

João Domingues e Mário Pragmácio  
Organizadores

# Memória, patrimônio cultural e a questão urbana no Rio de Janeiro: contradições, conflitos e desafios



Livro: “Memória, patrimônio cultural e a questão urbana. Contradições, conflitos e desafios”. João Domingues e Mário Pragmácio (orgs.). Letra Capital Editora. Rio de Janeiro. RJ. 2019

Capítulo: A Outorga Onerosa do Direito de Construir: e a preservação do patrimônio imobiliário urbano (p.59 a 76)

Sonia Rabello<sup>1</sup>

A Outorga Onerosa do Direito de Construir (OODC) é o instrumento mais poderoso colocado à disposição do gestor público para minimizar os conflitos, cada vez mais intensos, de preços no campo da preservação do patrimônio imobiliário urbano. Por isso é que os gestores patrimoniais devem lutar para implantação do instrumento urbanístico da Outorga Onerosa do Direito de Construir (OODC) em todas as cidades onde há patrimônio imobiliário a ser preservado, e onde a verticalização das cidades seja um fato urbanístico que pressiona a substituição dos bens imóveis de valor cultural por imóveis novos. É sobre isto que iremos discorrer no presente capítulo, tentando responder às seguintes perguntas:

Qual o principal conflito que, atualmente, pressiona os gestores patrimoniais na questão da preservação do patrimônio imobiliário?

O que é a Outorga Onerosa do Direito de Construir?

Como a Outorga Onerosa do Direito de Construir é fundamental para diminuir substancialmente o conflito entre preservação do patrimônio imobiliário e apropriação, pelo proprietário, do valor monetário dos índices construtivos de verticalização?

---

<sup>1</sup> Professora do Lincoln Institute of Land Policy, Programa de Capacitação na América Latina, e no Mestrado Profissional do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Professora Titular de Direito Administrativo (1980-2012) na Faculdade de Direito da UERJ, Livre Docente e Doutora pela UERJ, e pós doutora pela Universidade de Paris II. Site [www.soniarabello.com.br](http://www.soniarabello.com.br)

Quais as diferenças entre Outorga Onerosa do Direito de Construir e Transferência do Direito de Construir na preservação do patrimônio imobiliário urbano, e qual a forma que melhor se ajusta à aplicação, sem inconsistência lógica, de ambos os instrumentos urbanísticos?

### **Conflito entre a preservação de imóveis urbanos e os índices de verticalização**

Por muitos anos, desde que praticamente se começou a preservar imóveis nas cidades, o conflito entre preservar imóveis de valor cultural, ou demolir para verticalizar só vem aumentando. E este conflito é cada vez mais acirrado na medida em que as tecnologias para construção de prédios cada vez mais altos evoluem. A par disto, há o discurso corrente, e difundido de buscar a cidade compacta e adensada, que é identificado, ordinária e imediatamente com a intensificar a verticalização urbana.

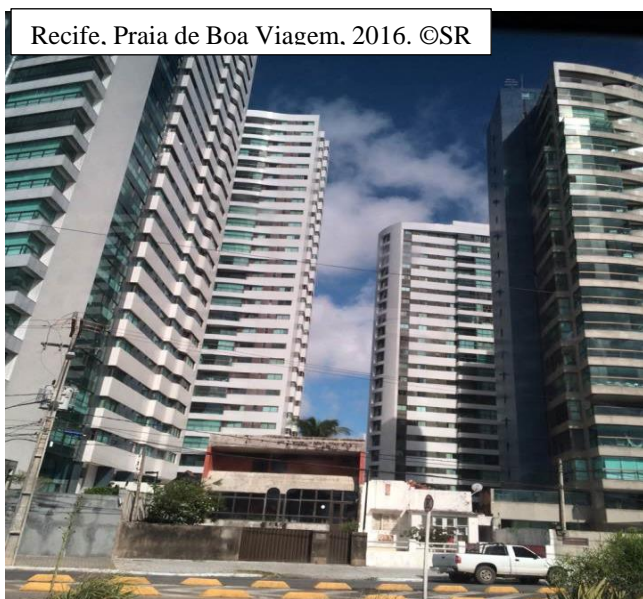
Ora, para verticalizar não só é necessário a tecnologia construtiva, mas também a existência de infraestrutura urbana, especialmente redes de abastecimento sanitário e rede de mobilidade, custeadas, na sua quase totalidade, pela sociedade. É em função desta infraestrutura existente é que são atribuídos, pela legislação da cidade, os índices possíveis de edificação, também chamado de potencial construtivo ou de coeficientes de aproveitamento<sup>2</sup>. Ou seja, os índices construtivos, que facultam ao dono do terreno construir mais de uma vez a área física de seu lote, objeto de sua propriedade<sup>3</sup>, só são possíveis de serem

---

<sup>2</sup> O art.28, §3º do Estatuto da Cidade (ECi), lei 10.257/2001, ao referir-se aos limites máximos dos coeficientes de aproveitamento de um lote diz que eles serão fixados “considerando a proporcionalidade entre infraestrutura existente e o aumento da densidade esperado em cada área”. Este dispositivo materializa a diretriz geral contida no art.2º, da mesma VI, c da citada lei, que determina que a ordenação e controle do uso do solo urbano evitará o “o parcelamento, a edificação ou o uso excessivo ou inadequado [da área] em relação à infraestrutura urbana”

<sup>3</sup> Para entender, recomendamos o vídeo RABELLO, Sonia “Outoga Onerosa e Direito de Construir”, Lincoln Institute of Land Policy e Ministério das Cidades, 2014. Em <https://www.youtube.com/watch?v=8p3cTHkU46A> . Ver também: Cadernos Técnicos do Ministério das Cidades, vol. I, FURTADO, Fernanda, BIASOTTO, Rosana, MALERONKA, Camila. Outorga Onerosa do Direito de Construir. 2012. <http://www.caubr.gov.br/wp-content/uploads/2017/10/CAPACIDADES1.pdf>

viabilizados porque a sociedade investiu recursos públicos na colocação da infraestrutura urbana naquela área da cidade.



E o que aconteceu com as cidades brasileiras nos últimos 30 anos? Houve uma explosão de verticalização. E quanto maior é o índice de multiplicação do solo, ou seja, a possibilidade de se edificar várias vezes a metragem do solo, maior será o valor monetário do terreno!<sup>4</sup> Então, os municípios brasileiros, identificados com o discurso de

que a verticalização significa progresso e modernidade de uma cidade, foram atribuindo índices cada vez maiores de ocupação vertical nos lotes, especialmente nos mais bem localizados, em áreas centrais ou em áreas praianas, até mesmo independentemente de existência de infraestrutura urbana que comportasse adequadamente aquela verticalização, pressionando, desta forma uma intensa substituição do parque imobiliário existente, ainda que aqueles bens tivessem relação com a memória histórica e social da cidade<sup>5</sup>.

Importante assinalar que, na maioria dos casos, quando estes lotes originais foram desenhados, e seus parcelamentos aprovados, o foram dentro de um projeto parcelamento e loteamento, onde a previsão inicial era para uma

---

<sup>4</sup> Para entender e conferir esta assertiva há vasta bibliografia econômica a respeito. Para todas, e de forma concisa, indicamos SMOLKA, Martim. “Implementing Value Capture in Latin America – Policies and Tools for Urban Development”, Policy Focus Report, Lincoln Institute of Land Policy, Cambridge, MA, USA, 2013.

<sup>5</sup> O filme “Aquário”, em circulação no ano de 2016, reflete a história do conflito entre a resistência à substituição de um prédio de 3 andares, na Praia de Boa Viagem no Recife, por outro prédio verticalizado e “moderno”.

infraestrutura para construção de casas unifamiliares, ou, quando muito, prédios multifamiliares de pequeníssimo porte, muitos sem elevadores.

Fica evidente que, com o passar do tempo, o que passou a valer na cidade construída já não era mais a casa ali existente, mas o lote e seu coeficiente construtivo para verticalização. Em relação a este último, o coeficiente de aproveitamento atribuído pela legislação urbanística, quanto maior fosse, mais alto seria o correspondente valor monetário (preço) do imóvel, desde que em local de demanda construtiva em função da sua localização.

Contudo, para esta atribuição de coeficiente construtivo que dobra, triplica, ou até quadriplica o tamanho do lote original, não é cobrado qualquer contrapartida financeira pela municipalidade, embora fosse dela, da municipalidade, o fato gerador destes coeficientes de aproveitamento multiplicativos do tamanho do lote: ou seja, é pela lei urbanística municipal se multiplica, gratuitamente, o lote, e se cria solo urbano. Daí a expressão *solo criado*, expressão esta cunhada no pioneiro documento urbanístico-jurídico-econômico que resume esta questão, a famosa “Carta de Embu”<sup>6</sup>.

A consequência da atribuição dos potenciais edifícios multiplicadores do tamanho dos lotes, feito pela legislação urbanística em função da infraestrutura pública existente, foi a correspondente multiplicação do preço destes imóveis. Ou seja, quanto maior o potencial construtivo previsto na legislação, maior também será o preço do imóvel, a ser faturado não por quem atribuiu o coeficiente construtivo, mas pelo proprietário do imóvel ao vendê-lo. E a venda da casa, ou pequeno prédio é para que esta seja substituída por outro imóvel, com muito mais unidades sobrepostas, multiplicadoras, como já dito, da extensão original do terreno registrada no Registro Imobiliário. E assim o valor de uso pessoal e original do imóvel vem sendo substituído pelo valor de troca

---

<sup>6</sup>Ver:[https://docs.google.com/document/d/1IIjvG8WLMCMevltSkb5-9d3DsFII5cEwjCdlw03D6kY/edit?hl=pt\\_BR](https://docs.google.com/document/d/1IIjvG8WLMCMevltSkb5-9d3DsFII5cEwjCdlw03D6kY/edit?hl=pt_BR)

comercial, para produção de unidades fracionadas na produção e comércio imobiliário.

É evidente que nas áreas centrais mais bem infra estruturadas, ou em áreas de grande procura pela sua localização especial como nas zonas praianas, como estas áreas em geral já se encontram construídas, a preservação de alguns imóveis neste local, quando confrontado com outros imóveis vizinhos que podem ser demolidos e reedificados, ficou sendo cada vez mais difícil, em função do choque do valor monetário do imóvel entre os proprietários dos respectivos imóveis: o imóvel a ser preservado perde, substancialmente no preço para venda, e aquele que pode ser demolido e receber uma nova e multiplicadora construção tem o preço especialmente aumentado.

Proprietários chegavam até a arriscar ações de dano ao patrimônio, demolindo do dia para noite suas casas, só para fazer desaparecer o objeto (imóvel) a ser preservado, como foi o caso da mansão dos Matarazzo na av. Paulista, dinamitada em 1996, e do imóvel denominado Solar Monjope, no Jardim Botânico, Rio de Janeiro, demolido na década de 70<sup>7</sup>. Em ambos os casos o que estava em jogo aí era o preço do terreno, consequência do coeficiente construtivo dado a ele, gratuitamente, pela legislação urbanística. Em ambos os casos, para utilizar este o coeficiente construtivo multiplicador do solo, necessário seria demolir o imóvel de valor cultural que ali estava construído. A manutenção e conservação desses imóveis de valor cultural implicava em substancial alteração de seu preço de mercado, em função do tombamento proposto, ou estudado para ambos. E o preço do imóvel tombado seria apenas a uma pequena fração do preço do mesmo, se se levasse em conta o terreno

---

<sup>7</sup> No caso do Solar Monjope, parecer de L.Costa recomendou sua proteção pelo Estado, e não pelo IPHAN. Contudo, durante o encaminhamento e discussão sobre o tombamento, o mesmo foi demolido, à noite, com um trator, restando sem objeto esta discussão. Já mansão dos Matarazzo na Av. Paulista, esta chegou a ser tombada pelo Município em 1989. Contudo, houve uma longa discussão na Justiça, onde foi estabelecida uma indenização milionária. Neste ínterim, quando houve uma anulação dos atos da Prefeitura, a mesma sofreu várias demolições, inviabilizando qualquer objeto para tombamento. Finalmente, foi alienada para construtora, em 1996 por 125 milhões de reais, local aonde foi construído o Shopping Cidade de São Paulo. Ver [https://pt.wikipedia.org/wiki/Mans%C3%A3o\\_Matarazzo](https://pt.wikipedia.org/wiki/Mans%C3%A3o_Matarazzo)

com o coeficiente construtivo dado, graciosamente, pela legislação urbanística ao mesmo, considerando a construção nova que ali poderia, em tese, ser feita ali.

Inúmeros são os casos, pelo Brasil afora onde estes conflitos se mostram explícitos, ou latentes: isto porque, até o momento, a prática tem sido a liberação gratuita para se construir, multiplicando e criando solos, enquanto que a outros se demanda que mantenham seus imóveis tal como estão, em função de seu valor cultural, em benefício da comunidade. Esta prática tem sido considerada totalmente legal pelo sistema jurídico vigente, embora explicitamente não equitativa. Quando esta iniquidade de tratamento ultrapassa determinados limites não precisamente delimitados, a jurisprudência tem reconhecido a ocorrência de desapropriação indireta, em função do esvaziamento do conteúdo econômico da propriedade imobiliária.

Portanto, respondendo à primeira questão posta, a deferência de índices construtivos (coeficientes de aproveitamento) cada vez mais intensos nas cidades, dados pela legislação urbanística municipal sem exigência de adequada contrapartida, tem agudizado as diferenças e a tensão entre as exigências de preservação de bens em determinadas áreas da cidade, em face da liberalidade urbanística praticada pelos Municípios em outras. Isto faz com que haja uma discrepância, entre proprietários, na distribuição dos ônus e benefícios do processo de urbanização.

### **Então, o que é a Outorga Onerosa do Direito de Construir (OODC), e em que ela pode minorar este conflito?**

A OODC é um instrumento urbanístico, previsto no art.28 do Estatuto da Cidade<sup>8</sup>, no qual se prevê a cobrança de contrapartida sempre que o interessado quiser

---

<sup>8</sup> Lei 10.257/2001: “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.

usar, no seu lote, coeficientes de aproveitamento acima do coeficiente básico. Ou seja, aos lotes urbanos será reconhecido dois tipos de coeficientes de aproveitamento: o coeficiente básico, e o coeficiente máximo. O coeficiente básico é aquele deferido a todos os proprietários de lote urbano, e que é, de modo geral igual a 1 (uma) vez o tamanho do lote. Pelo uso, por parte do proprietário, deste aproveitamento básico (coeficiente básico de aproveitamento) não lhe é cobrado qualquer contrapartida, uma vez que se entende que este uso básico é o que lhe permite o uso econômico útil de sua propriedade imobiliária.

Em resumo, a lei nacional que estabelece normas gerais de planejamento urbano (art.24, I da Constituição Federal), através do instrumento da Outorga Onerosa do Direito de Construir (OODC) estabeleceu que:

1. O plano diretor estabelecerá dois coeficientes de aproveitamento<sup>9</sup> para a propriedade imobiliária urbana: o básico e o máximo.
2. O coeficiente máximo será necessariamente estabelecido se as condições da infraestrutura urbana o permitirem.
3. O coeficiente básico não tem relação necessária com a infraestrutura. Por conseguinte, seu estabelecimento, em princípio como coeficiente de aproveitamento único, - ressalvadas diferenciações para áreas específicas -, tem relação com o princípio da justa (equânime) distribuição de benefícios e ônus do processo de urbanização, diretriz estabelecida no inciso IX do art.2º do Estatuto da Cidade<sup>10</sup>.

---

*§ 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.”*

<sup>9</sup> Coeficiente de aproveitamento é a medida de intensidade de uso do lote, estabelecida por lei. No Brasil, o coeficiente de aproveitamento, ou intensidade de uso é estabelecido em função do tamanho do lote: 1, 2, 3, 4 vezes a metragem do lote, respeitados outros parâmetros tais como altura, afastamentos, recuos.

<sup>10</sup> Diretrizes do ECi: Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as



4. Nas áreas em que o plano diretor previr a possibilidade de utilização de coeficientes de aproveitamento máximos, isto é, diferentes, para maior, do coeficiente índice básico, o poder público deferirá este benefício mediante contrapartida (*caput* do art.28).

Esta contrapartida, ou pagamento pelo deferimento de coeficiente de aproveitamento além do básico é que o ECi denominou de Outorga **Onerosa** do Direito de Construir (art.30 do ECi)<sup>11</sup>.

E se a lei federal nacional estabeleceu uma cobrança pela outorga de índices de edificabilidade que forem deferidos além do índice básico é porque este “direito” de edificar não pertence ao patrimônio do titular de domínio do lote; isto porque o poder público não poderia cobrar para outorgar um direito que já integrasse o patrimônio do particular! Como outorgar onerosamente um direito que já é do outro? Isto não é logicamente possível<sup>12</sup>.

Então, o que se pode extrair do texto legal?

---

seguintes diretrizes gerais:... IX – justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização;...XI – recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos;...XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico;

<sup>11</sup> “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.*” (grifos nossos).

<sup>12</sup> Ver RABELLO, Sonia. Regulação do Território e da Propriedade Imobiliária Urbana: evolução conceitual no Direito Brasileiro. In: Ferrari, Sergio e Mendonça, José Vicente: Direito em Público – Homenagem ao Professor Paulo Galvão. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2016. Também disponível em <http://www.soniarabello.com.br/category/publicacoes/>

A principal conclusão é a de que coeficiente básico, pelo qual o poder público não cobra, pertence ao proprietário para viabilizar o exercício economicamente útil de sua propriedade imobiliária (art.1229 do Código Civil)<sup>13</sup>. Porém, os coeficientes adicionais ao básico, chamados de coeficientes máximos, criados pelo Poder Público em função da infraestrutura instalada, estes não integram o conteúdo patrimonial básico de domínio privado; os coeficientes máximos de aproveitamento são, pois, recursos públicos urbanísticos públicos, e só poderão ser deferidos mediante contrapartida, ou seja, mediante outorga onerosa a ser paga pelo beneficiário.

Esta foi a alteração mais substancial que a lei nacional, o Estatuto da Cidade (ECi), como lei especial, fez em relação à lei civil geral: estabeleceu que os índices de edificabilidade (chamado de direitos de construir), para além do índice básico, são recursos urbanísticos e, como tal, pertencem ao poder público.

E por que o poder público não pode outorgar, gratuitamente, como vem tradicionalmente fazendo, com índices máximos de edificabilidade?

Não pode fazê-lo, não só em função do comando do art.2º, IX do Estatuto da Cidade que impõe a “justa distribuição de ônus e benefícios do processo de urbanização”, como também em função de dois outros princípios: o princípio de direito público que veda ao poder público a distribuição de recursos públicos graciosamente, e também ao princípio geral de Direito, **que veda o enriquecimento sem causa**, hoje consubstanciado no art.884 do Código Civil.

Como já mencionamos acima, a produção acadêmica na área urbanística, e também a de economia urbana tem demonstrado que, a alteração legislativa de

---

<sup>13</sup> Código Civil Brasileiro: art. 1.229. A propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e profundidade **úteis ao seu exercício**, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las. (grifos nossos)

uso do solo que aumenta a capacidade de edificação em um lote, permitindo que nele se construa mais do que a metragem de sua área original, faz aumentar também o preço do lote no mercado imobiliário<sup>14</sup>. Ou seja, o ato normativo do poder público, que não tem nenhuma relação com qualquer ação do particular, repercute no patrimônio privado, fazendo aumentar o valor do imóvel no mercado. E, este fato privilegia apenas aos proprietários de lotes, e ainda assim de forma completamente diferenciada entre eles. Enquanto que para uns é possível construir quatro, cinco, seis vezes o tamanho do lote, outros tem índices de edificabilidade bem menor; e, alguns deles, nem podem edificar além do que já está construído, pois tem seus imóveis preservados por interesse urbanístico, ambiental ou cultural.

Ressalte-se que toda esta diferenciação, toda disponibilidade para edificar, todo este insumo urbanístico que são os coeficientes de aproveitamento máximos, também denominados de índices de edificabilidade, só é possível se realizar se houver infraestrutura de serviços urbanos, feita e mantida com recursos públicos municipais. Portanto, é a cidade construída por todos que viabiliza e dá valor aos índices de edificabilidade máximos.

Por que então somente alguns têm seu patrimônio aumentado em função de ações que lhe são alheias? Não é exatamente isto que caracteriza o enriquecimento sem causa?

No direito brasileiro, este princípio geral de Direito, - a vedação do enriquecimento sem causa -, foi explicitado, recentemente, na legislação federal, dentro do código civil de 2012; e, pelo fato desta regra estar escrita dentro do código civil, não se deve supor, obviamente, que esta sua toponímia restrinja sua aplicabilidade somente às relações privadas. Diz a norma:

#### *“Do Enriquecimento Sem Causa*

---

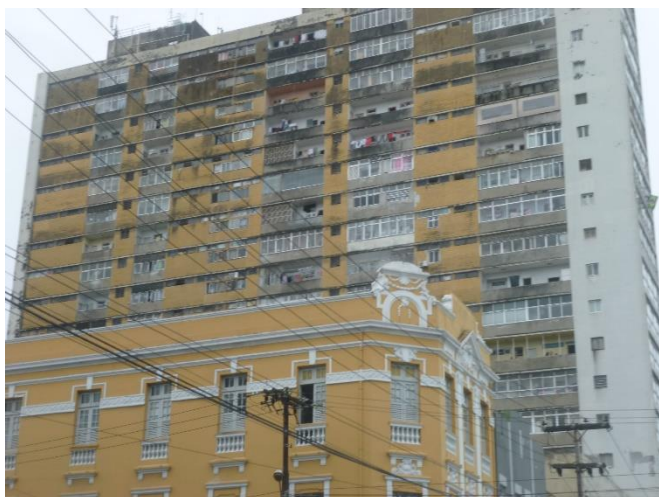
<sup>14</sup> Para entender como se dá este processo ver: FURTADO, Fernanda, BIASOTTO, Rosane, e MALERONKA, Camila. Outorga Onerosa do Direito de Construir: Cadernos Técnicos de Regulamentação e Implementação. Ministério das Cidades e Lincoln Institute of Land Policy. 2012.

*Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.*

*Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.*

*Art. 885. A restituição é devida, **não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento**, mas também se esta deixou de existir.” (grifos nossos)*

Ora, ao se adotar, no planejamento urbano de uma cidade a Outorga Onerosa do Direito de Construir está se reconhecendo que os coeficientes máximos de



*Figura 2, Recife, 2014,SR*

aproveitamento são recursos públicos urbanísticos, aos quais os proprietários de lotes não mais têm acesso como valor econômico integrante do valor de sua propriedade imobiliária. Com isso, os imóveis sujeitos a tombamento, ou à vizinhança de bem tombado, não serão mais aqueles únicos imóveis na

cidade que ficam privados de coeficientes máximos de edificabilidade, para além do coeficiente básico, igualitário a todos. Iguala-se, com a outorga onerosa, as condições básicas de aproveitamento urbanístico a todos os imóveis urbanos, pela deferência do índice básico sem contrapartida. Com isso, desidrata-se da expectativa dos proprietários a perspectiva de apropriação financeira que é feita quando não se cobra contrapartida, em função do deferimento de coeficientes de edificabilidade maiores do que o índice básico, igualitário, de aproveitamento. Assim, espera-se, senão eliminar, ao menos minimizar a pressão consequente da distribuição inequitativa de ônus e

benefícios do processo de urbanização em uma cidade, quando esta requer dos diferentes proprietários faculdades e restrições urbanísticas muito distintas.

Passando agora à terceira questão posta: **como conciliar a Outorga do Direito de Construir com a Transferência do Direito de Construir (TDC), esta última prevista no art.35<sup>15</sup> do Estatuto da Cidade?**

A TDC, ao ser prevista no Estatuto da Cidade, deu a entender a muitos planejadores que cada Município poderia, no âmbito do território municipal, escolher e decidir se os coeficientes máximos de edificabilidade gerados pela legislação municipal seriam, ou não, dados graciosamente aos proprietários dos



lotes. Assim, por hipótese, se determinada legislação de planejamento municipal, adotasse a TDC, e não previsse a OODC, significava dizer que toda vez que houvesse uma restrição de preservação de imóvel ou conjunto de imóveis na cidade, os proprietários teriam “direito” de transferir, como se seus fossem, os coeficientes adicionais máximos

atribuídos pela legislação àquela área. Como

---

<sup>15</sup> Lei 10.257/2001: *Da transferência do direito de construir* : art. 35. *Lei municipal, baseada no plano diretor, poderá autorizar o proprietário de imóvel urbano, privado ou público, a exercer em outro local, ou alienar, mediante escritura pública, o direito de construir previsto no plano diretor ou em legislação urbanística dele decorrente, quando o referido imóvel for considerado necessário para fins de:*

*I – implantação de equipamentos urbanos e comunitários;*

*II – preservação, quando o imóvel for considerado de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural;*

*III – servir a programas de regularização fundiária, urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e habitação de interesse social.*

*§ 1o A mesma faculdade poderá ser concedida ao proprietário que doar ao Poder Público seu imóvel, ou parte dele, para os fins previstos nos incisos I a III do caput.*

*§ 2o A lei municipal referida no caput estabelecerá as condições relativas à aplicação da transferência do direito de construir.*

consequência, os proprietários dos lotes poderiam vender esses coeficientes imateriais de edificabilidade, como se, por uma espécie de acessão legal, ao ser editada a legislação, os mesmos tivessem passado automaticamente a ser um direito patrimonial privado; receberiam, então, este “direito” de transferência como uma forma de estímulo, ou compensação, por terem seus imóveis tombados, e os terem que conservar.

Esta prática tem um efeito de alívio imediato junto às pressionadas autoridades públicas, que desejam aplicar políticas de preservação: é uma forma de minimizar os desgostos dos proprietários que têm seus imóveis preservados, em face dos seus vizinhos próximos ou distantes, que podem usufruir da renda adicional dos coeficientes construtivos públicos que lhes são deferidos gratuitamente. Esta foi uma prática especialmente conhecida pela experiência do Município de Curitiba, na década de 80, e que resolveu pontualmente alguns problemas de conservação do pequeno centro histórico lá existente<sup>16</sup>. Contudo, com o passar do tempo, lá mesmo, tem havido demanda dos mesmos proprietários de imóveis preservados de renovarem suas “vendas” de potencial construtivo, pois, passados os anos, gerou-se a expectativa de que a conservação de imóveis preservados não é mais uma obrigação dos proprietários, como o é, aliás, para qualquer imóvel em uma cidade.

É evidente que a aplicação da TDC sem a Outorga gera a falsa noção de que os índices máximos, que, neste caso são alienados pelos proprietários dos lotes, integrariam o patrimônio privado desses proprietários; sim, porque se não fossem seus, os índices, como poderiam os proprietários alienar direitos que não lhes pertencem?

---

<sup>16</sup> Após a 1ª experiência de Curitiba, a TDC, pela sua generosidade urbanística e pelo alívio gerencial que proporciona aos administradores face à pressão dos proprietários, passa a integrar vários planos diretores de cidades como Belém, Belo Horizonte, Porto Alegre, Natal, Campinas, Campo Grande. Ver trabalho de BITENCOURT, Ana Paula. A Transferência do Direito de Construir para a conservação do patrimônio natural e cultural: a experiência da cidade de Curitiba. Acesso web 2018.12.04 <http://www.ibdu.org.br/imagens/atransferenciadodireitodeconstruir.pdf>.

Não parece evidente, nem razoável se pensar que cada Município brasileiro possa resolver, por si, se o conteúdo da propriedade imobiliária no âmbito do seu território seria integrado, gratuitamente, pelos coeficientes máximos de aproveitamento, decorrentes da legislação municipal, em função da infraestrutura instalada pelo Poder público. Este tipo de prática pelo poder público municipal, não obstante ser ainda aplicada, confronta diretamente com os princípios acima mencionados, previstos no Estatuto da Cidade, especialmente o da “justa distribuição de ônus e benefícios do processo de urbanização”, e do enriquecimento sem causa. Embora mais fácil de ser aplicado, este não é, absolutamente, o comando legal do direito urbanístico e dos princípios gerais de direito, em vigor no país.

Acrescente-se, por oportuno, que mesmo a jurisprudência brasileira, desde o *leading case* decido pelo STF na década de 80<sup>17</sup>, sempre entendeu que o chamado “direito de construir” é, na verdade, uma expectativa de direito. O direito de construir só é “adquirido” pelo titular de domínio da coisa quando a construção se materializa. Portanto, entender que esta expectativa de direito de construir tenha se transformado agora em direito alienável seria, no nosso entender, um erro, e um grave retrocesso, especialmente após a vigência da Constituição de 1988, e de sua política social de desenvolvimento urbano.

**Como conciliar então ambos os instrumentos urbanísticos, a OODC e a TDC em prol da preservação do patrimônio cultural?** A resposta está na aplicação da Resolução Recomendada 148 do Ministério das Cidades<sup>18</sup>. Ou

---

<sup>17</sup> Ver Recurso Extraordinário 85002/1985, cujo relator foi o Ministro Moreira Alves. E também o RE 178836-4 relator Min. Carlos Veloso. Sobre a OODC ver o *leading case* no STF Recurso Extraordinário 387047 de 2008, relator Min. Eros Grau.

<sup>18</sup>Ver em [http://www.lex.com.br/legis\\_26081045\\_RESOLUCAO\\_RECOMENDADA\\_N\\_148\\_DE\\_7\\_DE\\_JUNHO\\_DE\\_2013.aspx](http://www.lex.com.br/legis_26081045_RESOLUCAO_RECOMENDADA_N_148_DE_7_DE_JUNHO_DE_2013.aspx)

seja, não é possível se aplicar a TDC sem a aplicação conjunta da OODC. São as duas faces da mesma moeda.

Entendendo que os coeficientes máximos, segundo o Estatuto da Cidade, são recursos urbanísticos que o poder público aliena mediante a contrapartida da Outorga (art.28 da lei 10.257/2001), o objeto da alienação, pelo proprietário, previsto no art.35, como direito próprio, só poderá ser o do conteúdo do coeficiente básico, quando este não puder ser usado na sua integralidade.

Detalhando melhor: os coeficientes máximos são de domínio público, e eles são alienados pelo poder público mediante contrapartida, através do instrumento urbanístico da Outorga Onerosa do Direito de Construir. Então, o que o proprietário do lote pode alienar não poderá ser o mesmo direito que pertence ao poder público, ou seja, o coeficiente máximo. Logo, o “direito” que está na esfera do patrimônio privado, além da terra, é o seu direito de usar o coeficiente básico, útil ao exercício da função econômica de sua propriedade. Este coeficiente básico é o que pode ser objeto de alienação via TDC pelo proprietário privado; e ele deve tender ser o mais igualitário possível a todos os proprietários de lotes, para que se cumpra a diretriz de “justa distribuição de ônus e benefícios do processo de urbanização”.

De modo geral, há uma tendência de que este índice básico seja igual a 1 (uma) vez a área do lote, como foi proposto na Carta de Embu. E por quê? Inferimos que este número decorre da compreensão de que se o proprietário comprou um lote de determinado tamanho, e é esta a área de sua propriedade que está registrada no registro imobiliário como sua propriedade material, então o seu direito de uso deve ser, basicamente, do mesmo tamanho da sua propriedade registrada. É o que acontece na propriedade imobiliária rural: se um proprietário de uma fazenda de 10 hectares faz cultivo na mesma, ele não terá nenhuma expectativa de usar no seu aproveitamento agrário, no seu uso útil, nada mais além do que os 10 hectares da sua propriedade.

Quando o proprietário de um lote é privado de usar, como todos os demais, a totalidade do coeficiente básico (que não é objeto de qualquer contrapartida para



sua utilização), em função do interesse público da preservação, neste caso ele poderá alienar a terceiros a diferença entre o que está usando de coeficiente básico, e o que está obstaculizado de usar em função da preservação de seu imóvel. Esta diferença é que é objeto da TDC.

A figura abaixo pode melhor ilustrar o que mencionamos acima.

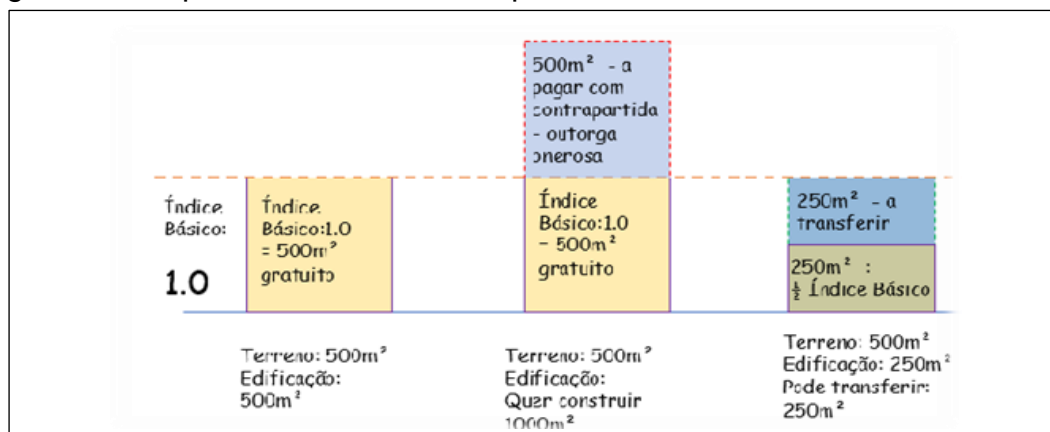


Figura de FURTADO, Fernanda.

Porém, tal qual nas propriedades rurais, pode acontecer que em função de outros interesses públicos, como ambiental, cultural, ou urbanístico, haja a necessidade de que, para determinadas áreas da cidade, em função de suas características próprias de urbanização ou de ocupação imemorial, a legislação urbanística estabeleça um uso mínimo básico menor do que aquele estabelecido para o restante da cidade (o suposto índice 1). É o que está previsto no §2º do art.28 do ECi que diz:

*§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.** (grifos nossos)*

Parece lógico que há de se ter uma razão de interesse público que justifique tratamento diverso. Tomemos o exemplo de lotes privados localizados dentro da área da Floresta da Tijuca no Rio de Janeiro. Quando se admitiu que a parte privada da Floresta da Tijuca fosse loteada, a legislação de parcelamento e uso do solo exigiu que os lotes tivessem o tamanho mínimo de 10.0000 (dez mil metros quadrados) e baixíssima taxa de ocupação, de modo a não alterar, com esta ocupação, a permanência razoável da Floresta preservada. Então, se e

quando a Cidade do Rio instituir o índice básico 1 (um) para a cidade, não fará nenhum sentido atribuir, para esta área especial, - em função de suas características de origem e forma de ocupação - o mesmo índice 1 (um) do restante da cidade. Caso isto viesse a acontecer, geraria para estes proprietários um enorme potencial de coeficiente básico a ser transferido, o que desequilibraria o instrumento no restante da Cidade, bem como a efetividade da OODC.

Esta é, portanto, a leitura que fazemos do §2º do art.28 acima referido, e que julgamos estar mais ajustada aos interesses do planejamento urbano do território, de forma a avançar no desenho público da função social da cidade<sup>19</sup>.

### **Em conclusão**

Se em passado recente muitos Municípios brasileiros, mesmo antes da vigência do Estatuto da Cidade, usaram (e ainda usam) a TDC como instrumento de alívio e compensação para imóveis e áreas preservadas, entendemos que a condução, no uso deste instrumento urbanístico, sem a implantação da OODC, já não mais encontra amparo no sistema jurídico urbanístico e civil vigente.

Como vimos acima, a expectativa dos proprietários urbanos, causada pela pressão rentista dos coeficientes máximos, sem cobrança da contrapartida prevista no *caput* do art.28 do ECI, gerou enriquecimento sem causa a muitos proprietários urbanos durante as últimas décadas, bem como um tratamento não equitativo entre proprietários: uns podiam muito, e uns poucos quase nada. A solução para essa falta de isonomia no tratamento urbanístico está na correta aplicação da OODC. E, com ela, a consequente viabilização da TDC, nas hipóteses do art. 35 do ECI, no âmbito e no limite do coeficiente básico.

---

<sup>19</sup> Para ter uma compreensão completa sobre a aplicação da TDC, em conjunto com a OODC, conforme entendimento do Ministério das Cidades, consultar: FURTADO, Fernanda. RABELLO, Sonia. BARCELLAR, Isabela. Transferência do Direito de Construir: Caderno Técnico de Regulamentação e Implementação. Cadernos Técnicos vol.6. Ministério das Cidades. Banco Interamericano de Desenvolvimento BID. Lincoln Institute of Land Policy LILP. 2018. A publicar.

É certo, porém, que a aplicação da TDC é complexa, uma vez que há de se perquirir sua natureza compensatória, ou eventualmente indenizatória, de modo a justificar sua aplicação pelo sistema jurídico. Podemos afirmar que se *toda TDC tem como limite de alienação, ou exercício em outro local, o coeficiente de aproveitamento básico, nem toda restrição ao CA básico é objeto de TDC.*<sup>20</sup> E, por quê? Porque, nem toda limitação ou restrição ao coeficiente básico é apta a gerar, necessariamente, indenização, ou compensação ao proprietário. Contudo, esta é mais complexidade que merecerá, por certo, estudos mais aprofundados do seu cabimento em face ao sistema legal e de sua jurisprudência.

Por ora, neste artigo, nosso foco foi limitado à exposição de como e por que as normativas urbanísticas públicas tem gerado distorções nos preços privados dos imóveis, e como a OODC pode aliviar esta pressão de forma a atender o princípio da “justa distribuição dos ônus e benefícios do processo de urbanização”, tudo em prol da preservação do patrimônio imobiliário cultural urbano.

---

<sup>20</sup> idem