

Parecer

José Afonso da Silva

Advogado. Professor Titular aposentado da USP, onde também foi responsável pelo Curso de Direito Urbanístico em Pós-Graduação. Procurador do Estado de São Paulo aposentado, além de ter sido Professor Livre-Docente de Direito Financeiro, de Processo Civil e de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UFMG.

A CONSULTA

O SENHOR SECRETÁRIO MUNICIPAL DE PLANEJAMENTO, Arqt. JORGE WILHEIM, honrando-me com a solicitação de um parecer jurídico, expõe, em síntese, que o Projeto de Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo (Projeto de Lei nº 290/2002), com base no Estatuto da Cidade (Lei federal nº 10.257, de 10.6.2001), fixa área na qual será possível a aplicação da outorga onerosa do direito de construir, quais sejam a Macrozona de Estruturação e Qualificação Urbana (art. 158, parágrafo único). Havendo setores que põem em dúvida a legitimidade da aplicação desse instituto, consulta:

1. O instrumento jurídico da outorga onerosa do direito de construir instituído nos termos dos arts. 28 a 31 do Estatuto da Cidade atende às disposições da Constituição Federal?
2. A lei do plano diretor pode dar novo conteúdo ao direito de construir com base no art. 182, §2º, combinado com os incisos XXII e XXIII do art. 5º, ambos, da Constituição Federal e no Estatuto da Cidade para cumprimento da função social da propriedade urbana?
3. A lei do plano diretor e a legislação de zoneamento, uso e ocupação do solo podem reduzir os coeficientes de aproveitamento e outros parâmetros e índices urbanísticos previstos na legislação de zoneamento em vigor? Há direito adquirido aos parâmetros, coeficientes e demais índices urbanísticos da legislação em vigor?
4. O Projeto de Lei nº 290/2002 (PDE/2002-2010) atende às disposições constitucionais e às do Estatuto da Cidade no que concerne à outorga onerosa do direito de construir?

5. Ao fixar em uma vez a área do terreno o coeficiente de aproveitamento básico para o efeito de limitar o exercício gratuito do direito de construir, o Projeto de Lei nº 290/2002 procede a alguma desapropriação indireta do direito de construir ou fere “direito adquirido” do proprietário do terreno?
6. O valor do potencial construtivo adicional acima do coeficiente de aproveitamento básico até o limite representado pelo coeficiente de aproveitamento máximo deve ser excluído do valor venal do imóvel para efeito de aplicação do imposto predial e territorial urbano?

A consulta envolve complexa problemática constitucional e urbanística que requer considerações teóricas prévias a fim de construir as premissas básicas para as respostas sintéticas dos quesitos no final deste parecer; parecer que pretende demonstrar que:

1. o Projeto de Plano Diretor está em conformidade com o Estatuto da Cidade;
2. a outorga onerosa do direito de construir, prevista no Estatuto da Cidade, encontra fundamentos de validade na Constituição Federal;
3. não ocorre qualquer forma de desapropriação na hipótese considerada neste parecer;
4. a aplicação do instituto da outorga onerosa do direito de construir, em si, por princípio, não fere direito adquirido de ninguém.

1 Compatibilidade do Projeto de Plano Diretor com o Estatuto da Cidade

1. O Projeto de lei nº 290/2002 que aprova o Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo para o período de 2002 até 2010 autoriza, entre suas inúmeras disposições ordenadoras do território municipal, a outorga onerosa do direito de construir, que é um dos novos instrumentos jurídicos autorizados pelo Estatuto da Cidade (Lei federal nº 10.257, de 10.6.2001).

2. De fato, o Estatuto da Cidade estatui nos seus arts. 28 a 31 o seguinte:

Art. 28. O plano diretor poderá fixar áreas nas quais o direito de construir poderá ser exercido acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário.

§1º Para os efeitos desta Lei, coeficiente de aproveitamento é a relação entre a área edificável e a área do terreno.

§2º O plano diretor poderá fixar coeficiente de aproveitamento básico único para toda a zona urbana ou diferenciado para áreas específicas dentro da zona urbana.

§3º O plano diretor definirá os limites máximos a serem atingidos pelos coeficientes de aproveitamento, considerando a proporcionalidade entre a infra-estrutura existente e o aumento de densidade esperado em cada área.

Art. 29. O plano diretor poderá fixar áreas nas quais poderá ser permitida alteração de uso do solo, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário.

Art. 30. Lei municipal específica estabelecerá as condições a serem observadas para a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso, determinando:

I – a fórmula de cálculo para a cobrança;

II – os casos passíveis de isenção do pagamento da outorga;

III – a contrapartida do beneficiário.

Art. 31. Os recursos auferidos com a adoção da outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso serão aplicados com as finalidades previstas nos incisos I a IX do art. 26 desta Lei.¹

3. A *outorga onerosa do direito de construir* é um instituto jurídico que o Estatuto da Cidade inclui entre os instrumentos da política urbana (art. 4º, V, *n*), política essa que, segundo o art. 182 da Constituição, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. Mas, para que o instituto seja aplicado concretamente, é necessário que atenda certos pressupostos, objetivos, condições e destinação dos recursos auferidos.

4. Os *pressupostos* podem ser condensados num pressuposto básico que consiste na fixação de uma área ou zona pelo plano diretor na qual se admite construir além do coeficiente básico que também deve ser estabelecido no mesmo plano diretor. Os *objetivos* são, como um dos instrumentos da política urbana, servir à equilibrada ordenação das funções sociais das cidades, aplicar o princípio da igualdade na distribuição dos benefícios e ônus do processo de urbanização e, assim, evitar especulação imobiliária, que são diretrizes da política urbana fixada no Estatuto da Cidade (art. 2º, IX e XVI). As *condições* devem ser fixadas por lei municipal específica, mas o Estatuto da Cidade já as indica esquematicamente no art. 30, conforme transcrito *supra*.

O Projeto de Lei 290/2002 que institui o Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo cumpre integralmente todas essas exigências do Estatuto da Cidade em relação ao instituto da outorga onerosa do direito de construir (único

¹ Os incisos do citado art. 26 ficaram reduzidos a oito, porque o inc. IX foi vetado. Tais incisos estão reproduzidos no n. 7 *infra*.

objeto deste parecer). Fixa área na qual será possível a sua aplicação (art. 158), qual seja: toda *Macrozona de Estrutura e Qualificação Urbana demarcada no Mapa 05*. Fixa também o coeficiente de aproveitamento básico equivalente a uma vez a área do terreno, inerente a qualquer lote ou gleba urbanos localizados na Macrozona de Estrutura e Qualificação Urbana (arts. 130, III, a, e 160). Igualmente, fixa o coeficiente de aproveitamento máximo, quais sejam duas vezes e meia a áreas do terreno para qualquer imóvel situado na Macrozona de Estruturação e Qualificação Urbana (art. 167) e quatro vezes nas atuais zonas de uso designadas como Z3, Z4, Z5, Z10 e Z12 (art. 167, §1º).

Confira-se, em seguida, o teor dos dispositivos mencionados:

Art. 158. Áreas passíveis de Outorga Onerosa de Potencial Construtivo Adicional de Alteração de Uso são aquelas onde o direito de construir poderá ser excrescido acima do Coeficiente de Aproveitamento Básico mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário, conforme disposição dos arts. 28 da Lei Federal nº 10.257, de 10 de junho de 2001 – Estatuto da Cidade.

Parágrafo único – Salvo as exceções previstas nesta lei, toda a Macrozona de Estruturação e Qualificação Urbana demarcada no Mapa nº 05, integrante desta lei, é passível de Outorga Onerosa de Potencial Construtivo.”

.....

Art. 130. Para os efeitos desta lei, as seguintes expressões ficam assim definidas:

.....

III - Coeficiente de Aproveitamento é a relação entre a área edificada e a área do lote ou gleba, excluída a área não computável, podendo ser:

a) Básico, que corresponde à área de construção permitida e gratuita equivalente a uma vez a área do terreno, inerente a qualquer lote ou gleba urbana localizados na Macrozona de Estrutura e Qualificação Urbana;

b) Mínimo, fixado em 0,1, salvo exceções previstas em lei específica, abaixo do qual o imóvel poderá ser considerado subutilizado;

Antes de mais nada, cabe observar que o citado §3º do art. 28 emprega o plural ao declarar que o plano diretor definirá os *limites* máximos a serem atingidos pelos coeficientes de aproveitamento, e o faz coerentemente porque já no §2º do mesmo artigo faculta ao plano diretor fixar coeficiente de aproveitamento básico para toda a zona urbana ou diferenciado para áreas específicas dentro da zona urbana. Pois bem, é exatamente o que propõe o Projeto de lei 290/2002 (Plano Diretor Estratégico). Ele estabelece coeficientes diferenciados, fixando um coeficiente de aproveitamento básico correspondente a 1,0, o que vale dizer, coeficiente equivalente a uma vez área do terreno, e dois coeficientes máximos: um de 2,5 a área

do terreno para qualquer imóvel situado na Macrozona de Estrutura e Qualificação Urbana e de 4 vezes a área do terreno nas atuais zonas Z3, Z4, Z5, Z10 e Z12, portanto, coeficientes de aproveitamento diferenciados para áreas específicas (na verdade, especificadas) dentro da zona urbana. Mas não é só, porque está previsto que o coeficiente máximo não pode ser ultrapassado, nem mesmo quando direitos de construção adicionais sejam obtidos por qualquer mecanismo legal cabível no local (art. 130, III, *d*). Quer dizer, a limitação aí se refere não apenas à obtenção de direito adicional por via da outorga onerosa, mas também direito adicional de potencial construtivo auferido por via de operações urbanas consorciadas e da transferência do direito de construir (Estatuto da Cidade, arts. 32 e 35). Vale dizer, nos termos do art. 162, que a ampliação da área construída, além daquela proporcionada pelo coeficiente básico do lote ou gleba, está limitada não só ao coeficiente máximo, como visto acima, mas também ao estoque de potencial construtivo fixado para cada distrito ou subperímetro. Mas há outras limitações expressamente estabelecidas no Projeto que não permitem a ultrapassagem do coeficiente de aproveitamento básico (1,0) nas Zonas Exclusivamente Residenciais-ZER, de moradias unifamiliares, e na Macrozona de Proteção Ambiental (art. 165).

Além desses limites, importante condicionamento à aplicação do instituto se encontra traduzido no *caput* do art. 161 do Projeto, segundo o qual o coeficiente de aproveitamento básico (1,0) só poderá ser ultrapassado mediante contrapartida nos lotes ou glebas em que as condições do meio físico e a disponibilidade da infra-estrutura instalada permitam a intensificação do uso e ocupação do solo.

A disciplina que o Projeto de Plano Diretor Estratégico confere ao coeficiente de aproveitamento básico atende àqueles três parâmetros que Floriano de Azevedo Marques Neto diz que o plano diretor tem que observar, *in verbis*:

- I – regularização fundiária;
- II – execução de programas e projetos habitacionais de interesse social;
- III – constituição de reserva fundiária;
- IV – ordenamento e direcionamento da expansão urbana;
- V – implantação de equipamentos urbanos e comunitários;
- VI – criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes;
- VII – criação de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse ambiental;
- VIII – proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico.

5. A conclusão a que se chega é, por conseguinte, a de que o Projeto de Plano Diretor Estratégico submetido à consideração da Câmara Municipal do Município de São Paulo está absolutamente compatível com o Estatuto

da Cidade e, pelo visto, os contornos do instituto são definidos com rigor técnico-jurídico e com tal objetividade e neutralidade que se pode dizer que o plano diretor está observando os princípios constitucionais da impessoalidade, da finalidade e da preservação da essência da propriedade urbana.

2 Contornos jurídicos do instituto

6. A *outorga onerosa do direito de construir* é, como se disse, um novo instrumento da política urbana instituído pelo Estatuto da Cidade (art. 4º, V, “n”). As normas que regulam o instituto geram uma espécie de *solo criado*, ou seja, um espaço edificável acima do coeficiente de aproveitamento básico. A discussão sobre o solo criado é totalmente aproveitável para a compreensão dos contornos jurídicos do instituto da outorga onerosa do direito de construir. Formou-se uma sólida doutrina brasileira sobre o instituto com amplos debates que, àquela época, já incluía a questão de sua constitucionalidade que a *Carta de Embu*, elaborada com a participação de juristas, arquitetos, urbanistas e economistas corroborou sem restrições.² Limitar-me-ei, porém, a sintetizar observações que já fiz sobre o assunto em livro publicado.³ É que a tecnologia das construções proporcionou o surgimento de edificações com *pisos artificiais* sobrepostos ou subpostos, como unidades autônomas, a partir do *solo natural*, o que importou possibilitar a multiplicação do solo edificável em tantos novos solos quantos desses pisos artificiais sejam admitidos construir pela legislação edilícia ou de zoneamento. Mas o solo criado não se confunde com a simples superposição de andares de um edifício, porque para ser tal o seu conceito procura conjugar no mínimo os seguintes mecanismos:

- (1) coeficiente de aproveitamento único ou básico;
- (2) vinculação a um sistema de zoneamento rigoroso;
- (3) proporcionalidade entre solos públicos e solos privados.

7. O coeficiente único pode ser qualquer um. O *solo criado* é exatamente a possibilidade de edificar acima desse coeficiente estabelecido. Isso é o que consta do art. 28 do Estatuto, segundo o qual *o plano diretor poderá fixar áreas nas quais o direito de construir poderá ser exercido acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado, mediante contrapartida a*

² Cf. texto da *Carta de Embu* no meu *Direito urbanístico brasileiro*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000, pp. 257-259.

³ Minha ob. cit., pp. 250 e ss.

ser prestada pelo beneficiário. Este coeficiente básico é o elemento indispensável à configuração do instituto, cujo pressuposto essencial, como já visto, é a fixação de uma área ou zona pelo plano diretor na qual se admite construir além do coeficiente básico, tal como está fazendo o Projeto de Plano Diretor Estratégico, consoante já mostramos, o qual está fixando coeficientes máximos, igualmente indispensáveis, para que o instituto cumpra sua função de instrumento ordenador da cidade. Exatamente por isso é que os planos diretores e as leis urbanísticas se preocupam em fixar o *coeficiente de aproveitamento máximo* para cada zona de uso e ocupação, que é o *fator pelo qual a área do lote deve ser multiplicada para se obter a área total de edificação máxima permitida nesse lote*. O Estatuto da Cidade não impõe coeficiente máximo. Cria, porém, o conceito de *coeficiente básico*, estatuidando que *o plano diretor poderá fixar coeficiente de aproveitamento básico único para toda a zona urbana ou diferenciado para áreas específicas* (art. 28, §2º). Quer dizer, em princípio, o proprietário do lote tem o direito de erguer no seu terreno uma construção nos limites desse coeficiente básico admitido, bastando, para tanto, obter a correspondente licença da Prefeitura, sem ônus senão o pagamento da taxa de polícia pertinente.

8. Onde o plano diretor e a lei de zoneamento permitem, o proprietário poderá construir acima do coeficiente básico previsto, mas, nesse caso, sua faculdade de construir não será um direito que decorra da propriedade do terreno. Esse direito terá que ser adquirido do Poder Público municipal por via daquilo que a lei conceitua como *outorga onerosa do direito de construir*. É essa possibilidade de construir acima do coeficiente básico que caracteriza, juridicamente, o solo criado e agora a outorga onerosa do direito de construir. Mencionei acima que isso só pode ocorrer onde o plano diretor e a lei de zoneamento o permitem, porque é imprescindível a vinculação do instituto com o zoneamento, sob pena de a outorga onerosa do direito de construir se transformar num instrumento deformador da cidade ou até de um simples meio de arrecadação de recursos financeiros. Quer dizer, é necessário um instrumento que o limite, assim como é indispensável obedecer à proporcionalidade entre solo público e solo privado. O Estatuto acolhe esses mecanismos no art. 28, §3º, onde estabelece que *o plano diretor definirá os limites máximos a serem atingidos pelos coeficientes de aproveitamento, considerando a proporcionalidade entre a infraestrutura existente e o aumento de densidade esperado em cada área*. Tudo isso está sendo atendido pelo Projetado de Plano Diretor Estratégico, conforme mostrei acima.

9. O Estatuto andou acertadamente, estatuidando a *outorga onerosa do direito de construir*, que é importante instrumento da política urbana e da ordenação das funções sociais da cidade constitucionalmente estabelecidas (art. 182). Seguiu, nesse particular, o sistema francês.⁴ De fato, na França, a Lei 75-1.328, de 31.12.1975, estabeleceu que uma densidade igual a 1,0 constituía o limite legal de densidade. Para a cidade de Paris, esse coeficiente era fixado em 1,5. Além desse limite, chamado *plafond légal de densité* (teto legal de densidade), o exercício do direito de construir se subordinava ao interesse coletivo. Toda construção de densidade excedente ao *plafond légal* era subordinada ao pagamento, pelo beneficiário da autorização para construir, de uma soma igual ao valor do terreno. Quer dizer, o proprietário do terreno teria direito de construir até uma vez a área do lote (uma e meia, em Paris). Se quisesse construir além desse coeficiente, onde as normas urbanísticas o permitissem, teria que adquirir da Municipalidade esse direito, ao preço do solo natural. Vê-se logo que esse é o sistema adotado pelo Estatuto da Cidade, com a diferença de que o preço e condições ficaram para serem fixados por lei municipal específica.

3 Direito de propriedade, direito de construir e outorga onerosa

10. Quando se discutia a aplicação do solo criado, surgiu a questão de sua constitucionalidade. O debate e suas conclusões são inteiramente aproveitáveis em relação à outorga onerosa do direito de construir, que é, em essência, uma forma de solo criado. Na discussão surgiu, algumas vezes, a tese da separação entre direito de propriedade e direito de construir. Eu próprio enfrentei essa questão nos termos seguintes:

O conceito de solo criado [*e agora de outorga onerosa do direito de construir*] não importa a separação da faculdade de construir do direito de propriedade do terreno. Ao contrário, reafirma sua correlação, na medida em que transforma em direito subjetivo a faculdade de construir até o limite do coeficiente único estabelecido [*ou básico na concepção do Estatuto da Cidade*].

.....

Vale, pois, dizer que, se adotado o instituto do solo criado, permanecerá intacta a norma do art. 572 do CC, segundo o qual, como já tantas vezes vimos, o proprietário pode levantar em seu terreno as

⁴ Cf. minha ob. cit., p. 254 e 255.

construções que lhe aprovar, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos. O solo criado [*agora a outorga onerosa do direito de construir*] nada mais seria do que uma simples restrição ao direito de construir, tal como as que já existem hoje nas leis de uso e ocupação do solo.⁵ Isso é, será uma simples aplicação dos ditos “regulamentos administrativos”, que, em verdade, são todas essas leis de uso do solo e demais leis e regulamentos edifícios.⁶

11. A questão da constitucionalidade do instituto também aflorou nos debates doutrinários. A *Carta do Embu*, elaborada com a participação de juristas, arquitetos, urbanistas e economistas, foi um documento fundamental nesses debates. Dela, para os fins deste parecer, destaca-se o considerando que afirma que “o direito de propriedade, assegurado na Constituição, é condicionado pelo princípio da função social da propriedade, não devendo, assim, exceder determinada extensão de uso e disposição, cujo volume é definido segundo a relevância do interesse social”, a partir do que se concluiu ser constitucional a fixação, pelo Município, de um coeficiente único de edificação para todos os terrenos urbanos e que tal fixação não interferia com a competência municipal para estabelecer índices diversos de utilização dos terrenos, tal como já fazia, mediante legislação de zoneamento e, finalmente, considerava toda edificação acima do coeficiente único como solo criado (n. 1). É exatamente isso que autoriza o art. 28 do Estatuto da Cidade quando autoriza o plano diretor a fixar áreas nas quais o direito de construir poderá ser exercido acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário, autorização legal que o Projeto de Plano Diretor Estratégico, ora em tramitação na Câmara Municipal paulistana, está aplicando no território do Município de São Paulo, conforme já foi mostrado acima.

12. Seabra Fagundes fez as seguintes considerações sobre o solo criado na forma prevista na *Carta do Embu*, considerações inteiramente válidas em relação à outorga onerosa do direito de construir que nos ocupa neste parecer. Escreve ele:

O direito de propriedade, em nosso país, está condicionado, portanto, à sua compatibilidade e ao seu entrosamento com o interesse comum, na plenitude dessa compatibilidade e desse entrosamento se traduzindo a sua função social.

⁵ Nesse mesmo sentido, em relação ao instituto correspondente na França, *plafond legal de densité*, Robert Savy, *Droit de l'urbanisme*, p. 294: “L'institution du plafond legal de densité (PLD) em 1975 entend se présenter comme une simple limitation de l'exercice du droit de construire”.

⁶ Cf. meu *Direito urbanístico brasileiro*, cit., p. 253.

Assim sendo, cabe ao legislador, não somente no delimitar o conteúdo de tal direito, como no traçar regras para o seu exercício, vinculá-lo ao padrão constitucional fixado, isto é, fazê-lo harmônico com o interesse social na sua mais ampla expressão.

O apelo a esse padrão há de ter uma das suas aplicações mais importantes, hoje em dia, na regulação do uso do solo urbano, propriamente dito, para a implantação de edifícios. O que vale dizer, para a disciplina do solo criado. Armado o legislador pelo texto da Carta Política, pode dispor sobre quanto se lhe afigure próprio para resguardar as cidades brasileiras contra o uso, indiscriminado ou nocivo, da construção vertical, desde que não chegue a eliminar o conteúdo econômico das propriedades atingidas (e à eliminação se equiparam às restrições que o tornam insignificantes como valor), ou a tratar discriminatoriamente determinadas propriedades, como tal entendido o tratamento que poupe ou grave, sem razão válida de interesse público, excluindo-as da sujeição a critério de caráter geral.⁷

E logo, o pranteado publicista, conclui:

O coeficiente único de edificação, a que se refere a Carta do Embu na primeira das suas conclusões, se nos afigura instrumento válido, e o melhor, para a execução de uma política, equânime no que diz com os titulares de propriedade imóvel urbana, e benéfica no concernente às condições de vida na cidade.⁸

Pode-se, pois, transplantar essa doutrina para a outorga onerosa do direito de construir, observando que ela não elimina o conteúdo econômico das propriedades atingidas, uma vez que mantém, sem ônus (salvo taxa de licença), o direito de edificar uma construção correspondente à área do solo natural, ou seja, o aproveitamento do terreno correspondente ao coeficiente básico, que equivalente àquele coeficiente único da *Carta do Embu*, igual a uma vez a área do lote.

13. O princípio essencial da outorga onerosa do direito de construir, tal como na doutrina do solo criado, é a adoção do coeficiente de aproveitamento básico 1,0. Por isso a seguinte lição de Hely Lopes Meirelles calha bem ao caso em exame:

⁷ Cf. "Aspectos jurídicos do solo criado", RDA 129/4 e 5.

⁸ Cf. RDA 129/6. Observe-se que o Min. Seabra Fagundes discordou da conclusão n. 2 da Carta do Embu, que envolvem questões que não foram adotadas pelo instituto da outorga onerosa do direito de construir. Uma das discordâncias se refere à direito de transferência do solo criado, porque ele entendia que isso só poderia ser admitido por lei federal, como, em certo sentido, agora foi regulado no Estatuto da Cidade, tal como a negociabilidade dos certificados de potencial adicional de construção nas operações urbanas consorciadas (art. 34) e a transferência do direito de construir nas condições previstas no art. 35. Essas questões não se aplicam ao instituto de outorga onerosa do direito de construir, ainda que agora as objeções do ilustre publicista ficassem resolvidas.

Considera-se solo criado toda área edificável além do coeficiente único de aproveitamento do lote, legalmente fixado para o local. O solo criado será sempre um acréscimo no direito de construir, além do coeficiente básico de aproveitamento estabelecido pela lei; acima desse coeficiente, até o limite que as normas edilícias admitirem, o proprietário não terá o direito originário de construir, mas poderá adquiri-lo do Município, nas condições gerais que a lei local dispuser para a respectiva zona.⁹

Vale dizer, Hely Lopes Meirelles, mesmo em face do direito constitucional anterior sempre achou lícito o instituto, que agora se chama outorga onerosa do direito de construir, por entender que a liberdade de construir não é absoluta, sendo possível ao Poder Público impor-lhe limitações no interesse da coletividade, entre as quais, no que concerne à edificação urbana, está o condicionamento da construção a determinados coeficientes de uso e ocupação do solo.¹⁰ Se assim se admitia em face da Constituição anterior, com mais razão o será diante da Constituição de 1988 que deu à função social da propriedade uma dimensão muito mais intensa, a ponto de se ter como certo que ela acolheu a doutrina segundo a qual a propriedade urbana é um típico conceito de direito urbanístico, como se demonstrará em seguida recorrendo a textos meus incorporados em livro há muito publicado.¹¹

14. Muitas vezes tenho escrito sobre a nova concepção do direito de propriedade que decorre da Constituição de 1988, especialmente pelo tratamento que ela deu ao princípio da função social da propriedade, procurando mostrar que esse instituto não se confunde com as limitações da propriedade, porque limitações dizem respeito ao exercício do direito, ao proprietário, enquanto a função social interfere com a estrutura do direito mesmo, à propriedade.¹² A *função social da propriedade* vem expressa, para a propriedade em geral, no art. 5º, XXIII, da Constituição, mas esta não se limitou a isso. Reafirmou a instituição da propriedade e sua função social como princípio da ordem econômica (art. 170, II e III), e o inscreveu com conteúdo definido em relação à propriedade urbana e rural, nos arts. 182, 184 e 186. A funcionalização da propriedade é um processo longo, consoante mostrou Karl Renner, segundo o qual a função social da propriedade se modifica com as mudanças na relação de produção.¹³ E toda vez que isso ocorreu houve transformação na estrutura interna do conceito de propriedade, surgindo nova

⁹ Cf. "Solo criado", parecer, em *Estudos e pareceres de direito público*, v. IX, São Paulo, RT, 1986, p. 333.

¹⁰ Ob. cit., p. 334.

¹¹ Cf. meu *Direito urbanístico brasileiro*, cit., pp. 71 e ss.

¹² Cf. ob. cit. *supra*, p. 71; também meu *Curso de direito constitucional positivo*, 20ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002, pp. 280 e 281.

¹³ Cf. *Gli istituti del diritto privato e la loro funzione sociale*, Bolonha, Il Mulino, 1981, p. 84.

concepção sobre ela, de tal sorte que, ao estabelecer expressamente que *a propriedade atenderá a sua função social* (art. 5º, XXIII), mas especialmente quando o reputou princípio da ordem econômica (art. 170, III), a Constituição não estava simplesmente preordenando fundamentos às limitações, obrigações e ônus relativamente à propriedade privada, mas adotando um princípio de transformação da propriedade, um princípio que condiciona a propriedade como um todo, não apenas seu exercício, possibilitando ao legislador entender com os modos de aquisição em geral ou com certos tipos de propriedade, com seu uso, gozo e disposição. Com essa concepção é que o intérprete tem de entender as normas constitucionais que fundamentam o regime jurídico da propriedade: sua garantia enquanto atende à sua função social. Advirta-se, porém, que o princípio da função social não autoriza a esvaziar a propriedade de seu conteúdo essencial mínimo, porque este está também assegurado pela norma constitucional de sua garantia.¹⁴ Ora, esse conteúdo essencial, no que tange ao solo urbano, é preservado pelo Estatuto da Cidade e pelo Projeto de Plano Diretor Estratégico quando o primeiro autoriza e o segundo adota o coeficiente de aproveitamento básico que garante ao proprietário edificar até uma vez a área de seu terreno.

1.5. Bastava a previsão constitucional de que *propriedade há de atender sua função social* (art. 5º, XXIII), para a propriedade em geral, para que toda forma de propriedade fosse intrinsecamente permeada daquele princípio. Apesar disso, a Constituição cuida expressamente da *propriedade urbana*, inserindo-a no contexto de normas e planos urbanísticos, vinculando sua função social à ordenação da cidade, expressa no plano diretor (art. 182, §§1º e 2º). Com tais normas, a Constituição fundamenta a doutrina segundo a qual a propriedade urbana é formada e condicionada pelo direito urbanístico a fim de cumprir sua função social específica: realizar as chamadas funções urbanísticas de propiciar *moradia*, condições adequadas de *trabalho*, *recreação* e *circulação humana*; realizar, em suma, as *funções sociais da cidade* e *garantir o bem-estar de seus habitantes* (CF, art. 182).

Vale dizer, na justa observação de Pedro Escribano Collado, a função social da propriedade urbana repousa num pressuposto de primordial importância, qual seja: o de que a atividade urbanística constitui uma *função pública da Administração*, que, em consequência, ostenta o poder de determinar a ordenação urbanística das cidades, implicando, nisso, a iniciativa privada e os direitos patrimoniais

¹⁴ Cf. meu *Direito urbanístico brasileiro*, cit., pp. 72-73.

dos particulares. Afirma-se mesmo que é, em relação à propriedade urbana, que a função social, como preceito jurídico-constitucional plenamente eficaz, tem seu alcance mais intenso por atingir o regime de atribuição do direito e o regime de seu exercício. Pelo primeiro cumpre um objetivo de legitimação, enquanto determina uma causa justificadora da qualidade de proprietário. Pelo segundo realiza um objetivo de harmonização dos interesses sociais e dos privativos de seu titular, através da ordenação do conteúdo do direito.¹⁵

Nesse sentido, é expressiva a lição de Spantigatti nos termos seguintes:

A função social da propriedade urbana, de acordo com o art. 3º, constitui um equilíbrio entre o interesse privado e o interesse público que orienta a utilização do bem e predetermina seus usos, de sorte que se pode obter, nos modos de vida e nas condições de moradia dos indivíduos, um desenvolvimento pleno da personalidade. Nesta construção está claro que o interesse do indivíduo fica subordinado ao interesse coletivo por uma boa urbanização, e que a estrutura interna do direito de propriedade é um aspecto instrumental no respeitante ao complexo sistema da disciplina urbanística.¹⁶

Enfim, para concluir mais uma vez com Pedro Escribano Collado:

o direito do proprietário está submetido a um pressuposto de fato, à qualificação urbanística dos terrenos, cuja fixação é da competência da Administração, de natureza variável, de acordo com as necessidades do desenvolvimento urbanístico das cidades, cuja apreciação corresponde também à Administração.¹⁷

16. O surgimento de uma ampla normatividade jurídico-urbanística, especialmente os planos diretores urbanísticos, vem importando em profunda mudança na correlação entre o direito de construir e o direito de propriedade. Se é certo que ainda se tem aquele como uma emanção deste, não é menos certo que o princípio da função social possibilita ao Poder Público municipal estabelecer novos conteúdos àqueles direitos. O fundamento para tanto se acha nos §§1º e 2º do art. 182 da Constituição quando declara que *o plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana e que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às*

¹⁵ Cf. Pedro Escribano Collado, *La propiedad privada urbana*, Madrid, 1979, p. 137, cf. também referência em minha ob. cit., *supra*, p. 74.

¹⁶ Cf. Federico Spantigatti, *Manual de derecho urbanístico*, Madrid, Montecorvo, 1973, pp. 291-292. Note-se que a referência ao art. 3º é da Constituição italiana, referência que encontra igual símile nos princípios de nossa Constituição.

¹⁷ Ob. cit., p. 138.

exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no mesmo plano diretor.

Fosse isso pouco e sepultaria a alegação de inconstitucionalidade do instituto [*outorga onerosa do direito de construir*] a expressa previsão constante do art. 30, VIII, da Carta Maior, que insere dentre as competências do Município 'promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano'. Sendo a matéria prevista na Seção IX do Capítulo II do Estatuto da Cidade nada mais do que balizamento para a ocupação do solo urbano com vistas a seu planejamento (meio de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, consoante a dicção constitucional – art. 182), soaria um tanto esquizofrênico defender a incompatibilidade do instituto do solo criado, posto como está no Estatuto da Cidade, com o texto constitucional.¹⁸

17. Em suma, a outorga onerosa do direito de construir, autorizado no Estatuto da Cidade, é compatível com as normas constitucionais vigentes.¹⁹ Essa compatibilidade já era admitida, em geral, até mesmo no regime constitucional revogado, onde não havia fundamentos tão marcantes como ocorre no direito constitucional vigente. O Estatuto da Cidade, contudo, não incide diretamente. Limita-se a traçar as diretrizes da política do desenvolvimento urbano, nos termos dos arts. 21, XX, e 182 da Constituição, a ser executada pelo Poder Público municipal. Quer dizer, a aplicação, em concreto, da outorga onerosa do direito de construir só é legítima quando o plano diretor fixa área para tanto. Ora, como já foi amplamente demonstrado, é exatamente isso que está fazendo o Projeto de lei 290/2002 (Plano Diretor Estratégico) em tramitação na Câmara Municipal de São Paulo. Com a aprovação desse projeto, fecha-se o círculo normativo que dá fundamento de validade à aplicação do instituto.

4 A questão do direito adquirido

18. Não existe direito adquirido a determinado coeficiente de aproveitamento. Se houvesse, a cidade ficaria congelada. O fato mesmo de a Constituição estabelecer a possibilidade de o Poder Municipal executar a

¹⁸ Cf. Floriano de Azevedo Marques Neto, ob. cit., p. 231.

¹⁹ Essa compatibilidade é reconhecida, como visto, por Floriano de Azevedo Marques Neto, ob. cit., pp. 228 e ss., e também por Márcia Walquíria Batista dos Santos, em comentário aos arts. 28-31 do Estatuto da Cidade, em Odete Medauar e Fernanda Dias Menezes de Almeida, *Estatuto da Cidade, Lei 10.257, de 10.07.2001, Comentários*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, pp. 137 e ss.

política de desenvolvimento urbano, conforme diretrizes fixadas em lei federal, com o objetivo de ordenar as funções sociais da cidade, demonstra que, nessa questão, não há direito adquirido, porque ordenar as funções sociais da cidade significa poder modificar índices e coeficientes urbanísticos. Pode eventualmente surgir uma discussão sobre o direito adquirido na matéria em algum caso concreto, ou seja, numa situação em que o titular de um direito de construir já tenha licença de edificar no regime do direito vigente, mas, em abstrato, sem o exercício de direito subjetivo de construir em concreto, não pode surgir direito adquirido.

19. Convém, contudo, dizer alguma coisa mais sobre a questão do direito adquirido em matéria urbanística. Vou fazê-lo com base em textos já publicados, onde enfrentei o assunto de modo que a posição ali sustentada mostra que, no caso em tela, a garantia não se aplica. Recorro a texto meu anterior,²⁰ até para mostrar que não estou aqui construindo doutrina adrede preparada.

20. Meus estudos sobre o tema partiram da observação de que a doutrina não tem definido com clareza a questão do direito adquirido ao uso e ocupação do solo (ainda que a jurisprudência do STF já tenha dado largos passos no esclarecimento do tema, como se transcreverá em seguida). Uma posição enfática é a de que é inadmissível direito adquirido em face do interesse coletivo, dado que o direito dos particulares sempre está condicionado ao interesse geral. Isso tem importância para a questão que nos ocupa aqui, mas não é decisiva. Por isso, o estudo dessa problemática tem que partir de algumas distinções. A primeira que precisa ser feita é entre *uso do solo ou de edificações* e *ocupação do solo*, ou seja, *assentamento da edificação no lote*, porque o zoneamento de uso e o assentamento urbano incidem na ordem jurídica de modo diferente e com consequências diversas. O exercício do direito de uso pode ser deslocado no espaço, enquanto o assentamento urbano é indeslocável. Quer dizer, não se transfere uma edificação desconforme de um modelo de assentamento para outro em que seja conforme, como é possível fazer com um uso desconforme, deslocando-o para uma zona de uso em que ele seja admissível. O tema deste parecer se situa no âmbito do assentamento urbano, mais precisamente, se insere no regime da implantação da edificação no lote, por isso não é necessário aqui discutir a questão do direito adquirido em relação ao uso estritamente considerado.

²⁰ Cf. meu *Direito urbanístico brasileiro*, cit., pp. 283 e ss.

21. Outra distinção necessária diz respeito às várias *situações jurídicas subjetivas*, que, como se sabe, podem ser simples interesse, interesse legítimo, expectativa de direito, direito condicionado, direito subjetivo; este, e só este, pode transformar-se em direito adquirido, ocorrendo as condições para o nascimento deste. A ilustração do assunto, em relação à implantação da edificação no lote, consta do seguinte texto, que me permito transcrever:

Se alguém pretende realizar uma construção de determinado tipo, e pensa em adquirir o lote para tanto em uma zona, não tem até aí nada mais que um simples interesse, traduzido no seu desejo manifestado ou não. Se adquire o terreno, ou mesmo se já o possui antes, cabe-lhe o direito de construir *in abstracto*, mera faculdade que se revelará, então, como interesse legítimo; se pede informações sobre o modelo de assentamento previsto para a zona, ou até mesmo se obtém um certificado que, naquele momento, lhe dá a certeza de que pode erguer a construção como pretende, no máximo isso lhe dá uma expectativa de direito; se pede a aprovação pura e simples de um projeto de construção de acordo com esse certificado, mas ainda não requereu nem obteve a licença para construir, ainda assim sua situação jurídica subjetiva continua no limiar da expectativa de direito concreto; se requer a licença para construir com projeto em consonância com a legislação vigente, surge-lhe o que se chama direito de construir *in concreto*, que se traduz, no caso, em *direito subjetivo* à licença solicitada. Esta, contudo, por via de regra, é outorgada com prazo de vigência para o início da edificação licenciada; daí temos um direito subjetivo de construir condicionado. Vale dizer, transcorrido o prazo de vigência, caduca-se o direito de construir com base naquela licença, que perde eficácia. Dentro do prazo, corre a favor do titular da licença o direito subjetivo de usá-la tal qual nela se consubstancia. Depois de iniciada a construção prevista na licença, esta preside à relação jurídica construtiva até sua conclusão, salvo interrupção prolongada, que, geralmente, é também prevista como causa de caducidade da eficácia da licença. Só nessas circunstâncias – licença no prazo da vigência ou já em execução – é que é possível colocar a questão do direito adquirido, se, nessa fase, sobrevier lei modificativa da *situação jurídica objetiva* anterior, com efeitos sobre a *situação jurídica subjetiva* formada com base nela.²¹

22. Não é o caso de me estender mais aqui sobre o assunto, porque daí já se tem uma conclusão nos limites do interesse deste parecer, qual seja: a posse de um terreno edificável só atribui ao seu proprietário o direito de construir *em abstracto*, que não gera mais do que simples interesse

²¹ Cf. minha ob. cit., pp.285 e 286.

legítimo à construção e não direito adquirido, mas sequer produz direito adquirido o direito de construir *in concreto*, que decorre do requerimento da licença para construir, que só gera um direito subjetivo condicionado. Entendi e entendo, e assim escrevi, que nem a outorga da licença para construir ainda dentro do prazo de vigência produz direito adquirido à efetivação da construção.²² Mas essa questão já extrapola o interesse deste parecer, porque aqui se está preocupado em saber se o fato de o Plano Diretor Estratégico adotar o coeficiente de aproveitamento básico para efeito de limitar o exercício gratuito do direito de construção fere direito adquirido. A conclusão, como se vê, é no sentido negativo.

Nesse sentido, é bastante firme a jurisprudência do STF em casos que, não sendo iguais, porque a outorga onerosa só agora entra no sistema, valem, no entanto, como ilustração à doutrina afirmada supra. Confira-se:

Ementa: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. DIREITO DE CONSTRUIR. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA.

I – O direito de edificar é relativo, dado que condicionado à função social da propriedade: C.F., art. 5º, XXII e XXIII. Inocorrência de direito adquirido: no caso, quando foi requerido alvará de construção, já existia a lei que impedia o tipo de imóvel no local.

II – Inocorrência de ofensa aos §§1º e 2º do art. 182, C.F. (...) (RE-178836/SP – Relator: Min. CARLOS VELLOSO – Publicação: DJ DATA 20-08-99 PP-00044 EMENT VOL-01959-02 PP-00202 Julgamento: 08/06/1999).

Ementa: LICENÇA PARA CONSTRUIR. REVOGAÇÃO. OBRA NÃO INICIADA. LEGISLAÇÃO ESTADUAL POSTERIOR.

I. Competência do Estado Federado para legislar sobre áreas e locais de interesse turístico, visando à proteção do patrimônio paisagístico (C.F., art. 180). Inocorrência de ofensa ao art. 15 da Constituição Federal [1969].

II. Antes de iniciada a obra, a licença para construir pode ser revogada por conveniência da Administração Pública, sem que valha o argumento do direito adquirido. Precedentes do Supremo Tribunal. Recurso Extraordinário não conhecido (RE-105634/PR – Relator: Min. FRANCISCO REZEK – Publicação: DJ 08-11-85 PG-20107 – EMENT VOL-01399-02 – Julgamento: 20/09/1985).

Ementa: DIREITO DE CONSTRUIR. MERA FACULDADE DO PROPRIETÁRIO, CUJO EXERCÍCIO DEPENDE DE AUTORIZAÇÃO DO ESTADO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO À EDIFICAÇÃO ANTERIORMENTE LICENCIADA

²² Cf. nesse sentido minha ob. cit., p. 289.

– MAS NEM SEQUER INICIADA –, SE SUPERVENIENTEMENTE FORAM EDITADAS REGRAS NOVAS, DE ORDEM PÚBLICA, ALTERANDO O GABARITO PARA CONSTRUÇÃO NO LOCAL. Precedentes do Supremo (AG. REG. EM AG.DE INSTR. OU DE PETIÇÃO AGRAG-135464/RJ – Relator: Min. ILMAR GALVÃO – Publicação: DJ 22-05-92 PP-07217 – EMENT VOL-01662-02 PP-00453 – RTJ VOL-00142-01 – Julgamento: 05/05/1992).

.....
Ementa: Licença de construção. Requerimento de alvará indeferido em face da legislação vigente por ocasião do exame do projeto. Inexistência de direito de construir segundo a legislação vigente por ocasião do protocolamento do pedido. Inocorrência de afronta a direito adquirido (art. 153, parágrafo 3º, da CF) e inadequação de negativa de vigência aos arts. 2º e 6º da Lei de Introdução ao Código Civil. Recurso Extraordinário não conhecido (RE-90059/SP – Relator: Min. DJACI FALCÃO – Publicação: DJ 28-03-80 PP-01775 – EMENT VOL-01165-02 PP-00505 – RTJ VOL-00097-03 PP-00704 - Julgamento: / //1980).

.....
Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TENDO COMO FUNDAMENTO A CONTRARIEDADE A DIREITO ADQUIRIDO, A COMPETÊNCIA PARA JULGAR O APELO EXTREMO CONTINUA COM O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. LICENÇA PARA CONSTRUIR. HIPÓTESE DE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE RENOVAÇÃO E NÃO DE REVOGAÇÃO DA PRÓPRIA LICENÇA. DIREITO ADQUIRIDO INEXISTENTE, AINDA MAIS CONSIDERANDO SER O PEDIDO DE RENOVAÇÃO POSTERIOR À LEI MUNICIPAL QUE DECLARARA A ÁREA *NON AEDIFICANDI*. CONTESTAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO BASEADA EM MATÉRIA DE FATO E DIREITO LOCAL, QUE REFOGEM DO ÂMBITO DE JURISDIÇÃO EXTRAORDINÁRIA. RE NÃO CONHECIDO (RE-118226/RJ – Relator: Min. CELIO BORJA – Publicação: DJ 13-10-89 PG-15760 – EMENT VOL-01559-01 PG-00102 – Julgamento: 26/09/1989).

23. Daí decorre outra consequência. Como o fato de possuir um terreno edificável não reserva a seu proprietário, aqui e agora, um direito futuro de construir de acordo com a situação jurídica existente no presente, não tem nenhuma pertinência falar-se em desapropriação de seu direito de construir acima do coeficiente que a lei vier a estabelecer. Se houvesse um tal direito em relação à fixação de um coeficiente único, tal existiria em relação à fixação de qualquer coeficiente de aproveitamento. Em toda cidade há coeficiente 1,0 fixado para determinadas zonas de uso e ocupação do solo; jamais se questionou a legitimidade dessa fixação, jamais qualquer proprietário pretendeu sustentar que tenha havido desapropriação indireta de alegado direito de construir acima desse coeficiente 1,0. Então por que é que a ampliação desse coeficiente há de ter tal consequência? A fixação de um coeficiente de aproveitamento básico não está retirando nada que, em concreto, o proprietário possua agora.

24. Significa isso, como ressalta a doutrina, que a ordenação urbanística dos terrenos define o conteúdo da propriedade, com a consequência de que sobre tais ordenações não poderá fundamentar-se uma pretensão de indenização econômica por parte dos proprietários. Pois, se ao proprietário de um lote corresponde ainda o “*ius aedificandi*”, não mais de acordo com a concepção de direitos absolutos sobre a coisa, a respeito dos quais unicamente se admitiam episódicas restrições, mas em conformidade com o princípio da função social que condiciona o exercício dessa atividade com as conformações impostas pelo plano diretor.²³

5 A questão da contrapartida, legitimidade e natureza

25. A outorga do direito de construir se tem como *onerosa* exatamente por ser um negócio que exige uma contrapartida do beneficiário. Isso é novidade no nosso ordenamento jurídico, mas, como visto, é uma novidade que encontra amparo na Constituição. O instituto é o resultado das transformações por que vem passando o direito urbanístico em todo o mundo que fixa o destino do solo urbano. De fato, consoante já mostrei de outra feita,²⁴ a qualificação do solo como urbano é função dos planos e normas urbanísticas que lhe fixam o *destino urbanístico* a que fica vinculado o proprietário. Esse destino consiste primordialmente na ordenação do terreno e na sua predeterminação a uma das funções do urbanismo. No dizer de Garcia de Enterría, “o destino é um instrumento de ordenação da propriedade que se planifica, através de sua natureza vinculante. Isso significa que é a figura por meio da qual se constrói o direito de propriedade [...]. O destino cria uma *utilidade legal* que pode aproveitar ao proprietário e que se contrapõe à *utilidade natural* dos terrenos, identificada com sua natureza rústica”.²⁵

26. A cidade é um ser coletivo e, como tal, condiciona toda a vida de seus habitantes. A ordenação urbanística, expressa no plano diretor (CF, art. 182), tem por objeto a racionalização dos usos e aproveitamentos do solo em função das necessidades dessa coletividade. Sua conversão em função social, segundo exigências fundamentais expressas no plano diretor, está precisamente a serviço daquela ideia, enquanto implica retirar da pura conveniência ou arbítrio individual do proprietário a decisão sobre

²³ Sobre o assunto, cf. Eduardo García de Enterría e Luciano Parejo Alfonso, *Lecciones de derecho urbanístico*, v. I, Madri, Editorial Civitas, 1979, pp. 412 e ss.

²⁴ Cf. minha ob. cit., pp. 78 e ss.

²⁵ *Apud* Pedro Escribano Cofiado, ob. cit., p. 183.

toda transformação, aproveitamento e utilização do solo que exceda o coeficiente de aproveitamento estabelecido no plano diretor, para trasladá-la para o Poder Público.²⁶

Em definitiva, para que la ordenación urbanística pueda alcanzar su finalidad ha debido cumplirse la independización del *ius aedificandi* del derecho tradicional de propiedad, de modo que dicha facultad deja de estar en el contenido previo y consustancial de éste para pasar a ser el resultado de una atribución positiva al mismo de la ordenación urbanística, realizada, conforme a la estructura de ésta, por la LS o, en virtud de la misma, por los Planes urbanísticos.²⁷

27. Por isso é legítima a distribuição, pelo Poder Público municipal, de direito adicional de construir, mediante contrapartida no interesse da ordenação da cidade, onde o plano diretor admita construção para além do coeficiente de aproveitamento fixado. É que o Poder Público municipal tem como que um domínio eminente sobre o direito de construir, que, em qualquer tempo, sempre ficou sob o seu controle. Demais, como se viu acima, embora a edificabilidade seja uma nota característica do solo urbano, este, como também se viu acima, só adquire tal qualificação por força das normas de ordenação urbanística, ou ainda de modo mais amplo, ordenação da cidade expressa no plano diretor, que é, como também se viu, uma função do Poder Público municipal, como decorre das normas do art. 182 da Constituição. Então, quando a ordenação urbanística da cidade estabelece um coeficiente de aproveitamento básico, fá-lo legitimamente e, quando as normas dessa mesma ordenação (plano diretor) reservam áreas em que se faculta aplicar a outorga do direito de construir mediante contrapartida onerosa no interesse coletivo, a Municipalidade age como titular de tais direitos que legitimamente pode transferir a proprietários que queiram e possam construir acima do coeficiente básico.

28. Enfim, qual a *natureza da contrapartida financeira*? Começemos pela natureza da outorga. Ela é *onerosa* exatamente porque se trata de um negócio jurídico mediante o qual o Poder Público municipal concede ao proprietário de um imóvel o potencial construtivo acima do coeficiente de aproveitamento básico ou a possibilidade de alteração de uso do imóvel, mediante o pagamento de contrapartida financeira.²⁸ Tenha-se em mente essa natureza do instituto, ou seja, a contrapartida financeira não é uma

²⁶ Cf. Eduardo García de Enterría e Luciano Parejo Alfonso, ob. cit., v. I, p. 181.

²⁷ Id., Ibid., p. 181. “LS” é referência à Lei do Solo espanhola, cujas determinações, no aspecto considerado, encontra-se símile na nossa Carta Magna e no Estatuto da Cidade.

²⁸ Esse conceito se acha firmado no art. 130, V, do Projeto de lei 290/2002 (Plano Diretor Estratégico).

imposição do Poder Público, mas um preço²⁹ fundado num acordo de vontades. Tem-se, pois, no caso, um negócio bilateral que, por isso mesmo, se constitui por concurso de vontades, pelo qual o proprietário de um imóvel no qual se admita construir acima do coeficiente de aproveitamento básico propõe adquirir da Municipalidade a quantidade de potencial construtivo do seu interesse até o limite do coeficiente máximo permitido na área. A Municipalidade examina a proposta aceitando-a ou não, tendo em vista certos fatores, inclusive as possibilidades do estoque de potencial construtivo para o distrito ou perímetro de que se trata, já usando aqui disposições do Projeto de Plano Diretor Estratégico (art. 162). Aceita a proposta, forma-se o acordo de vontades pela interdependência das obrigações das partes, ou seja, a obrigação da Municipalidade de outorgar o potencial construtivo comprometido e a obrigação do adquirente de pagar a contrapartida, na forma prevista no Projeto, pelo depósito da importância do FUNDURB. A natureza bilateral do negócio implica sua onerosidade, pois negócio jurídico bilateral é, necessariamente, oneroso, por isso que, havendo prestações correlatas, a relação entre vantagem e sacrifício decorre da própria estrutura do negócio jurídico, porque se constitui naturalmente à base do sinalagma.³⁰ O negócio pode efetivar-se diretamente, independentemente de licitação, porque o adquirente é determinado e único, já que só pode adquirir potencial construtivo o titular do direito de construir a mais no imóvel em que o potencial será aplicado. É uma hipótese de inexigibilidade de procedimento licitatório.

6 Resposta aos quesitos

29. À vista de todo o exposto com base na doutrina contemporânea e na jurisprudência, passarei a responder sinteticamente aos quesitos da consulta.

Ao 1º quesito:

Sim. Ficou amplamente demonstrado no curso deste parecer que o instituto jurídico da outorga onerosa do direito de construir, previsto nos arts. 28 a 31 do Estatuto da Cidade, atende plenamente às disposições da Constituição Federal.

Ao 2º quesito:

Sim. A lei do plano diretor pode dar novo conteúdo ao direito de construir com base no §2º do art. 182 combinado com os incisos XXII e XXIII do art. 5º, ambos da Constituição Federal, e no Estatuto da Cidade, para cumprimento da função social da propriedade urbana.

²⁹ No mesmo sentido, Floriano de Azevedo Marques Neto, ob. cit., pp. 242 e 243.

³⁰ O texto está baseado em Orlando Gomes, *Contratos*, Rio de Janeiro, Forense, 1959, pp. 79, 82, 83 e 84.

Ao 3º quesito:

Sim. A lei do plano diretor e a legislação de zoneamento, uso e ocupação do solo podem reduzir os coeficientes de aproveitamento e outros parâmetros e índices urbanísticos previstos na legislação de zoneamento em vigor. Não há direito adquirido aos parâmetros, coeficientes e demais índices urbanísticos da legislação em vigor.

Ao 4º quesito:

Sim. O Projeto de lei nº 290/2002 (PDE/2002–2010) atende às disposições constitucionais e às do Estatuto da Cidade no que concerne à outorga onerosa do direito de construir.

Ao 5º quesito:

Não, de forma alguma. Se não há direito adquirido a parâmetros, coeficientes e demais índices urbanísticos da legislação em vigor, como se viu na resposta ao 3º quesito, isso tem também a consequência de não haver despojamento de direito que configure qualquer forma de desapropriação. Portanto, ao fixar em uma vez a área do terreno o coeficiente de aproveitamento básico para o efeito de limitar o exercício gratuito do direito de construir, o Projeto de lei nº 290/2002 não procede a nenhuma desapropriação indireta do direito de construir nem fere “direito adquirido” do proprietário do terreno.

Ao 6º quesito:

A resposta a esse quesito demanda a seguinte consideração: o potencial construtivo adicional acima do coeficiente de aproveitamento até o limite representado pelo coeficiente de aproveitamento máximo é um valor potencial, mas real, na medida em que sua existência valoriza o imóvel, ainda que o direito de construir correspondente tenha que ser adquirido. Mas exatamente porque o direito de construir ali custa um preço no mínimo aproximado do valor do potencial é que há certo equilíbrio de valores que praticamente se compensam. Não me parece que se trate de excluir o valor do potencial construtivo adicional, porque esse valor já está incorporado no imóvel. O imóvel vale mais ou vale menos se tiver ou não um potencial construtivo com a possibilidade de ser nele adicionado. A tábua de valores de imóveis que serve de base para a fixação da base de cálculo do IPTU é que vai levar ou não em conta o fato, segundo os critérios normais de aferição de valores imobiliários de cada zona.

É o meu parecer, s.m.j.

JOSÉ AFONSO DA SILVA
OAB/SP 13.417

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SILVA, José Afonso da. Decisão, Recomendações, Notas Técnicas – Parecer. *Revista Brasileira de Direito Urbanístico – RBDU*, Belo Horizonte, ano 11, n. 21, p. 371-392, jul./dez. 2025. DOI: 10.52028/RBDU.v11.i21.ART14.MG
