a Europa, da Organização das Nações Unidas, em 1971. na cidade de Roma, na qual discutiu-se: (1) a dissociação do direito de edificar em relação ao direito de propriedade e (2) o instituto francês *plafond legal de densité*, criado pela Lei 75-1.328/75, que limitou o coeficiente de aproveitamento

Folha de Informação nº 416

do processo nº 2009-0.295.856-5

em 09 / 09 / 10 *lun*

CRIS... DA SI...
40PP... Nº 736.610/00
POM - AJC

em Paris a 1,5 e para as demais cidades a 1,0, sendo possível transpor tal limite, mediante contrapartidas em benefício do Poder Público.¹

Posteriormente, a Itália editou a Lei nº 10/1977, que autoriza a outorga do direito de construir, mediante o pagamento de valores que são destinados para projetos de urbanização, recuperação e restauração do patrimônio cultural imobiliário e outros, definindo as principais características desse instituto, sem, contudo, dissociá-lo do direito de propriedade.²

O regramento norte-americano baseia-se no Plano de Chicago, que instituiu o *space adrift*, como instrumento de transferência do potencial construtivo do imóvel, preservado por interesse histórico, para outro local. Na experiência norte-americana, o direito poderia ser objeto de transação entre particulares, sem a intervenção do Poder Público.

No Brasil, esse instituto foi objeto de debate por urbanistas e juristas no seminário realizado na cidade de Embu/SP, em 1976, promovido pelo Centro de Estudos e Pesquisas em Administração Municipal – CEPAM, cujas conclusões foram transcritas em um documento, conhecido como Carta de Embu.³

¹ A lei francesa foi reformulada em 1986 para o fim de flexibilizar a definição dos coeficientes de aproveitamento básico, na medida em que se verificou a transferência da especulação imobiliária para a periferia, podendo cada comuna estabelecer aquele índice de acordo com seu planejamento urbano.

² Tal entendimento está consubstanciado na sentença nº 05/1980 da Corte Constitucional italiana que ao reconhecer que o direito de edificar continua a ser inerente à propriedade, ainda que limitado, pelos planos urbanos, a concessão para edificar não é atributiva de direito novo.

³ As conclusões da Carta de Embu merecem ser transcritas: "Conclui-se que:

1. É constitucional a fixação, pelo Município, de um coeficiente único de edificação para todos os terrenos urbanos.

Folha de Informação nº 117

do processo nº 2009-0.295.856-5

em 09/09/10 

Assim, algumas cidades brasileiras⁴ começaram a aplicar a teoria do solo criado, observando a idéia de que o criador do solo deve compensar a coletividade pelo desequilíbrio urbano gerado.

Porém, diante do entendimento do Poder Judiciário quanto à competência exclusiva da União para legislar sobre a matéria, por implicar restrição ao direito de propriedade (art. 22, I, da CF), os Municípios deixaram de utilizar esse instituto, aguardando o regramento federal que veio com a edição do Estatuto da Cidade – arts. 28 a 31.

1.1. 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.

1.2. Toda edificação acima do coeficiente único é considerada solo criado, quer envolva a ocupação de espaço aéreo, quer a de subsolo.

2. É constitucional exigir, na forma da lei municipal, como condição de criação de solo, que o interessado entregue ao Poder Público áreas proporcionais ao solo criado; quando impossível a oferta destas áreas, por inexistentes ou por não atenderem às condições legais para tanto requeridas, é admissível sua substituição pelo equivalente econômico.


2.1. 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.

2.2. No caso de imóvel tombado, o proprietário poderá alienar o direito de construir correspondente à área edificada ou ao coeficiente único de edificação.”

⁴ O Município de São Paulo, por meio da Lei nº 10.209/86, instituiu a operação interligada, baseada na teoria do solo criado, que criou um mecanismo pelo qual a iniciativa privada doava à Municipalidade determinado número de habitações de interesse social (HIS) para a população de favelas, em troca de modificações nos índices e características de uso e ocupação do solo. Essas alterações eram analisadas e aprovadas por uma comissão, constituída por representantes do Poder Público e da sociedade civil (CNLU – Comissão Normativa de Legislação Urbanística). Para a definição do número de habitações a serem doadas, calculava-se a valorização do terreno com os novos índices urbanísticos concedidos. Posteriormente, o Decreto nº 26.913/88 alterou a forma de contrapartida, autorizando que a mesma fosse convertida em dinheiro. As críticas a esse instituto podem ser, assim, resumidas: (1) altera o zoneamento da cidade por decisão exclusiva do Poder Executivo; (2) caráter casuístico das deliberações da CNLU e (3) beneficia somente as pessoas ricas. Diante das críticas, foi editada a Lei nº 11.773/95, que estipulou novas regras para as operações interligadas, definindo que: (1) os valores pagos, a título de contrapartida, seriam destinados ao Fundo Municipal de Habitação, (2) não se aplicaria esse instituto em algumas zonas de uso, como as de proteção ambiental, as estritamente residenciais e (3) o coeficiente de aproveitamento máximo seria 4 e a taxa de ocupação máxima, 80%. Apesar das alterações legislativas, o Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo promoveu Ação Direta de Inconstitucionalidade, sob a alegação de que o zoneamento da cidade somente poderia ser alterado por lei e, por meio da operação interligada, o Poder Executivo Municipal interrogava a

Folha de Informação nº 118

do processo nº 2009-0.295.856-5

em 09 / 09 / 10 

SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO DA CIDADANIA
AGDP - RG 738.618 7 00
PGM - AJC

A constitucionalidade da aplicação da teoria do solo criado e, por via de consequência, da restrição ao direito de construir encontra respaldo na subordinação do direito de propriedade ao exercício de sua função social.

Nesse contexto, surge o instituto da outorga onerosa do direito de construir e da alteração de uso. No que se refere ao direito de construir, a edificação que ultrapassar o coeficiente de aproveitamento básico, fixado pelo plano diretor (pode ser único para toda a cidade ou específico para cada zona da cidade), está sujeita, para sua aprovação, ao pagamento desse acréscimo. Ressalte-se que o construtor não pode construir além do coeficiente de aproveitamento máximo, definido também no plano diretor⁵, sob pena de prejudicar todo o planejamento urbanístico da cidade. Se, por um lado, esse instituto flexibiliza em parte o zoneamento, permitindo a adoção de índices urbanísticos mais “generosos”, de outro, deve ser utilizado, com toda cautela, evitando-se abusos e desvirtuamento de finalidade.

O artigo 30 do Estatuto exige que lei municipal fixe as condições para a concessão da outorga onerosa, notadamente quanto à fórmula de cálculo para cobrança; casos passíveis de isenção e a contrapartida do beneficiário.


No caso específico do Município de São Paulo, foi editada a Lei nº 13.885/04 que delimitou as áreas passíveis de aplicação de outorga onerosa do potencial construtivo, bem como regulamentou a fórmula

legislação de zoneamento, usurpando função do Poder Legislativo. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconheceu a inconstitucionalidade da lei (ADIN 45.352-0).

⁵ A definição do coeficiente de aproveitamento máximo depende do estudo da proporcionalidade entre a infra-estrutura existente e o aumento de densidade planejado para cada área.

Folha de Informação nº 119

do processo nº 2009-0.295.856-5

em 09 / 09 / 10 

prevista no art. 213 do Plano Diretor Estratégico para cálculo do benefício econômico agregado ao imóvel.

A aquisição de potencial construtivo para lote específico impõe o pagamento de contrapartida, que não tem natureza tributária, por depender de ato de vontade do proprietário do imóvel, *como condição para a satisfação do seu próprio interesse e cujo descumprimento não importa a aplicação de sanção jurídica, mas tão somente efeitos econômicos negativos. Não há, pois, como confundir a obtenção da outorga onerosa de que se cuida com qualquer figura a que corresponda a obrigação tributária.*⁶

Em outros termos, a outorga onerosa do direito de construir implica o pagamento de prestação contratual, decorrente do ato livre do particular de comprar solo criado. Daí ser ônus e não obrigação.

Assim, se o proprietário não adquirir potencial construtivo extra para o seu imóvel, poderá construir nos limites dos índices urbanísticos fixados nos Planos Estratégicos Regionais, sem sofrer qualquer tipo de sanção por tal escolha. Se, de outra parte, tiver interesse em obter vantagem para construir além do estabelecido nos Planos Regionais, deve sujeitar-se ao ônus financeiro imposto pela legislação vigente (contrapartida).

⁶ GRAU, Eros Roberto. A outorga onerosa do plano diretor de São Paulo: ônus e não obrigação, in *Revista da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza*, Fortaleza, 1992, p.19.

Folha de Informação nº 120

do processo nº 2009-0.295.856-5

em 09/09/10 

CRISTIANE ADELLUCIO DA SILVA
AGPF - RF 730.616/700
PGM - AJC

Tal contrapartida caracteriza-se como preço público – *prestação exigida pelo Estado ou por quem lhe fizer as vezes, em regime de Direito Privado. Distingue-se nitidamente do tributo em uma série de aspectos, sobretudo pelo regime contratual que lhe é imanente, em contraposição ao regime jurídico de Direito Público, circundado de prerrogativas de autoridade, típico do tributo, notadamente em virtude da compulsoriedade deste gravame, nos termos, é bem de ver, explicitados no art. 3º do CTN.*⁷


Em outros termos, a contrapartida decorrente da outorga onerosa é preço público estabelecido em contrato para remunerar a venda de potencial construtivo.

Ressalte-se que o comportamento do particular é guiado pela espontaneidade, voluntariedade de firmar tal relação contratual com o Poder Público.

Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que na hipótese da outorga onerosa não há 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 satisfaça prestação de dar que consubstancia ônus. Onde não há obrigação, não pode haver tributo.* (RE nº 387.047-5 – Santa Catarina)

Ora, reconhecendo que a base da outorga onerosa é uma relação contratual estabelecida entre o Poder Público e o proprietário de

⁷ FERREIRA JARDIM, Eduardo. *Dicionário jurídico tributário*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2000, p. 123.

Folha de Informação nº 121
em 09 / 09 / 10 

do processo nº 2009-0.295.856-5

CELIA DA SILVA
ADREIA DE SAUS
PGR - FICD

imóvel, qualquer alteração das regras já aceitas, depende de aceitação da outra parte.

No caso concreto, a interessada adquiriu potencial construtivo além do necessário para a edificação aprovada no seu terreno.


O Município não tem a obrigação de receber esse excesso e devolver o valor correspondente. O Poder Público - presente o interesse público (p. ex., região cujo estoque de potencial construtivo está baixo e existe grande demanda) e desde que não prejudique as metas do fundo, para onde os recursos da outorga onerosa são destinados com objetivo de cumprir as finalidades previstas no artigo 26 do Estatuto da Cidade - tem a faculdade de recomprar o potencial não utilizado pelo proprietário, mediante a celebração de novo ato negocial.

Da mesma forma, o proprietário, adquirente do potencial construtivo extra, não tem a obrigação de utilizá-lo integralmente, por tratar-se também de mera faculdade. *Se não se valer do direito adquirido, construindo igual ou menos que o regime de outorga lhe permite ou nada edificando, o beneficiário assumirá exclusivamente eventual prejuízo decorrente dessa decisão, pois não é caso de devolução do valor pago nem de alienação a terceiros e, menos ainda, de indenização. **Para essa situação, o Município não deu a menor causa, de sorte que não se lhe pode imputar qualquer responsabilidade. O não construir ou construir a menos ou o nada construir deveu-se exclusivamente ao interesse do beneficiário.***⁸ (grifos nossos)

⁸ GASPARINI, Diógenes. Outorga onerosa do direito de construir *in Interesse público revista bimestral de direito publico* nº 47, Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 58.

Folha de Informação nº 122

do processo nº 2009-0.295.856-5

em 09/09/10 

CRISTIANE GONCALVES DA
AGFP - RP 706.918 7 00
POM - AJC

E mais, se o proprietário pudesse desistir, a qualquer tempo, da aquisição de potencial construtivo e receber de volta o valor pago, o planejamento do fundo, para o qual os recursos da outorga onerosa são destinados, ficaria extremamente prejudicado pela incerteza da efetiva existência de verbas para realização de obras ou prestação de serviços, estabelecidos no Estatuto da Cidade.

Isto porque o artigo 31 daquela Lei Federal determina que os recursos auferidos com a outorga onerosa do direito de construir serão aplicados para implantar as finalidades previstas nos seus incisos I a IX do art. 26, o que impede outra destinação. *Caso ocorra este desvio de recursos, incorrerá o Prefeito Municipal e todos agentes públicos que contribuírem para este desvio em ato de improbidade administrativa, conforme dispõe o art. 52, inciso IV, do Estatuto, sem prejuízo da aplicação de sanções penais...*⁹

Diante das conclusões apresentadas, passamos a responder às indagações formuladas pela assessoria jurídica de SMDU:

1. A área de 326,93m² (trezentos e vinte e seis e noventa e três metros quadrados), resultante da diferença entre a área da outorga onerosa de 1.254,47 m² (um mil e duzentos e cinquenta e quatro e quarenta e sete metros quadrados) e da área 927,54 m² (novecentos e vinte e sete e cinquenta e quatro metros quadrados) objeto do Projeto Modificativo, deverá retornar ao estoque residencial disponibilizado para o Distrito de Vila Sonia? Em caso positivo, tal solução pode ser dispensada a eventuais e futuras situações análogas?

⁹ FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Estatuto da cidade comentado*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p.211.

Folha de Informação nº 123

do processo nº 2009-0.295.856-5

em 09/09/10 *Guil*

PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO
PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO
PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO

A área não utilizada pela empresa interessada poderá retornar ao estoque residencial, desde que haja interesse público na recompra e não afete o planejamento das obras e serviços em execução ou a serem realizados com os valores auferidos pela outorga onerosa.

Presentes as duas condições, deverá ser celebrado novo ato negocial entre o Poder Público e o particular, definindo as regras do contrato.

Tal solução pode ser aplicada em situações análogas ao presente caso.

2. Em caso de resposta afirmativa ao quesito anterior, uma vez que a contrapartida financeira foi paga sobre a área da outorga onerosa e não sobre a área do Projeto Modificativo, o interessado poderá fazer jus à restituição do valor proporcional à área excedente não utilizada que retorna ao estoque? Em caso positivo, é possível adotar-se este entendimento para futuras situações análogas?

Sim, será devolvido o valor proporcional à área excedente, não utilizada. Esse entendimento poderá ser adotado para situações análogas.

3. Caso o interessado faça jus a restituição ao valor mencionado no quesito anterior, em que momento poderá pleitear a mesma?

Dentro do prazo de validade do alvará de construção.

Folha de Informação nº 124

do processo nº 2009-0.295.856-5


em 09/09/2010

4. *Caso a área excedente não utilizada não retorne ao estoque controlado por esta SMDU, poderá a mesma ser utilizada posteriormente pelo interessado?*

Sim, o particular pode utilizar parcialmente o potencial construtivo e, posteriormente, em uma eventual reforma ou obra nova utilizar o remanescente.


Sendo estas as nossas considerações, submetemos o presente à apreciação de Vossa Senhoria.

São Paulo, 17/08 / 2010.


LILIANA DE ALMEIDA F. DA S. MARÇAL
PROCURADORA ASSESSORA - AJC
OAB/SP 94.147
PGM

De acordo.

São Paulo, 17/08 2010


LEA REGINA CAFFARO TERRA
PROCURADORA ASSESSORA CHEFE - AJC
OAB 53.274
PGM

Folha de Informação nº 125

do processo nº 2009-0.295.856-5

em 09 / 09 / 10 *clat*

UNIVERSIDADE MUNICIPAL DO BRASIL
4000 - BR 790.816 7 00
PGM - AJC

INTERESSADO: MAXCASA IX EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.

ASSUNTO : PROJETO MODIFICATIVO DE ALVARÁ DE APROVAÇÃO
E EXECUÇÃO DE EDIFICAÇÃO NOVA. POTENCIAL
CONSTRUTIVO ADQUIRIDO A MAIOR.

Informação nº 1784/2010 – PGM.AJC

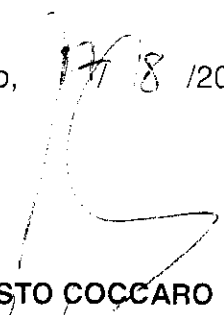
(SIMPROC 60 21 10 004)

SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

Senhor Secretário,

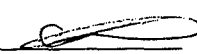
Encaminho o presente processo administrativo a Vossa Excelência, com a manifestação da Assessoria Jurídico-Consultiva desta Procuradoria Geral, que acompanho, no sentido de inexistir obrigação do Município de recomprar potencial construtivo, adquirido mediante outorga onerosa, não utilizado pelo particular.

São Paulo, 17 / 08 / 2010.


**CELSO AUGUSTO COCCARO FILHO
PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO
OAB/SP 98.071
PGM**

Folha de informação n.º 126

do Processo nº 2009-0.295.856-5

em 23/09/10 (a) 

María da Conceição R. Dantas
RF. 563.703.1.01
ATJ - SNJ-G

INTERESSADO: MAXCASA IX EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.

ASSUNTO: Projeto modificativo de alvará de aprovação e execução de edificação nova. Potencial construtivo adquirido a maior. **EMENTA Nº 11.525.** Aquisição de potencial construtivo. Modificação do projeto aprovado anteriormente. Não utilização integral do potencial adquirido. Consulta da SMDU sobre a viabilidade de devolução do potencial ao Poder Público, com conseqüente reembolso do valor pago ao particular. Natureza jurídica da outorga. Não há obrigação tributária. Preço público. Caráter jurídico da onerosidade. Ônus. Possibilidade da devolução do potencial construtivo adquirido, desde que haja interesse público em celebrar novo ato negocial, que não se confunde com indenização e não prejudique as obras e serviços a serem realizados com os valores da outorga. Análise. Encaminhamento.

Informação n.º 2699/2010-SNJ.G.

11 1784/2010 - PGM.AJC

SMDU
Senhor Secretário

Acompanhando as conclusões alcançadas pela Assessoria Jurídico-Consultiva da Procuradoria Geral do Município às fls. 113/125, restituo o presente a Vossa Excelência para prosseguimento.

São Paulo,

13 SET 2010

CLAUDIO LEMBO

Secretário Municipal dos Negócios Jurídicos
SNJ.G.