

OUTORGA ONEROSA E ALTERAÇÃO DE USO

Função e Âmbito de aplicação.

SONIA RABELLO

Profa. Titular. Faculdade de Direito da UERJ

Este texto tem como objetivo abordar a questão do instrumento urbanístico, denominado *outorga onerosa do direito de construir*, pelo Estatuto da Cidade – lei federal nº 10250/2001. O foco, aqui, é restrito ao exame de sua aplicação às alterações de uso de um imóvel, seja da função econômica rural para a urbana, seja na dentro da função urbana, de usos básicos residenciais para outros usos mais rentáveis, como comercial ou industrial.

Começemos pelas perguntas básicas:

O que é a OUTORGA ONEROSA DO DIREITO DE CONSTRUIR? Qual o âmbito de sua aplicação?

Eis aí duas questões relativamente imprecisas, conceitualmente, tanto para os urbanistas, e para os juristas-urbanistas. E por que isto? Não porque este instrumento urbanístico seja novo, ou novíssimo. Ele não o é. Com uma forma, ou outra, ele já vem aparecendo na legislação dos Municípios há mais de 30 anos, seja com o nome de solo criado, seja com o nome de mais valia urbana, seja com diversos outros codinomes. E, há mais de 30 anos já foi discutido e "aprovado", na doutrina jurídica, por uma plêiade de juristas e urbanistas brasileiros que participaram, em 1976, da redação da famosa Carta de Embu (Álvaro Villaça Azevedo, Celso Antonio Bandeira de Mello, Dalmo do Valle Nogueira Filho, Eros Roberto Grau, Eurico de Andrade Azevedo, Fábio Fanucchi, José Afonso da Silva, Maria de Lourdes Cesarino Costa, Mário Pazzaglini Filho, Miguel Seabra Fagundes, Jorge Hori, Antônio Cláudio Moreira Lima e Moreira). Hoje, o solo criado, denominado de Outorga Onerosa do Direito de Construir, foi considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal na decisão do caso pioneiro RE 387047 SC, de 2008.

Aliás, instrumento semelhante à Outorga é a Contribuição de Melhoria, esta instituída como um tributo e, apesar de muito mais antiga no sistema jurídico brasileiro, encontra a mesma resistência de aplicação, e semelhante dificuldade de generalizar sua implantação.

E o que há em comum em relação aos dois instrumentos? Por coincidência, ambos têm como função a recuperação, pelo poder público, para a sociedade, dos valores decorrentes de seus investimentos, e de suas ações, incidentes sobre imóveis privados, e por estes capturados, automaticamente, sem qualquer espécie ressarcimento ou contrapartida. Ou seja, um sujeito faz o investimento, o outro fica com a valorização dele decorrente.

Portanto, a questão de poder recuperar estes recursos sociais capturados por particulares parece não ser um problema legal, mas político, cultural e social, já que há lei que não só respalda esta atitude, como também determina fazê-lo. Mas, para isto, é necessário que a sociedade esteja ciente e consciente de que, realmente, não quer subsidiar o enriquecimento sem causa, pela apropriação, pelos privados, de lucratividades geradas pelas ações ou investimentos públicos.

Se não quer, então luta é política - pela viabilização de sua aplicação: primeiro por sua previsão na legislação municipal, e segundo pela sua efetiva aplicação pela Administração pública urbanística.

Esta é uma questão que, embora não estivesse ausente do urbanismo tradicional (vê-se falar dela, indiretamente em alguma jurisprudência de desapropriação, no cálculo do preço), sua importância acentuou-se enormemente com o rápido processo de urbanização dos últimos 50 anos. No Brasil calcula-se que, neste período, houve uma mudança radical da população rural para população urbana, que hoje perfaz mais de 80% da população. Além disto, também nos últimos 60 anos, os avanços

tecnológicos permitiram um outro padrão de adensamento vertical nas cidades, nunca antes visto - a construção em altura. Ora, com o aumento exponencial da população urbana, e com seu adensamento vertical, o preço da terra, tende a crescer em função da demanda de cada cidade, independentemente de qualquer investimento direto feito pelos proprietários de terrenos. São fatores exógenos que pressionam o preço da terra para cima. E um deles é a própria legislação de uso do solo.

Então a OUTORGA ONEROSA DO DIREITO DE CONSTRUIR é um instrumento, hoje previsto na lei nacional de direito urbanístico, que tem como *função* impedir o enriquecimento sem causa no âmbito do urbanismo, bem como recuperar recursos sociais da cidade e para a cidade, e, em contrapartida, viabilizar que ela, a cidade, assim com também a propriedade, cumpram sua função social.

E como se faz isto? Pelo cumprimento da diretriz prevista no inciso IX, do art.2º do Estatuto da Cidade, que diz ser necessário fazer a *"justa distribuição de ônus e benefícios decorrentes do processo de industrialização"*.

Neste sentido, toda vez que a legislação urbanística, por interesse de planejamento, desenho ou funcionalidade urbana, previr formas e índices de uso do solo diferenciados por zonas e entre particulares, seja por intensidades de uso vertical, seja por funções de uso diferenciadas, e que tenham por consequência uma distribuição não equânime na valorização dos terrenos, com diferentes ônus e benefícios entre eles, *é dever do poder público valer-se de instrumentos colocados à sua disposição para restabelecer o equilíbrio urbanístico de seus preços* e, por consequência, a justiça social na cidade, enquanto território de todos os cidadãos.

2. Qual o âmbito de aplicação da outorga onerosa do direito de construir?

Poderíamos dizer que, tratando-se de legislação urbanística, o âmbito físico de sua aplicação é o espaço urbano. Mesmo porque as atividades e a área rural são regidas por outro subconjunto de normas, que é o direito agrário (art.22, I da CF), cuja competência legislativa é privativa da União. Já o direito urbanístico é de competência legislativa "concorrente", da União e dos Estados - art.24, I, e supletiva dos Municípios, art.30, II da CF.

É certo que o art.40 §2º diz o "*plano diretor deverá englobar o território do Município como um todo*". Mas isto não quer dizer que ele se aplica, indistintamente a toda área municipal, nela incluída a área rural.

Parece-nos que a recomendação da lei tem como base a prevenção; ou seja, prevenir e planejar o que poderá, ou não, vir a ter uso urbano, e *quais as condições e compensações para que isto aconteça*; coisa que muito poucos planos diretores dizem.

Vejamos um exemplo: determinado Município tem 50% de sua área dentro do que definiu como perímetro urbano, e os outros 50% fora da área do perímetro urbano, e de expansão urbana (aliás, perímetro urbano e de expansão urbana são palavras que trazem apenas diferenciações verbais, se a legislação urbanística não fizer normas diferenciadas de aplicação para cada uma delas...).

Ora, a legislação urbanística - o Plano Diretor e a legislação de uso do solo - se aplicam aos 50% urbano. A todo ele? Não necessariamente. Isto porque podem existir lotes rurais dentro da área urbana. E estes, enquanto não desafetados deste uso, serão regidos pela legislação agrária, e por ela tributados. A eventual divisão da gleba será regida, por exemplo, pelos módulos rurais de recreio! Isto tudo dentro do perímetro urbano.

Ao contrário do que pode parecer, esta não é uma situação rara ou inusitada. O Município do Rio de Janeiro, por exemplo, tem todo o seu território caracterizado como perímetro urbano. Mas, dentro dele, há glebas rurais, umas com atividade agrária efetiva, e outras não; estas últimas sem qualquer construção, com uma ou outra plantinha, aguardam, tranqüilas, pagando um ínfimo Imposto rural, a "engorda" da valorização da área, seja pelos investimentos de obras públicas, seja pela mudança nos potenciais de uso urbano da área.

Foi o que aconteceu, recentemente, com o famoso Projeto de Estruturação Urbana - PEU - das Vargens, no Rio de Janeiro. Como a cidade do Rio se recusa a cobrar em um e em outro caso, seja a Contribuição de Melhoria, seja a Outorga Onerosa, o nível de enriquecimento sem causa destes proprietários é, ou poderá ser exponencial! Tudo a partir de investimentos ou ações do próprio poder público.

E quando isto se dará? E a partir da ação ou investimento de quem? A ação/investimento será do Poder Público que, primeiro, entendeu englobar a área como perímetro urbano, e depois colocar nela acessos viários e serviços de infra-estrutura urbana (ainda que na sua proximidade) e, terceiro, dando índices de ocupação do solo, com densidades e aproveitamento consideráveis.

A cada uma destas ações o Poder Público é o autor e o mecenas da valorização dos terrenos particulares rurais, ainda não desafetados formalmente, mas com "atividades" rurais.

Porém, em determinado momento, o proprietário resolve "converter" a sua reserva fundiária em renda. E, para tal, basta solicitar ao órgão de administração fundiária rural - INCRA - a DESAFETAÇÃO da área de sua função rural, para ela passar a ter "função urbana". Como a área encontra-se dentro de perímetro urbano, ou de expansão, não haverá qualquer

empecilho legal ou formal para esta operação. Será, apenas, uma questão burocrática, e de registro imobiliário, com conseqüências financeiras apenas na tributação fundiária: imposto rural ou territorial urbano.

É evidente que o proprietário só fará esta transformação quando já tiver em vias de realizar um projeto urbanístico para a área, seja de parcelamento, seja de parcelamento com edificação multifamiliar. Isto para que não comece a pagar o tributo urbano, que é mais caro, antes de ter certeza do investimento.

Porém, o investidor, ao comprar a área uma área rural para nela fazer um projeto urbanístico, já sabe que ela já não terá mais qualquer função rural.

E, quando ele paga ao dono da gleba o preço do lote, ele já o faz tendo incorporado ao preço dela toda a mais valia gerada pelas expectativas urbanísticas promovidas pelo poder público: o perímetro urbano, a legislação de uso do solo, os serviços de infraestrutura implantados nas proximidades.

O investidor privado, portanto, ao comprar o lote, já paga caro por ele, porque o proprietário já incorporou *para si* as mais valias fundiárias geradas pelo poder público, pelos fatores acima referidos. Poderia ser diferente?

Não só poderia, como deveria, se a gestão pública das cidades cumprissem as diretrizes do Estatuto da Cidade. E como isto se daria?

Simples: planejando a aplicação da Outorga quando da mudança de função de uma terra de rural para urbana, independente da mesma já estar localizada dentro da área urbana e de expansão.

Quando do pedido, pelo particular, de desafetação de sua área, este pedido teria dois momentos: o primeiro junto ao INCRA, e o segundo momento junto à prefeitura. Para este segundo momento deveria ser exigido do particular, pela Prefeitura, projeto de urbanístico que justificasse a desafetação da

área, bem como as diretrizes para esta nova ocupação urbana. Então, em função do uso urbanístico, e da lucratividade a ser auferida pelo uso das condições urbanísticas públicas é que poderia, e deveria ser cobrada a outorga onerosa de alteração de uso de rural para urbano.

Se houvesse, na legislação municipal, a previsão deste procedimento urbanístico, o preço da terra a ser pago ao proprietário deveria ser "desidratado" das mais valias a ela acrescida pelas ações e investimentos públicos, já que estas deveriam ser ressarcidas à Municipalidade, pelo instrumento "desidratador" da OUTORGA ONEROSA de alteração de uso.

O que acontece hoje é que esta alteração da função rural para urbana se passa sem que o proprietário precise propor qualquer projeto concreto de urbanização para a área.

O poder público municipal tem permitido simplesmente cadastrar lotes urbanos, desafetados da função rural, sem projeto de urbanização proposto: áreas sem previsão de função urbanística, e portanto, sem previsão de função social, - o que contraria os princípios constitucionais e legais que gerem o sistema urbanístico de interesse público.

Concluimos esta primeira parte do assunto dizendo que, se é para realmente dar efetividade às diretrizes da Lei Nacional de Urbanismo - o Estatuto da Cidade - a captura das mais valias urbanas se impõe, desde que haja lucratividade apropriada por terrenos privados decorrentes de investimentos ou ações públicas.

Isto para que não haja enriquecimento sem causa de particulares, e haja, por conseguinte, uma justa distribuição de ônus e benefícios do processo de urbanização. Para tanto, no caso valorizações decorrentes da incidência de usos diferenciados atribuídos aos terrenos, o instrumento operacional é, sem dúvida a outorga onerosa do direito de construir.

3. A OUTORGA ONEROSA DO DIREITO DE CONSTRUIR nos é apresentada, pelo Estatuto da Cidade, no art.28. Este artigo não trata de defini-la, mas de tratar, desde logo, de dois fatores que compõem a compreensão de sua aplicação: os índices de aproveitamento básico e máximo. Sem entender estes fatores, não se compreende o que é a outorga, qual a sua natureza e a sua funcionalidade no sistema jurídico. E aplicar um instrumento sem alcançar a sua funcionalidade é o mesmo que enxugar gelo: apenas uma representação, sem qualquer consequência efetiva.

O índice máximo, como a própria lei o define, é aquele coeficiente de aproveitamento do terreno "considerando a proporcionalidade entre infraestrutura existente e o aumento de densidade esperado de cada área".

Não poderia ser de outro modo, já que o art.2º do ECI coloca como diretriz a vedação de *"parcelamento, edificação ou de uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana"*. Portanto, índice máximo é aquilo que a legislação de uso do solo sempre definiu como coeficiente de aproveitamento de terrenos em geral, sem, contudo, lhes cobrar nada pela valorização deles decorrentes, ou de seu custo para a infra-estrutura urbana. A novidade, no Estatuto da Cidade, como norma nacional de observância obrigatória pela legislação e gestão municipal, é a introdução do fator chamado "índice básico".

O ECI não define o índice básico, mas diz, logo no caput do art.28, que para construir em um terreno, acima deste índice básico, o aproveitamento a maior deverá ser feito mediante contrapartida.

E mais: o ECI diz que o índice básico pode ser diferenciado; mas apenas para determinadas áreas específicas dentro da área urbana, fora das quais deverá ser único, para toda ela.

Ora, não é difícil deduzir que, pela lógica cristalina dos artigos constante desta Seção do ECI, o índice comum básico a todas as propriedades urbanas é o igualitário a todos titulares de domínio, de modo a conferir-lhes uma justa - porque equânime - distribuição de ônus e benefícios do processo de urbanização. *Este índice básico igualitário representa o direito subjetivo de uso útil da propriedade, a todos conferidos igualmente.*

Este índice básico comum a todas as propriedades nada tem a ver com a distribuição urbanística, de interesse público, de outros índices urbanísticos diferenciados.

A atribuição de coeficientes de aproveitamento máximo, acima do índice básico, nas áreas previstas no Plano Diretor, terão que ter uma relação necessária com a infraestrutura instalada, e com a sustentabilidade não só ambiental, como também urbanística e demográfica. Ainda assim, esta expectativa de construção acima do índice básico somente poderá ser exercido mediante contrapartida, na forma a ser fixada na legislação municipal, de forma a obstar o enriquecimento sem causa, recuperar os custos urbanísticos da cidade, e, assim, viabilizar a justa distribuição de ônus e benefícios do processo de urbanização.

Ora, o ECI fala em *direito de construir*, e índices de aproveitamento, o que nos leva a crer que, em princípio, este instrumento só se aplicaria aos índices de edificabilidade. Porém, não obstante sua denominação um pouco limitativa, os arts.29 e 30 do Estatuto são claros ao se referirem à sua aplicabilidade nos casos de *alteração de uso do solo*. Porém, neste caso, a sua aplicação poderá ser mais sofisticada, já que demandaria um padrão de uso básico a partir do qual geraria a contrapartida: o residencial urbano? Em conjunto com um pequeno comércio de bairro? Isto porque, sem definir o que é básico, o útil comum a todos, como diferenciar o que acresce?

Certo é que, parece demonstrado na literatura urbanística, que a alteração de uso de residencial para comercial ou industrial, por si só, faz aumentar, quase que automaticamente o valor da terra. E se isto acontece, e o proprietário disto auferir lucratividade, e há um ônus urbanístico em suportá-lo, não seria legítima a captura da mais valia decorrente desta opção de uso mais lucrativa da propriedade urbana? A resposta é sim, necessariamente sim.

Assim, só assim, restaria cumprida, pelo gestor municipal, a diretriz do Estatuto da Cidade, art.2º, inc.IX da justa distribuição de ônus e benefícios do processo de urbanização, e evitado o enriquecimento sem causa, princípio básico da justiça social!