

ANEXO II
CARGOS EM COMISSÃO CRIADOS

(Art. 9º do Decreto nº 31.788, de 10 de junho de 2010)

UNIDADE/CARGO/SÍMBOLO/QUANTIDADE – SECRETARIA DE ESTADO DE EDUCAÇÃO DO DISTRITO FEDERAL – SUBSECRETARIA DE GESTÃO PEDAGÓGICA E INCLUSÃO EDUCACIONAL – DIRETORIA DE EDUCAÇÃO PROFISSIONAL – Secretário Administrativo, DFA-02, 01; GERÊNCIA DE FORMAÇÃO PROFISSIONAL – Gerente, DFG-11, 01; ESCOLA TÉCNICA DE BRASÍLIA – Diretor, DFIE-10, 01; Vice-Diretor, DFIE-08, 01; Chefe de Secretaria, FGIE-01, 01; Supervisor Pedagógico Noturno, FGIE-01, 01; Supervisor Administrativo Diurno, FGIE-01, 01; Supervisor Pedagógico Noturno, FGIE-02, 01; Supervisor Administrativo Diurno, FGIE-02, 01; ESCOLA TÉCNICA DE CEILÂNDIA – Diretor, DFIE-10, 01; Vice-Diretor, DFIE-08, 01; Chefe de Secretaria, FGIE-01, 01; Supervisor Pedagógico Noturno, FGIE-01, 01; Supervisor Administrativo Diurno, FGIE-01, 01; Supervisor Pedagógico Noturno, FGIE-02, 01; Supervisor Administrativo Diurno, FGIE-02, 01; ESCOLA TÉCNICA DE SAÚDE – Diretor, DFIE-10, 01; Vice-Diretor, DFIE-08, 01; Chefe de Secretaria, FGIE-01, 01; Supervisor Pedagógico Noturno, FGIE-02, 01; Supervisor Administrativo Diurno, FGIE-01, 01; Supervisor Pedagógico Diurno, FGIE-01, 01; Supervisor Administrativo Noturno, FGIE-02, 01; CENTRO DE EDUCAÇÃO PROFISSIONAL ESCOLA DE MÚSICA DE BRASÍLIA – Supervisor Pedagógico Noturno, FGIE-01, 01; Supervisor Administrativo Diurno, FGIE-01, 01; Supervisor Pedagógico Noturno, FGIE-02, 01; Supervisor Administrativo Diurno, FGIE-02, 01.

DECRETO Nº 31.789, DE 10 DE JUNHO DE 2010.

Extingue e cria cargos que especifica, e dá outras providências.

O GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL, no uso das atribuições que lhe confere o artigo 100, incisos VII e XXVI, da Lei Orgânica do Distrito Federal, DECRETA:

Art. 1º Ficam extintos os Cargos de Natureza Especial constantes do Anexo I.

Art. 2º Ficam criados, sem aumento de despesa, os Cargos de Natureza Especial e em Comissão Constantes do Anexo II.

Art. 3º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 10 de junho de 2010.
122º da República e 51º de Brasília
ROGÉRIO SCHUMANN ROSSO

ANEXO I
CARGOS DE NATUREZA ESPECIAL EXTINTOS

(Art. 1º do Decreto nº 31.789, de 10 de junho de 2010.)

UNIDADE/CARGO/SÍMBOLO/QUANTIDADE – SECRETARIA DE ESTADO DE GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL – Gerente de Projeto, CNE-04, 05; Gerente-Adjunto de Projeto, CNE-06, 05.

ANEXO II
CARGOS DE NATUREZA ESPECIAL E EM COMISSÃO CRIADOS

(Art. 2º do Decreto nº 31.789, de 10 de junho de 2010.)

UNIDADE/CARGO/SÍMBOLO/QUANTIDADE – GOVERNADORIA DO DISTRITO FEDERAL – GABINETE – Assessor Especial, CNE-07, 01 – SECRETARIA DE ESTADO DE GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL – GABINETE – Assessor Especial, CNE-05, 01; Assessor Especial, CNE-07, 02; Encarregado, DFA-03, 01 – COORDENADORIA ESPECIAL DE ARTICULAÇÃO COM A REGIÃO INTEGRADA DE DESENVOLVIMENTO DO DISTRITO FEDERAL E ENTORNO – Assessor Especial, CNE-06, 01 – COORDENADORIA DAS CIDADES – ADMINISTRAÇÃO REGIONAL DE PLANALTIMA – CHEFIA DE GABINETE – Assessor, DFA-10, 01 – ADMINISTRAÇÃO REGIONAL DE SANTA MARIA – CHEFIA DE GABINETE – Assessor, DFA-14, 01 – ADMINISTRAÇÃO REGIONAL DE TAGUATINGA – CHEFIA DE GABINETE – Assessor, DFA-14, 01 – ADMINISTRAÇÃO REGIONAL DO GUARÁ – CHEFIA DE GABINETE – Assessor, DFA-14, 01; Assessor, DFA-12, 01 – ADMINISTRAÇÃO REGIONAL DO CRUZEIRO – CHEFIA DE GABINETE – Assessor, DFA-12, 02 – ADMINISTRAÇÃO REGIONAL DO GAMA – CHEFIA DE GABINETE – Assessor, DFA-14, 01; Assessor, DFA-12, 01 – ADMINISTRAÇÃO REGIONAL DE SAMAMBAIA – CHEFIA DE GABINETE – Assessor, DFA-10, 01 – ADMINISTRAÇÃO REGIONAL DO LAGO SUL – CHEFIA DE GABINETE – Assessor, DFA-14, 02 – ADMINISTRAÇÃO REGIONAL DE CEILÂNDIA – CHEFIA DE GABINETE – Assessor, DFA-14, 01 – SECRETARIA DE ESTADO DE EDUCAÇÃO DO DISTRITO FEDERAL – GABINETE – Assessor Especial, CNE-07, 02 – SECRETARIA DE ESTADO DE AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO DO DISTRITO FEDERAL – GABINETE – Assessor Especial, CNE-07, 01.

DECRETO Nº 31.790, DE 10 DE JUNHO DE 2010.

Prorroga o prazo para conclusão de trabalho de Comissões de Tomada de Contas Especial.

O GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL, no uso das atribuições que lhe confere o artigo 100, incisos VII e XXVI, da Lei Orgânica do Distrito Federal, DECRETA:

Art. 1º Fica prorrogado, por 90 (noventa) dias, a contar do dia subsequente ao vencimento, o prazo para conclusão dos trabalhos das Comissões Tomadoras constituídas por meio do Decreto nº 28.597, de 19 de dezembro de 2007, publicado no DODF nº 242, de 20 de dezembro de 2007, páginas 6 e 7, Decreto nº 29.188, de 24 de junho de 2008, publicado no DODF nº 121, de 25 de junho de 2008, página 01, Decreto nº 29.707, de 17 de novembro de 2008, publicado no DODF nº 229, de 18 de novembro de 2008, página 20, no âmbito da Subsecretaria de Tomada de Contas Especial, da Corregedoria-Geral do Distrito Federal, para apurar a responsabilidade civil pelo prejuízo ocasionado ao Erário do Distrito Federal, constante dos processos citados nos referidos Decretos, cujo valor da Tomada de Contas Especial se enquadre abaixo da alçada estabelecida na Resolução nº 181/2007, do Tribunal de Contas do Distrito Federal, e a instauração do procedimento tomador não tenha sido determinada por aquele Tribunal.

Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 10 de junho de 2010.
122º da República e 51º de Brasília
ROGÉRIO SCHUMANN ROSSO

DECRETO Nº 31.791, DE 10 DE JUNHO DE 2010.

Prorroga o prazo para conclusão de Tomada de Contas Especial.

O GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL, no uso das atribuições que lhe confere o artigo 100, incisos VII e XXVI, da Lei Orgânica do Distrito Federal, DECRETA:

Art. 1º Fica prorrogado, por 90 (noventa) dias, a contar do dia subsequente ao vencimento, o prazo para cumprimento do disposto no artigo 3º, XIII, da Resolução nº 102/98-TCDF, a que se referem os processos de Tomadas de Contas Especial nºs 010.001.373/2006, 220.000.451/2001, 220.000.579/2001 e 220.000.581/2001, instruídos no âmbito da Subsecretaria de Tomada de Contas Especial, da Corregedoria-Geral do Distrito Federal, cujo valor se enquadrou abaixo da alçada estabelecida na Resolução nº 181/2007, do Tribunal de Contas do Distrito Federal, e a instauração do procedimento tomador não foi determinada por aquele Tribunal.

Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 10 de junho de 2010.
122º da República e 51º de Brasília
ROGÉRIO SCHUMANN ROSSO

DESPACHO DO GOVERNADOR (*)

Em 04 de maio de 2010.

Processo: 020.002.445/2007. Interessado: Procuradoria-Geral do Distrito Federal. Assunto: Estudo/Aperfeiçoamento/Textos Normativos – ONALT e ODIR.

OUTORGO efeito normativo ao PARECER Nº 0039/2008-PROMAI-PGDF, de autoria do ilustre Procurador do Distrito Federal FERNANDO JOSÉ LONGO FILHO, devidamente aprovado pela Procuradora-Chefe da Procuradoria do Meio Ambiente, Patrimônio Urbanístico e Imobiliário-PROMAI, ELZA HELENA SOARES, e pela Procuradora-Geral Adjunta do Distrito Federal PATRÍCIA DA SILVEIRA CARDADOR, cujas considerações deverão prevalecer sobre as constantes do PARECER NORMATIVO Nº 004/2001-GAB-PGDF, no que forem conflitantes.

Publique-se o inteiro teor do Parecer supracitado e suas cotas de aprovação. Encaminhe-se à Secretaria de Estado de Governo para as providências cabíveis.

ROGÉRIO SCHUMANN ROSSO

(*) Republicado por haver saído com incorreção no original publicado no DODF nº 85, de 05 de maio de 2010, página 21.

GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA DO MEIO AMBIENTE,
PATRIMÔNIO URBANÍSTICO E IMOBILIÁRIO-PROMAI.

Parecer: 0039/2008-PROMAI. PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 020.002.445/2007. Interessado: Grupo de Trabalho - Pareceres ONALT e ODIR. Assunto: Estudo Aperf. - Textos Normativos ONALT e ODIR.

EMENTA: Revisão. Parecer Normativo. Outorgas onerosas urbanísticas. Conceito. Evolução legislativa. Fundamentos. Princípios. Função social da propriedade. Justa distribuição dos benefícios e ônus do processo de urbanização. Planejamento. Ônus urbanístico. Não-tributo. Não-configuração. Poder de polícia. Ausência. Sanção. Ato Voluntário. Compensação. Consumo. Infra-estrutura urbana. Mais-valia urbanística Titularidade. Distrito Federal. Regra. Onerosidade. Solo criado. Alteração de uso. Marco temporal. PDOT/97. Exigência. Silêncio. Lei. Contrapartida. Exigibilidade. Licenças. Alvará de construção. Alvará de funcionamento. Perda. Eficácia. Embargo de obra. Interdição de estabelecimento. Executivo fiscal. Regularização. Situações inválidas.

1. A instituição de ODIR e de ONALT no âmbito do planejamento urbanístico visa atender, simultaneamente, aos interesses particulares e coletivos, induzindo o uso da propriedade de acordo com a sua função social.
2. É necessário compreender os institutos ODIR e ONALT como instrumentos de planejamento urbano, isto é, destinados a operar transformações na realidade do tecido urbano.
3. A ODIR e a ONALT também têm como escopo realizar a justa distribuição dos benefícios e encargos do processo de urbanização.
4. A criação de solo e a alteração de uso implicam o “consumo” de infra-estrutura urbana, com a qual o proprietário não colaborou para o financiamento.
5. A exigência de contrapartida imposta ao beneficiário da outorga do direito de alteração de uso e de potencial construtivo é decorrência necessária do princípio urbanístico da justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização.
6. O caráter compensatório e a noção de recuperação de mais-valia urbanística não são conceitos excluídos ou incompatíveis. Muito pelo contrário, são conceitos relacionados e decorrentes do princípio da justa distribuição dos benefícios e ônus do processo de urbanização.
7. O conceito de recuperação de mais-valia urbanística é da própria essência do princípio da justa distribuição dos benefícios e ônus do processo de urbanização e a função compensatória é consequência da aplicação desse princípio jurídico.
8. As outorgas onerosas urbanísticas são instrumentos de planejamento urbano com a finalidade de induzir o cumprimento da função social da propriedade e, simultaneamente, mecanismos de recuperação das mais-valias urbanísticas.
9. O pagamento de contrapartida pelas outorgas urbanísticas não é compulsório, mas é ônus imposto ao beneficiário para a aquisição de direito, isto é, o beneficiário pode ou não adquirir o direito ao acréscimo de potencial construtivo ou à alteração de uso. Trata-se ato voluntário do beneficiário.
10. A natureza jurídica da contraprestação pela outorga onerosa do direito à alteração de uso e do potencial construtivo é de preço público.
11. O cumprimento do ônus urbanístico mediante contrapartida tem como finalidade recuperar a mais-valia urbanística e, simultaneamente, redistribuir a coletividade na forma de infra-estrutura urbana, ou seja, compensar a coletividade pela sobrecarga na infra-estrutura urbana gerada pelo acréscimo de potencial construtivo e pela alteração de uso.
12. Os recursos oriundos da ONALT e da ODIR são de titularidade do Distrito Federal e não da TERRACAP.

Senhora Procuradora-Chefe;

I – RELATÓRIO.

Foi criado pela Portaria nº 147, de 25 de junho de 2007, um Grupo de Trabalho em razão da necessidade de “uniformizar a orientação jurídica desta Procuradoria-Geral sobre o conceito, natureza

jurídica, incidência e momento da cobrança da Outorga Onerosa de Alteração de Uso – ONALT e Outorga Onerosa do Direito de Construir - ODIR”.

O Grupo de Trabalho foi instaurado com a finalidade de compilar pareceres sobre o tema, aperfeiçoamento dos textos normativos sobre ONALT e ODIR e acompanhamento das decisões normativas do TCDF (art.1º da Portaria nº 147/2007).

Os trabalhos foram desenvolvidos, tendo desembocado em relatório (fls. 164 à 173), seguindo-se como produtos finais minuta de projeto de lei (fls. 174 à 179), assim como minuta de petição inicial versando sobre demanda demolitória cumulada com pedido alternativo de regularização de alteração de uso (fls. 180 à 192).

Nesse relatório final, assinou-se a necessidade de elaboração de parecer com a finalidade de substituição do parecer normativo nº 4/2001, assim como de apreciação de outras questões que não restaram apreciadas naquela oportunidade (fl. 172).

O relatório foi aprovado pelo ilustre Procurador-Geral Adjunto do Distrito Federal Dr. Marcos Sousa e Silva.

Os autos vieram para elaboração de parecer.

É o Relatório.

II - PARECER.

1. METODOLOGIA

O objetivo dessa manifestação não é “jogar na lata do lixo” o parecer normativo nº 4/2001, aprovado pelo Governador em 28/06/2001. Muito pelo contrário, reconhece-se a correção de suas premissas e conclusões em face do ordenamento jurídico válido à época e do modo como foram abordadas questões complexas vinculadas à Outorga Onerosa de Alteração de Uso (ONALT).

Nessa perspectiva, o objeto desse parecer é traçar uma linha de continuidade no tratamento que tem sido conferido aos institutos da ONALT e da outorga onerosa do direito de construir (ODIR) no âmbito da Procuradoria-Geral do Distrito Federal.

Justifica-se, assim, a revisão do Parecer Normativo nº 4/2001 com fundamento em dois aspectos: abrangência e alteração do ordenamento jurídico.

No aspecto da abrangência, de plano, constata-se a distinção. O Parecer Normativo nº 4/2001 limitou-se ao exame do instituto da ONALT; enquanto, o objeto desse opinativo é mais amplo, alcançando também o instituto da ODIR.

Além disso, no Parecer Normativo nº 4/2001, as questões centrais versavam sobre a natureza jurídica da ONALT, nascimento legal da exigibilidade pela alteração de uso e regularização de situações de alteração de uso inválidas. Nesse opinativo, além de revisitar esses temas à luz das alterações legislativas e da nova jurisprudência, pretende-se examinar os fundamentos e princípios jurídicos informadores das outorgas onerosas, bem como questões sobre a quem é devida a contrapartida pela outorga, a possibilidade de compensação das contrapartidas pelas outorgas onerosas com precatórios, momento da exigibilidade da contrapartida pela alteração de uso e outros temas.

Acrescente-se ainda que o Parecer Normativo nº 4/2001 limitou-se ao exame dos casos em que as alterações de uso foram procedidas ilegalmente por meio de decreto, não ingressando na análise das hipóteses das alterações de uso declaradas inconstitucionais pelo egrégio TJDF, o que têm gerado uma atuação corretiva da PGDF.

Relativamente ao aspecto de modificação do ordenamento jurídico, é importante assinalar que, em 11/07/2001, foi publicado o Estatuto da Cidade, o qual introduziu no âmbito da legislação federal a disciplina dos institutos da ODIR e da ONALT, o que, por si só, já justifica uma revisão do Parecer Normativo nº 4/2001.

Ademais, tendo como uma de suas finalidades a compatibilização da Lei Orgânica do Distrito Federal com o Estatuto da Cidade, a Emenda à LODF nº49/2007 modificou a disciplina dos institutos no âmbito do Distrito Federal.

São, pois, esses motivos que justificam a elaboração do presente opinativo com a finalidade de substituição do Parecer Normativo nº 4/2001.

Com essa finalidade, será descrita sumariamente a evolução legislativa da outorga onerosa do direito de construir (ODIR) e da outorga onerosa de alteração de uso (ONALT) e, em seguida, indicados os seus fundamentos jurídicos. Posteriormente, serão examinados diversos problemas práticos enfrentados pela PGDF, seja na esfera contenciosa, seja no âmbito consultivo.

2. ORIGENS. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA.

No Brasil, a origem dos institutos da outorga onerosa do direito de construir (ODIR) e da outorga onerosa de alteração de uso (ONALT) positivado no Estatuto da Cidade é o conceito de solo criado, sintetizado pela Carta de Embu em 1976, a qual foi subscrita pelos urbanistas e juristas: Álvaro Villeça de Azevedo, Celso Antônio 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, Marno Pazzagliani Filho, Miguel Seabra Fagundes, Jorge Hori, Antônio Cláudio Moreira Lima e Moreira, Clementina de Ambrosio, Domingos Theodoro de Azevedo Netto, Luiz Carlos Costa e Norberto Amorim¹.

Por solo criado, entende-se a possibilidade de “criação artificial de área horizontal, mediante a sua construção sobre o solo natural”², o que ocorreu em razão das modernas técnicas de construção. Posteriormente, segundo Grau, passou-se a definir como solo criado o volume edificado acima do coeficiente de aproveitamento³, mediante contrapartida ao poder público ou pela aquisição do direito de construir perante outro particular.

Seguiu-se, após a Carta de Embu, a aplicação do instituto do solo criado em vários municípios brasileiros, sem a existência de uma legislação nacional regulamentado o instituto⁴.

¹ Confira-se as conclusões da Carta de Embu: “1. É constitucional a fixação, pelo Município, de um coeficiente único de edificação para todos os terrenos urbanos. 1.1. A fixação desse coeficiente não interfere com a competência municipal para estabelecer índices diversos de utilização dos terrenos, tal como já se faz, mediante legislação de zoneamento. 1.2. Toda edificação acima do coeficiente único é considerada solo criado, quer envolva ocupação de espaço aéreo, quer a de subsolo. 2. É constitucional exigir, na forma da lei municipal, como condição de criação de solo, que o interessado entregue ao Poder Público áreas proporcionais ao solo criado; quando impossível a oferta destas áreas, por inexistentes ou por não atenderem às condições legais para tanto requeridas, é admissível sua substituição pelo equivalente econômico. 2.1. O proprietário de imóvel sujeito a limitações administrativas, que impeçam a plena utilização do coeficiente único de edificação, poderá alienar a parcela não-utilizável do direito de construir. 2.2. No caso de imóvel tombado, o proprietário poderá alienar o direito de construir correspondente à área edificada ou ao coeficiente único de edificação.”

² GRAU, Eros Roberto. Direito Urbano: regiões metropolitanas, solo criado, zoneamento e controle ambiental. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983, págs. 57 e 58.

³ *Ibid.*, pág. 57.

⁴ Conferir O solo criado como instrumento de planejamento urbano. In Boletim do Interior. Fundação Prefeito Faria Lima – Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal. São Paulo. Nº 48, Maio-Junho/1977, págs. 23-30.

A Constituição Federal de 1988 representou importante avanço para o direito urbanístico, porém não tratou particularmente do instituto do solo criado.

Somente com o Estatuto da Cidade, o instituto do solo criado foi disciplinado em âmbito nacional, tendo-o feito por meio da ODIR/ONALT e da transferência do direito de construir.

Conforme se depreende das conclusões da Carta de Embu, estão incluídas no conceito de solo criado tanto as noções do instituto da transferência do direito de construir quanto da outorga onerosa do direito de construir. Não é outro o entendimento da doutrina:

“(…)”

A transferência do direito de construir começou a ser idealizada na década de 70 como um dos pressupostos indispensáveis para a corporificação de um inovador instrumento de intervenção urbanística: o solo criado. De sorte que a análise dos fundamentos da transferência do direito de construir há de ser precedida no bojo do instituto do solo criado.

“(…)”.

É o mesmo posicionamento de Alochio⁵:

“(…)”

Dos conceitos trazidos com a Carta de Embu, chegamos à Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), conseqüentemente devemos retomar as ponderações iniciais, em especial sobre a distinção entre o solo criado (outorga onerosa do direito de construir) de um lado, e a transferência do direito de construir. A Carta de Embu houve por bem descrever, em seus itens 1, 1.1., 1.2 e 2, os contornos do que, no Estatuto da Cidade, se denominou por outorga onerosa do direito de construir, tendo-o regulado nos artigos 28 a 31, já transcritos neste trabalho.

Quanto aos itens de nº 2.1 e 2.2 da Carta de Embu, o Estatuto da Cidade tratou-os sob a nomenclatura de transferência de direito de construir.

“(…)”.

Desse modo, o instituto da ODIR é derivado da concepção de solo criado inscrita na Carta de Embu de 1977, a qual abrange, além disso, o instituto denominado pelo Estatuto da Cidade de transferência de direito de construir. Além disso, o Estatuto da Cidade introduziu a categoria de outorga onerosa de alteração de uso – ONALT, a qual segue basicamente a mesma disciplina da ODIR.

Como já foi assinalado acima, a Carta de Embu impulsionou a utilização por vários municípios do instituto do solo criado, não tendo sido diferente no Distrito Federal. No âmbito do Distrito Federal, destaca-se que a Lei Distrital nº 353/92 que instituiu o Plano Diretor de Ordenamento Territorial previu em seu art. 49 apenas a outorga onerosa de direito de construir.

A Lei Orgânica do Distrito Federal de 1993 versa assim sobre a matéria:

“Art. 315. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende a exigências fundamentais de ordenação do território, expressas no plano diretor de ordenamento territorial, planos diretores locais, legislação urbanística e ambiental, especialmente quanto:

I – ao acesso a moradia;

II – à contraprestação ao Poder Público pela valorização imobiliária decorrente de sua ação;

III – à proteção ao patrimônio histórico, artístico, paisagístico, cultural e ao meio ambiente.

(…)”

Art. 325. Serão utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos de ordenamento territorial e de desenvolvimento urbano (com a redação anterior à Emenda à LODF nº 49/2007):

(…)”

m) solo criado;

(…)”.(destaques nossos).

Em 1996, foi publicada a Lei Distrital nº 1.170/96 regulamentado o instituto da ODIR.

O Plano Diretor de Ordenamento Territorial do Distrito Federal vigente (Lei Complementar nº 17/97) previu as outorgas onerosas de direito de construir e de alteração de uso (arts. 46 à 52).

A Lei Complementar Distrital nº 294/2000 disciplinou o instituto da ONALT.

Além disso, os Planos Diretores Locais - PDLs vigentes também contém dispositivos tratando de ODIR/ONALT.

No curso do desenvolvimento histórico infraconstitucional da ODIR e da ONALT na órbita do Distrito Federal, é importante destacar as Emendas à LODF nºs 40/2000, 46/2005 e 49/2007.

É importante registrar que o Distrito Federal é precursor na utilização do instituto da outorga onerosa de alteração de uso no Brasil⁶.

Constata-se, assim, que as ODIR/ONALT são instrumentos jurídicos novos e, no caso da ONALT, ainda de limitadíssima aplicação no Brasil.

A jovialidade da ODIR/ONALT é uma das fontes de controvérsias e mal-entendimentos na aplicação desses institutos.

A hermenêutica dos institutos da ODIR/ONALT, obviamente, deve considerar o texto constitucional e, especialmente, o Estatuto da Cidade, norma geral de direito urbanístico, o que é extremamente relevante em face de que a maior parte da legislação distrital sobre o tema foi elaborada antes da promulgação da Lei Federal nº 10.527/2001.

3. CONCEITO. FUNDAMENTOS.

Sobre os institutos da ODIR e da ONALT, o Estatuto da Cidade positivou as seguintes noções:

“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. “.

Depreende-se do texto legal, que ODIR é a possibilidade de construir acima do coeficiente de aprovei-

⁵ SUNDFIELD, Carlos Ari. O Estatuto da Cidade e suas diretrizes gerais. In Estatuto da Cidade. Comentários à Lei nº 10.257/01. São Paulo: Malheiros, 2003. 1ª ed., 2ª tiragem. (vários autores; coord. de Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz), pág. 279.

⁶ ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. Do solo criado (Outorga onerosa do direito de construir): Instrumento de tributação para a ordenação do ambiente urbano. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005, pág. 98.

⁷ Estatuto da Cidade. Guia para implementação pelos municípios e cidadãos, pág. 73.

tamento básico, mediante contrapartida; enquanto, ONALT é a permissão de alteração de uso, mediante contrapartida.

A ODIR e a ONALT somente podem ser compreendidas adequadamente a partir de seus fundamentos jurídicos, os quais repousam sobre os seguintes princípios de direito urbanístico: princípio da função social da propriedade, princípio da justa distribuição dos benefícios e ônus do processo de urbanização e princípio do planejamento.

O princípio da função social da propriedade tem estatura constitucional (art. 5º, inciso XXIII, art. 170, inciso III e art. 182, §2º) e informa a ordem econômica.

A função social da propriedade é elemento integrante da própria estrutura do direito de propriedade⁸, o que implica a noção de que a propriedade vincula e gera obrigações positivas para o proprietário a fim de que o interesse social seja alcançado, distanciando-se da concepção tradicional de poder de polícia⁹.

A doutrina identifica três formas de incidência do princípio da função social da propriedade¹⁰: a) como privação de determinadas facultades ou interesses legítimos; b) como complexo de condições para o exercício de facultades atribuídas ou interesses legítimos; c) como obrigação de exercitar determinadas facultades ou interesses legítimos.

No caso da ODIR e da ONALT, a condição para o exercício de interesse legítimo de construir acima do coeficiente de aproveitamento básico, assim como para a edificação ou funcionamento de atividade econômica em uso diverso do inicialmente previsto (alteração de uso) é a contrapartida (art. 28, caput do EC), o que se justifica pelo princípio da função social da propriedade. Essa noção não se amolda ao conceito tradicional de poder de polícia.

A vinculação do proprietário a obrigações positivas tem como finalidade orientar o uso do bem ao interesse coletivo ou social.

Sobre essa temática, veja-se a lição de Grego¹¹:

“(…)”

Em outras palavras, a Constituição, nesse dispositivo, está prestigiando – ou considerando como desejáveis – certos efeitos decorrentes da conduta concreta que poderá reportar-se ao bem, ou seja, os efeitos que melhor adequem o imóvel ao contexto social em que se encontra, cumprindo, dessa forma, a sua função social. Isto porque a função social de um bem não é algo abstrato e hipoteticamente aferível, nem está sujeito a padrões indeterminados e genéricos, mas, ao revés, só é perceptível no caso concreto, em razão de peculiaridades de cada situação, variando, portanto, de local para local. (…)

Em suma, o bem (objeto do direito de propriedade) é que tem ‘função’, exatamente porque está no plano dos fatos, em que há correlação entre coisas que se compõem num mosaico mais amplo, do qual a terra será o suporte para toda gama de ações humanas.

(…) Assim, a função social será atendida quando a utilização do bem provocar efeitos desejados pela comunidade interessada, o que traz à baila as idéias de uso e de atividade.

O prestígio constitucional da cláusula da ‘função social’ traz em seu bojo o reconhecimento de que sobre a propriedade, há uma confluência de interesses, sendo uns de cunho exclusivamente individual e outros de caráter coletivo. (…)(destaques nossos).

Nessa perspectiva, o direito de propriedade tem como finalidade servir, além dos interesses individuais, aos interesses da coletividade.

A respeito dessa afirmativa, vale a pena conferir a referência do mestre Orlando Gomes ao texto constitucional alemão:

“(…)”

Concluída esta análise teórica, o estudo estaria incompleto se não se fizesse um flash da recepção do conceito de função no direito positivo. Nas Constituições das democracias ocidentais, o melhor texto, a meu aviso, é o art. 14, alínea 2, da Constituição da República Federal da Alemanha, de 1949, que transcrevo:

‘A propriedade obriga. O uso da propriedade deve concorrer também para o bem da coletividade’. (…)

Por esse motivo, o direcionamento da propriedade urbana para o cumprimento de sua função social ocorre basicamente pelo instrumento do plano diretor (art. 182, §3º). A confluência de interesses público e privado ou, melhor dizendo, a institucionalização do dissenso entre estado, proprietários e sociedade, com a finalidade de promover o cumprimento da função social da propriedade dar-se à, principalmente, mas não exclusivamente, por meio do plano diretor.

A instituição de ODIR e da ONALT no âmbito do planejamento urbanístico visa atender, simultaneamente, aos interesses particulares e coletivos, induzindo o uso da propriedade de acordo com a sua função social.

Nessa perspectiva, é necessário compreender os institutos da ODIR e da ONALT como instrumentos de planejamento urbano, isto é, destinados a operar transformações na realidade do tecido urbano¹².

Em síntese, são mecanismos de execução de plano urbanístico. Pensar-se de outro modo seria atribuir aos institutos uma feição meramente arrecadatória e financista e não urbanística, ou seja, direcionada para a ordenação do espaço urbano.

Em outro giro, a ODIR e a ONALT também têm como escopo realizar a justa distribuição dos benefícios e encargos do processo de urbanização. Conforme assinalado por Pinto, o que antes era atribuído gratuitamente, passou a ser oneroso, mediante a exigência de uma contraprestação pelo acréscimo de potencial construtivo (solo criado) e pela alteração de uso.

O acréscimo de potencial construtivo, isto é, a criação de solo e a alteração de uso geram uma sobrecarga na infra-estrutura urbana. A criação de solo e a alteração de uso implicam o “consumo” de infra-estrutura urbana, com a qual o proprietário não colaborou para o financiamento¹³. Por essa razão, a exigência de contrapartida tem como finalidade compensar a coletividade¹⁴.

Dessa maneira, a exigência de contrapartida imposta ao beneficiário da outorga do direito de alteração de uso e de potencial construtivo é decorrência necessária do princípio urbanístico da justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização que se encontra positivado no inciso IX do art. 2º do Estatuto da Cidade, o qual pode ser formulado nos seguintes termos¹⁵:

“(…) As transformações urbanas devem ser financiadas, na medida do possível, pelos seus beneficiários diretos e não pelo conjunto dos cidadãos ou por uns poucos prejudicados. (…)

Assim, os institutos da ODIR e da ONALT, ao tornarem regra o caráter oneroso pela atribuição de índices urbanísticos, têm como meta evitar que o plano urbanístico seja uma loteria para os proprietários¹⁶.

Nesse contexto, é comum a referência a mais-valias urbanísticas, o que significa a valorização imobiliária de determinada propriedade em razão de uma definição de índice pelo plano urbanístico. A mais-valia é urbanística porque decorre de uma decisão normativa do poder público¹⁷:

“(…)”

Para além da valorização gerada pelo processo de urbanização, existe ainda uma valorização que se dá por um movimento intangível do setor público e que se liga à normativa urbanística: todas as decisões legais por iniciativa do poder público com a sanção do poder legislativo nos municípios. (…)

Constata-se que, por um lado se refere ao caráter compensatório das contrapartidas pelo acréscimo de potencial construtivo e pela alteração de uso; enquanto, de outro modo, essas contrapartidas se revestem de uma noção de recuperação de mais-valia urbanística.

O caráter compensatório e a noção de recuperação de mais-valia urbanística não são conceitos excludentes ou incompatíveis. Muito pelo contrário, são conceitos relacionados e decorrentes do princípio da justa distribuição dos benefícios e ônus do processo de urbanização.

O conceito de recuperação de mais-valia urbanística é da própria essência do princípio da justa distribuição dos benefícios e ônus do processo de urbanização e a função compensatória é consequência da aplicação desse princípio jurídico. Vale a pena conferir a lição de Correia sobre a questão¹⁸:

“(…)”

27.4 De acordo com o artigo 137º do Decreto-Lei nº 380/99, os mecanismos de perequação compensatória a prever nos planos municipais de ordenamento do território devem prosseguir os seguintes objetivos: a redistribuição das mais-valias atribuídas pelo plano aos proprietários; a obtenção pelos municípios de meios financeiros adicionais para a realização das infra-estruturas urbanísticas e para o pagamento de indenizações por expropriação; a disponibilização de terrenos e edifícios ao município para a implementação, instalação ou renovação de infra-estruturas, equipamentos e espaços urbanos de utilização colectiva, designadamente zonas verdes, bem como para compensação de particulares, nas situações em que tal se revele necessário; o estímulo da oferta para terrenos para urbanização e construção, evitando-se a retenção dos solos com fins especulativos; e a eliminação das pressões e influências dos proprietários ou grupos para orientar as soluções do plano na direção das suas intenções.

Esses objetivos elencados pelo legislador não se situam no mesmo nível. Enquanto o primeiro – o da redistribuição das mais-valias atribuídas pelo plano aos proprietários – constitui um objetivo essencial daqueles mecanismos, uma vez que se apresenta como conatural ao princípio da perequação dos benefícios e encargos resultantes dos planos municipais, os restantes são uma mera consequência ou um efeito do funcionamento dos mecanismos perequativos.

(…)(destaques nossos).

Acrescente-se também que a adequada aplicação dos institutos da ODIR e da ONALT como instrumentos de recuperação das mais-valias urbanísticas está atrelada necessariamente ao planejamento urbanístico¹⁹.

Desse modo, as outorgas onerosas urbanísticas são instrumentos de planejamento urbano com a finalidade de induzir o cumprimento da função social da propriedade e, simultaneamente, mecanismos de recuperação das mais-valias urbanísticas.

Para a compreensão dessa dupla função da ODIR e da ONALT, é necessário entender as relações entre esses institutos e o plano urbanístico, o que implica o exame do princípio do planejamento urbanístico.

O princípio urbanístico do planejamento encontra-se positivado no inciso II do art. 2º do Estatuto da Cidade. In verbis:

“Art. 2º. A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

(…)”

IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente;

(…)(destaques nossos).

⁸ FURQUIM, Cláudia do Amaral. O direito de construir da perspectiva urbanístico-constitucional. Brasília: Universidade de Brasília, 2005, dissertação de mestrado apresentada no programa de pós-graduação em Direito na UNB, pág. 38.

⁹ GRAU, Eros. *Ibid.*, pág. 68.

¹⁰ QUEIROGA, Alessandra Elias de. Os parcelamentos ilegais do solo e a desapropriação como sanção. O caso dos

“condomínios irregulares” no Distrito Federal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, pgs. 90-91.

¹¹ GREGO, Marco Aurélio. O solo criado e a questão fundiária. In: Direito do Urbanismo. Uma visão sócio-jurídica. Org. Álvaro Pessoa. Livros Técnicos e Científicos Editora S.A. Rio de Janeiro: 1981. pgs. 9-10.

¹² “(…) Há muitas situações em que o adensamento de determinada área é recomendável, independentemente de uma vinculação específica e imediata com quaisquer obras de reforço de infra-estrutura urbana. Tal adensamento pode ser justificado por diversos motivos, como a ampliação da oferta imobiliária, a equalização da qualidade de vida entre os bairros da cidade ou a decisão de evitar a expansão horizontal da cidade.

De todo modo, o adensamento terá que respeitar os limites da infra-estrutura existente, que é uma diretriz geral da política urbana. Seu pressuposto, portanto, é o de que existe uma ‘folga’ de infra-estrutura capaz de sustentar uma ampliação de índices urbanísticos. Tal ampliação tradicionalmente se fez pela simples mudança no zoneamento, permitindo que os proprietários se beneficiassem da valorização de seus imóveis independentemente de qualquer contrapartida.

Visando a impedir que isto ocorra, têm-se disseminado em alguns municípios formas variadas de aquisição do direito de construir acima dos índices de zoneamento. Neste modelo, análogo ao bônus norte-americanos, admite-se a construção acima dos índices legais de zoneamento, mediante pagamento de uma contrapartida. Não há limite prefixado para essa ampliação do direito de construir, mas uma análise específica dos impactos urbanísticos de cada operação. Uma vez aprovada a operação, é determinado o valor da contrapartida, que corresponderá a um percentual do valor acrescido ao imóvel, avaliado em laudo. Tais experiências foram criticadas por trazerem para o interior do Executivo uma matéria tradicionalmente tratada no Legislativo e por resultarem na substituição do planejamento global da cidade pelo simples controle do impacto de empreendimentos isolados.

O Estatuto da Cidade regulou a matéria, instituindo a ‘outorga onerosa do direito de construir’, pela qual se condiciona a ampliação do direito de construir ou a alteração do uso à uma prestação de uma contrapartida pelo beneficiário. (…).” In PINTO, Victor Carvalho. Direito Urbanístico: plano diretor e direito de propriedade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pgs. 309-311.

¹³ GRECO, Marco Aurélio. Op. cit., pág. 19.

¹⁴ MARQUES NETO, Flávio Azevedo. Outorga onerosa do direito de construir. In Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001) Coordenadores: Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz, São Paulo: Ed. Malheiros, 2002. 1ª ed., pgs. 227.

¹⁵ PINTO, Victor Carvalho. Op. cit., pág. 298.

¹⁶ CORREIA, Fernando Alves. O plano urbanístico e o princípio da igualdade. Coimbra: Livraria Almedina, 1989, pág. 587.

¹⁷ ALFONSIN, Betânia de Moraes. Operações urbanas consorciadas como instrumento de captação de mais-valias urbanas: um imperativo da nova ordem jurídico-urbanística brasileira. In Direito urbanístico: estudos brasileiros e internacionais. Betânia Alfonsin e Edésio Fernandes, organizadores. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pág. 295.

¹⁸ CORREIA, Fernando Alves. Manual de Direito do Urbanismo. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2001, pág. 490.

¹⁹ *Ibid.*, pág. 489.

A competência municipal de ordenar e controlar o uso do solo urbano é exercida principalmente por meio do processo de planejamento urbano, o que significa a conjugação de uma atividade técnica à participação popular, a fim de se obter legitimidade da intervenção estatal conformadora da propriedade. O objetivo do planejamento urbano é assegurar e viabilizar o direito a cidades sustentáveis. Daí a imprescindibilidade do plano diretor e de sua qualificação constitucional como o instrumento básico da política de desenvolvimento urbano (art. 182, § 1º, da CF/88).

Sundfeld discorrendo sobre o princípio do planejamento afirma que²⁰:

“(…)”

Ao desenvolver sua ação urbanística o Poder Público deverá observar o princípio instrumental do planejamento (art. 2º, IV).

Esse dever se cumpre, em primeiro lugar, pela consideração das exigências urbanísticas no planejamento geral do Estado: (…)

De outro lado, o princípio do planejamento exige a edição de planos urbanísticos (plano diretor e disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo – v. art. 4º, III, ‘a’ e ‘b’). Eles são o pressuposto da ação urbanística, tanto do Poder Público como dos particulares.

Na lógica do Estatuto, o ordenamento urbanístico não pode ser um aglomerado inorgânico de imposições. Ele deve possuir um sentido geral, basear-se em propósitos claros, que orientarão todas as disposições. Desse modo, o ordenamento urbanístico deve surgir como resultado de um planejamento prévio – além de adequar-se sinceramente aos planos.

(…) O urbanismo não é um projeto de estatização pura e simples, mas de racionalização urbana via atuação estatal. Assim, a ação urbanística do Estado só se legitima se estiver racionalmente orientada. Aí entram os planos urbanísticos.

(…)”.(destaques nossos).

Como consequência do princípio urbanístico do planejamento, é necessário que o Plano Diretor defina as áreas em que a ODIR e a ONALT poderão ser utilizados. Essa compreensão lastreia-se nos arts. 28, 29 e 42 do Estatuto da Cidade²¹.

Conforme se depreende dos dispositivos, para a utilização das outorgas onerosas urbanísticas, o plano diretor deve fixar as áreas nas quais serão autorizados o acréscimo de potencial construtivo e a alteração de uso.

A Resolução nº 34 do Conselho das Cidades institui idêntica diretriz em seu art. 4º. Embora a resolução não se revista de força normativa, é negável o seu valor como parâmetro interpretativo do Estatuto das Cidades. In verbis:

“Art. 4º Nos termos do art. 42, inc. II, do Estatuto da Cidade, caso o plano diretor determine a aplicação dos instrumentos: direito de preempção, outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso, operações urbanas consorciadas e a transferência do direito de construir; estes só poderão ser aplicados se tiverem sua área de aplicação delimitada pelo plano diretor.

Parágrafo único. Na exposição dos motivos, o Plano Diretor deverá apresentar a justificativa de aplicação de cada um dos instrumentos previstos no art. 4º desta Resolução, com vinculação às respectivas estratégias e objetivos.”.

O acréscimo de potencial construtivo e a alteração de uso geram uma sobrecarga na infra-estrutura urbana, o que deverá ser avaliado no curso do processo de planejamento urbano que tem como documento básico o plano diretor.

A alteração de uso e o aumento de potencial construtivo têm como pressuposto uma “folga” na infra-estrutura urbana, apta a arcar com a sobrecarga, sem ofensa ao direito à cidade sustentável.

Por esse motivo, no momento de elaboração do plano diretor, devem ser avaliadas as áreas que são capazes de suportar um aumento do potencial construtivo e a alteração de uso de imóveis, sob pena de subverter-se o planejamento global da cidade.

A premissa fundamental é a compreensão de que a infra-estrutura urbana é financiada por toda a coletividade e, por esse motivo, a subutilização e sobre-utilização não atendem ao interesse público. A sobre-utilização da infra-estrutura urbana atenta contra o direito à cidade sustentável (art. 2º, inciso I, do Estatuto da Cidade), assim como não se compatibiliza com as diretrizes fixadas pelo Estatuto da Cidade para a adequada ordenação do uso do solo urbano (art. 2º, VI, “c” e “d”).

Em outro giro, a subutilização da infra-estrutura urbana também não se coaduna com o interesse público, na medida em que é dever do poder público promover o planejamento urbano de modo a evitar distorções no crescimento da cidade (art. 2º, inciso IV, do Estatuto da Cidade). A adequada utilização da infra-estrutura urbana implica a otimização dos recursos públicos e a própria sustentabilidade da cidade.

A contrapartida pelo aumento do potencial construtivo e pela alteração de uso tem como finalidade a justa redistribuição do acréscimo patrimonial que o particular tem com as mudanças nos índices e usos urbanísticos, à custa do “consumo” da infra-estrutura urbana financiada por toda a coletividade (art. 2º, incisos IX e XI).

O plano diretor é o documento técnico apto a definir as áreas em que a infra-estrutura urbana é subutilizada e sobre-utilizada e, por consequência, nas quais a aplicação dos institutos da ODIR e da ONALT, efetivamente, funciona como instrumento regulador do processo de urbanização.

Justamente, por esse motivo, o parágrafo único do art. 4º da Resolução nº 34 do Conselho das Cidades preceitua que, na exposição dos motivos do plano diretor, deve constar a justificativa da utilização dos institutos da outorga onerosa do direito de construir e da alteração de uso, relacionando com as respectivas estratégias e objetivos a serem alcançados. Somente, dessa maneira, se podem compreender os institutos da outorga onerosa do direito de construir e da alteração de uso como instrumentos da política urbana na consecução do planejamento municipal (art. 4º, inciso V, letra n do Estatuto da Cidade)²².

²⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. O Estatuto da Cidade e suas diretrizes gerais. In Estatuto da Cidade. Comentários à Lei nº 10.257/01. São Paulo: Malheiros, 2003. 1ª ed., 2ª tiragem. (vários autores; coord. de Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz), pág. 56.

²¹ “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 a alteração de uso do solo, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário. (...) Art. 42. O plano diretor deverá conter no mínimo: (...) II – disposições requeridas pelos arts. 25, 28, 29, 32 e 35 desta Lei; (...)”.

²² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Comentários ao Estatuto da Cidade. Lei nº 10.257/2001 e Medida Provisória nº 2.220, de 04.09.2001. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2005, pág. 202.

Expostos os fundamentos dos institutos, passa-se a análise de algumas das questões recorrentes no âmbito da PGDF sobre a aplicação dos institutos da ODIR e da ONALT.

4. NATUREZA JURÍDICA E FINALIDADE DA CONTRAPARTIDA

É freqüente o equivocado entendimento de que a exigência de contrapartida pelo acréscimo de potencial construtivo ou pela alteração de uso teria natureza jurídica tributária.

O Parecer Normativo nº 4/2001, com apoio em entendimento pacificado da Casa, registrou que se trata de preço público, refutando a tese tributarista. In litteris:

“(…)”

Sobre a natureza jurídica do instituto, esta Casa sedimentou o entendimento de que não se cuida de tributo e, portanto, não se configura hipótese de incidência das limitações constitucionais ao poder de tributar, porquanto se trata de preço público, devidamente estabelecido por lei. Cumpre agregar que o princípio constitucional da legalidade (art. 5º, II, CF 1988), por cujo efeito ninguém será obrigado a fazer coisa alguma senão por força de lei, encontra-se atendido, ex vi dos arts. 49 a 52 da Lei Complementar nº 17/97 (PDOT) e Lei Complementar 294/2000, sendo as normas legais o instrumento competente para criar a obrigação do pagamento do preço público em alusão. (…)

A exigência de prestação tem a natureza jurídica de ônus, uma vez que o adimplemento da exigência da contrapartida viabiliza a aquisição do direito de construir acima do coeficiente de aproveitamento básico ou de alterar o uso do lote²³.

A não-prestação da contrapartida pelo interessado na criação do solo e na alteração de uso não gera sanção, mas simplesmente não permite a obtenção da vantagem almejada.

O ônus urbanístico se reveste de um caráter sinalagmático. Pelo cumprimento dos ônus urbanísticos, obtém-se a vantagem do solo criado e da alteração de uso.

No mesmo sentido, a opinião de Victor Carvalho Pinto em sua obra Direito Urbanístico: Plano Diretor e Direito de Propriedade²⁴:

“Na verdade, o plano urbanístico não atribui, por si só, direitos de construir, mas potenciais construtivos. Os potenciais definidos pelos índices urbanísticos do plano transformam-se em direitos de construir após o cumprimento de ônus urbanísticos, pelos quais o proprietário contribui para financiar a infra-estrutura da cidade. Ônus é um ‘comportamento que o sujeito deve adotar para alcançar determinada vantagem, que consiste na aquisição ou na conservação de um direito’. É o atendimento aos ônus urbanísticos que permite ao proprietário incorporar seu lote o direito de construir previsto no plano.(…)”.

Cuida-se, pois, de ônus urbanístico, na medida em que o interessado não é obrigado a efetuar a prestação, mas somente se desejar obter a criação de solo e a alteração de uso.

O pagamento de contrapartida pelas outorgas urbanísticas não é compulsório, mas é ônus imposto ao beneficiário para a aquisição de direito, isto é, o beneficiário pode ou não adquirir o direito ao acréscimo de potencial construtivo ou à alteração de uso. Trata-se ato voluntário do beneficiário. Caso deseje adquirir o direito, deve necessariamente arcar com o ônus de efetuar a contraprestação. Tem o mesmo posicionamento o professor Eros Grau²⁵:

“(…) Tributos são receitas legais. No caso em espécie, estamos diante de um ato de aquisição de um direito, não-compulsório. Trata-se de ato voluntário, no qual o requisito da vontade das partes – setores público e particular – substitui o requisito da imposição legal. A remuneração correspondente, pois, é contratual e não legal. (…)

Desse modo, a natureza jurídica da contraprestação pela outorga onerosa do direito à alteração de uso e do potencial construtivo é de preço público²⁶.

Para afastar qualquer dúvida de não ser taxa, reitere-se que se não cuida de poder de polícia, porém de contrapartida fundada nos princípios da função social da propriedade e da justa distribuição dos benefícios e ônus do processo de urbanização.

O egrégio Supremo Tribunal Federal, em recente decisão, concluiu nesse mesmo sentido. Confira-se a ementa do acórdão:

“Recurso extraordinário. Lei n. 3.338/89 do Município de Florianópolis/SC. Solo criado. Não configuração como tributo. Outorga onerosa do direito de criar solo. Distinção entre ônus. Dever e obrigação. Função social da propriedade. Artigos 182 e 170, III da Constituição do Brasil.

1. Solo criado

Solo criado é o solo artificialmente criado pelo homem [sobre ou sob o solo natural], resultado da construção praticada em volume superior ao permitido nos limites de um coeficiente único de aproveitamento.

2. Outorga onerosa do direito de criar solo. Prestação de dar cuja satisfação afasta obstáculo ao exercício, por quem a presta, de determinada faculdade. Ato necessário. Ônus.

Não há, na hipótese, obrigação. Não se trata de tributo. Não se trata de imposto. Faculdade atribuível ao proprietário de imóvel, mercê da qual se lhe permite o exercício do direito de construir acima do coeficiente único de aproveitamento adotado em determinada área, desde que satisfeita prestação de dar que consubstancia ônus. Onde não há obrigação não pode haver tributo. Distinção entre ônus, dever e obrigação e entre ato devido e ato necessário.

3. Ônus do proprietário de imóvel urbano.

Instrumento próprio à política de desenvolvimento urbano, cuja execução incumbe ao Poder Público municipal, nos termos do disposto no artigo 182 da Constituição do Brasil. Instrumento voltado à correção de distorções que o crescimento urbano desordenado acarreta, à promoção do pleno desenvolvimento das funções da cidade e a dar concreção ao princípio da função social da propriedade (art. 170, III da CB).”.

(RE 387.047-5/SC, Rel. Min. Eros Grau, 6.3. 2008).

O cumprimento do ônus urbanístico mediante contrapartida tem como finalidade recuperar a malvalia urbanística e, simultaneamente, redistribuir a coletividade na forma de infra-estrutura urbana, ou seja, compensar a coletividade pela sobrecarga na infra-estrutura urbana gerada pelo acréscimo de potencial construtivo e pela alteração de uso.

Por esse motivo, o art. 31 do Estatuto da Cidade estabelece a destinação dos recursos obtidos com as outorgas onerosas (do direito de construir e de alteração de uso). Essa regra demonstra, efetivamente, tratarem as outorgas de instrumentos urbanísticos.

²³ SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Ordenador. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003, 1ª ed., 3ª tiragem, págs. 59-60.

²⁴ PINTO, Victor Carvalho. Op. cit., págs. 287-288.

²⁵ GRAU, Eros. Direito Urbano. São Paulo: Ed. RT, 1983, pág. 82 apud. MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Outorga onerosa do direito de construir. In Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001) Coordenadores: Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz, São Paulo: Ed. Malheiros, 2002. 1ª ed., pág. 243.

²⁶ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Op. cit., págs. 242-243.

De acordo com esse dispositivo, os recursos auferidos com a outorga onerosa terão as seguintes finalidades: 1) regularização fundiária; 2) execução de programas e projetos habitacionais de interesse social; 3) constituição de reserva fundiária; 4) ordenamento e direcionamento da expansão urbana; 5) implantação de equipamentos urbanos e comunitários; 6) criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes; 7) criação de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse ambiental; 8) proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico.

No Distrito Federal, a destinação dos recursos arrecadados com a outorga onerosa por alteração de uso está consignada na Lei Complementar n.º 294/00:

“Art. 7º Os recursos auferidos com a aplicação da outorga onerosa da alteração de uso integrarão em 95% (noventa e cinco por cento) o Fundo de Desenvolvimento Urbano do Distrito Federal - FUN-DURB e em 5% (cinco por cento) o Fundo do Meio Ambiente do Distrito Federal.”

O caráter redistributivo/compensatório das outorgas urbanísticas é mais evidenciado pela compreensão de que o Estatuto da Cidade não prescreve que a contrapartida necessariamente deva se dar pela modalidade pecuniária, tendo o legislador municipal liberdade para instituir outras formas²⁷. Inclusive, Seabra Fagundes, um dos signatários da Carta de Embu, repudiou a utilização de pecúnia como contraprestação ao fundamento de que se adulteraria a finalidade do solo criado²⁸.

Além disso, o inciso IV do art. 52 do Estatuto da Cidade define como improbidade administrativa aplicar os recursos obtidos com a ODIR e a ONALT em finalidades distintas das previstas legalmente. Esses conceitos são relevantes para reafirmar mais uma vez que os recursos oriundos da ONALT e da ODIR são de titularidade do Distrito Federal e não da TERRACAP, conforme já restou assentado no Parecer nº 51/2005, de lavra do ilustre Procurador do Distrito Federal Dr. Valdson Gonçalves de Amorim, cuja ementa é a seguinte:

“Alteração de uso de imóvel, admitindo, além do uso residencial, o uso comercial. Recolhimento da outorga onerosa de alteração de uso. Lei complementar n. 294/2000-DF. Créditos pertencentes ao Distrito Federal. Recebimento pela TERRACAP. Irregularidade. É possível, mas inconveniente, que o Distrito Federal intervenha em processo judicial ajuizado por aquela empresa pública.

Não se pode entender a outorga onerosa de alteração de uso /ONALT, prevista na Lei Complementar do Distrito Federal n. 294/2000, como simples ‘mais valia’, decorrente da valorização do imóvel por ser contemplado com uso alternativo. Trata-se a ONALT de instituto do Direito Urbanístico, tendo como justificativa maior a compensação à sociedade pelos constrangimentos a ela impostos em função da piora de sua qualidade de vida, pois a admissão de uso comercial em imóvel que nasceu com a vocação residencial, provoca incômodos diversos, como sobrecarga do sistema viário, poluição e maior adensamento. Assim, não pode ser considerada como parte do preço pago pelos imóveis alienados pela TERRACAP, acoplando o valor ao seu próprio patrimônio, lesando o erário público. O art. 7º da Lei Complementar n. 294/2000 e o artigo 20 do Decreto Distrital n. 22.121/2001 determinam que os recursos auferidos com a aplicação da ONALT integrarão o Fundo de Desenvolvimento Urbano do Distrito Federal – FUNDURB e o Fundo de Meio Ambiente do Distrito Federal. Embora seja juridicamente possível o ingresso do Distrito Federal em processo judicial intentado pela TERRACAP objetivando o recebimento de valores complementares da ONALT, não se afigura conveniente este tipo de intervenção, em razão da diversidade dos fundamentos jurídicos, pois enquanto aquela Empresa Pública pleiteia recomposição puramente patrimonial e financeira, o Distrito Federal tem sustentado perante o Poder Judiciário, com êxito, que o pagamento da ONALT se trata de preço público e tem natureza indenizatória à sociedade pelos transtornos causados pela alteração de uso.”

A PGDF firmou o entendimento de ser admissível o pagamento de ONALT mediante precatório. Confira-se a ementa do Parecer nº 37/2006 da PROCAD de lavra do ilustre Procurador do Distrito Federal Dr. Daniel Corrêa:

“Pagamento da ONALT por meio de precatórios. Precedente desta Procuradoria. Necessidade de observância do disposto na LC nº 294/00 e da legislação que regula o sistema da compensação.

1. O pagamento da outorga onerosa da alteração de uso, via de regra, deve ser feito mediante em moeda corrente, tendo em vista que tais recursos têm destinação específica.
2. Precedente da Procuradoria no sentido de que é possível a quitação por meio de compensação com precatórios.
3. Necessidade de observância da legislação de regência do tema.”

Naquela oportunidade, o ilustre então Procurador-Geral do Distrito Federal Evaldo de Souza da Silva manifestou-se da seguinte maneira:

“(…)”

Não vislumbro a controvérsia suscitada pela Chefia da PROCAD quanto à questão do repasse dos valores relativos aos Fundos de Desenvolvimento Urbano do Distrito Federal e de Meio Ambiente do Distrito Federal nas hipóteses em que o pagamento da ONALT ocorre mediante compensação com precatórios.

Com efeito, a conclusão do Parecer nº 800/2004 – PROCAD de que os recursos auferidos com a ONALT podem ser quitados com precatórios não é incompatível com o entendimento do Parecer nº 37/2006-PROCAD, em questão, que recomenda sua destinação aos aludidos Fundos.

O ponto a ser examinado é o momento em que os recursos devem ser destinados aos Fundos. A operação deve observar a sistemática em vigor para as compensações de débitos do Distrito Federal com precatórios, segundo a qual a extinção dos deveres jurídicos recíprocos somente ocorre quando o precatório apresentado figura no primeiro lugar da ordem de precedência do Distrito Federal. Somente nesse momento os recursos da ONALT devem ser destinados aos referidos Fundos.

“(…)”

Discorda-se, no ponto, por reputar que a compensação não atende as finalidades das outorgas urbanísticas, as quais constituem, inclusive, receita vinculada, cuja utilização em desacordo com as finalidades legais pode até configurar improbidade administrativa. Por essa razão, sugere-se a revisão do entendimento da casa nessa questão.

5. ONEROSIDADE DA ALTERAÇÃO DE USO. IMPLICAÇÕES.

Questão que também gerou controvérsia no âmbito da PGDF e foi sedimentada pelo Parecer Normativo nº 4/2001 foi a relativa ao momento do nascimento da obrigação do pagamento pela alteração de uso. Verifique-se o trecho do parecer do ilustre Procurador do Distrito Federal Dr. Antônio Carlos Alencar Carvalho:

“(…)”

Quanto ao pagamento da outorga onerosa, este deverá ser previamente exigido à expedição de alvará

de construção. Note-se que o instituto da outorga em destaque justifica-se em seu caráter oneroso em vista da significativa valorização operada sobre o valor de mercado dos imóveis cujos usos respectivos usos são alterados, às vezes com aumento de ordem superior a 1000% (um mil por cento), como nos casos de conversão para posto de combustíveis, lavagem e lubrificação. Mais que própria, destarte, a criação de instituto jurídico no âmbito do Distrito Federal.

No que tange à exigibilidade, esta Procuradoria-Geral do Distrito Federal sufragou a tese de que a obrigação de pagamento pela outorga onerosa em apreço nasceu da data da edição da lei específica que alterou o uso de imóvel, posteriormente à vigência do PDOT, porquanto assim previu o art. 49 da Lei Complementar 17/97 (PDOT). Ressalte-se: a obrigação veio a lume quando houve a alteração de uso do imóvel por ato legal. Não obstante, porque ausente critérios matemáticos e inexistentes as normas imperativas para a eficácia imediata da cobrança no plano concreto, esta ficou postergada para a regulamentação da matéria ocorrida nos termos do Decreto 22.121/2001.

Assim, apesar de a cobrança só ter critérios matemáticos precisos a partir da vigência do Decreto 22.121/2001, a respectiva obrigação já existia e apenas pressupunha a definição do momento exato a ser exigido em cada caso. Não há cobrança retroativa: a dívida pela outorga onerosa já gozava de existência no mundo jurídico, apenas sua apuração matemática é que ficou relegada a momento posterior. Demais, sublinhe-se que, a par de duplo respaldo legal (LC 17/97 e LC 294/2000), tem-se firmado entendimento jurisprudencial pelo pagamento da outorga em destaque em nome do princípio imaneante ao direito brasileiro que veda o enriquecimento sem causa, em face da sobrevalorização do imóvel verificada pela alteração de uso procedida por lei.

(…)”

Controvérsia paralela a essa e intimamente relacionada é a dúvida se, ante o silêncio da lei sobre a exigibilidade de contrapartida, permaneceria ainda o caráter oneroso da alteração de uso.

Ambas as controvérsias se resolvem pela noção de que a instituição da outorga onerosa de alteração de uso no âmbito do Distrito Federal por meio da Lei Complementar nº 17/97 estabeleceu uma transformação do modo como os índices urbanísticos e usos eram atribuídos ao proprietário. Se, até aquele momento, prevalecia a regra da gratuidade; com o PDOT/97, passou a valer a regra da onerosidade.

Desse modo, o Distrito Federal antecipou-se ao legislador federal, o qual, por meio do Estatuto da Cidade, reafirmou esse posicionamento, em especial, pela assertiva de que caberá a lei municipal definir as hipóteses de isenção de contrapartida (art. 30, inciso III do EC). Esclareça-se que, embora o texto legal tenha utilizado a palavra isenção, trata-se preço público como já restou demonstrado, devendo-se ler então dispensa de contrapartida em vez de isenção.

As outorgas urbanísticas são instrumentos de planejamento urbano e de justa distribuição dos benefícios e encargos do processo de urbanização. As duas funções convivem juntas no instituto. Por esse motivo, o caráter oneroso é a regra e a gratuidade, a exceção. A gratuidade ou a redução do valor da contrapartida é justificada em nome do planejamento urbano. Somente dessa forma, conciliam-se as duas funções da ONALT.

Por essa razão, cabe assentar que o marco temporal para se verificar se a alteração de uso reveste-se de caráter oneroso é o PDOT/97, como já foi pacificado no Parecer Normativo nº 4/2001.

Nessa perspectiva, a Lei Complementar nº 294/2000 tem apenas, em linguagem civilista, efeitos de propiciar critérios para operar a liquidação de débito no momento do licenciamento, ou, em terminologia publicista, de regulamentar o PDOT/97, cuja eficácia estava sob condição suspensiva. Além disso, o silêncio da lei não implica que a alteração de uso não tenha caráter oneroso. Muito pelo contrário, se a regra é a da onerosidade, no silêncio da lei, prevalece a regra e não a exceção.

6. MOMENTO DA EXIGIBILIDADE DA CONTRAPARTIDA

A Lei Complementar Distrital nº 294/2000 dispõe que a alteração de uso constitui-se em modificação e extensão de uso e estabelece o momento de sua exigibilidade. In litteris:

“Art. 2º A outorga onerosa da alteração de uso constitui-se em cobrança, mediante pagamento de valor monetário, pela modificação ou extensão dos usos e dos diversos tipos de atividades que os compõem, previstos na legislação de uso e ocupação do solo para a unidade imobiliária ou quaisquer dos seus pavimentos, que venham a acarretar a valorização dessa unidade imobiliária.

§ 1º Considera-se modificação de uso a mudança de um uso ou tipo de atividade para outro diferente daqueles previstos para a unidade imobiliária nas normas de edificação, uso e gabarito vigentes.

§ 2º Considera-se extensão de uso a inclusão de um novo uso ou tipo de atividade não previsto para a unidade imobiliária, mantendo-se o uso previsto nas normas e edificação, uso e gabarito vigentes.

§ 3º Fica expressamente vedada a edificação de postos de abastecimento, lavagem e lubrificação nos estacionamentos de supermercados, hipermercados e similares, bem como de teatros, cinemas, shopping centers, escolas e hospitais públicos.

(…)”

Art. 6º A expedição do Alvará de Construção ou Alvará de Funcionamento estará condicionada ao pagamento do débito relativo ao valor integral da outorga onerosa da alteração de uso ou, em caso de pagamento parcelado, limitado em até doze parcelas mensais sucessivas, à quitação da primeira parcela ou das parcelas vencidas até a data da liberação do Alvará.”

De acordo com a lei, o momento da exigibilidade da contraprestação pela alteração de uso é a concessão de alvará de construção ou de funcionamento.

A ilustre Procuradora do Distrito Federal Maria Valesca Barreto Vianna Rocha no Parecer nº 8.088/2000 da antiga 2ª SPR teceu interessantes colocações sobre o momento adequado para a exigibilidade da contraprestação pela alteração de uso, defendendo a mudança da legislação a fim de que permitisse a exigibilidade desde a publicação da lei alteradora do uso. Confira-se:

“(…)”

Consoante dispõe o artigo 4º da Lei nº 294/2000, o valor a ser pago pela outorga onerosa de alteração de uso corresponde ‘ao valor integral da valorização havida’ na unidade imobiliária, em virtude da mudança ou inclusão de um novo uso ou tipo de atividade, aprovada por lei específica.

Note-se que a lei específica que autoriza a mudança e extensão de usos é suficiente, por si só, para provocar a valorização da unidade imobiliária, independentemente de qualquer ação concreta do proprietário do imóvel. Se assim é, o preço público devido pela outorga da alteração de uso poderia, ao menos em tese, ser cobrado logo após a publicação da referida lei autorizativa.

Sucedee que a Lei 294/2000 permite que o pagamento do valor integral da outorga onerosa seja efetuado até a data da expedição do alvará de construção ou de funcionamento, conforme infere-se da leitura do seu artigo 6º.

Nestas condições, se após a publicação da lei autorizativa, o proprietário do imóvel valorizado quedar-se inerte, mantendo a destinação originária da unidade imobiliária por um período de um ou dois anos, o preço público não poderá ser exigido neste interregno. O imóvel, inegavelmente valori-

²⁷ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Op. cit., pág. 242.

²⁸ FAGUNDES, Miguel Seabra. Aspectos jurídicos do solo criado. In Revista Forense, ano 73, Vol. 260, págs. 3-4.

zado a partir da lei que autorizou a mudança de uso, poderia até mesmo ser vendido a terceiro no decorrer deste período, com uma margem de lucro significativa, sem que o antigo proprietário tivesse que arcar com o ônus do pagamento da outorga onerosa da alteração de uso, não obstante o lucro obtido com a transação.

Na hipótese da outorga onerosa da alteração de uso, não se vislumbra qualquer motivo que justifique a vinculação ao momento da cobrança do preço público com o da expedição dos alvarás de construção ou funcionamento, pois, repita-se, a valorização do imóvel decorre diretamente da lei que autorizou a mudança de uso, sendo irrelevante, para efeito de cobrança de preço público, as eventuais alterações ocorridas de fato na destinação do imóvel. A perdurar tal vinculação é provável que, em alguns casos, o Poder Público demore um longo tempo para receber o quantum que lhe é devido, face a falta de interesse do proprietário do imóvel beneficiado em efetuar qualquer alteração, de fato, na destinação do imóvel.

De qualquer sorte, cabe ao administrador público manifestar-se sobre a conveniência ou não de alterar a Lei Complementar 294/2000 neste particular. (...)."

De fato, a alteração de uso operada no plano normativo é por si só relevante para valorizar o imóvel, o que deveria atrair desde logo a exigência de contraprestação pela outorga, conforme sugerido pela ilustre Procuradora do Distrito Federal Dr^a. Valesca Rocha. Aliás, por consequência, o mesmo raciocínio valeria para os casos de ODIR.

Todavia, dois motivos impõem a exigência da contraprestação somente no momento do licenciamento urbanístico e não no momento da alteração de uso no plano normativo ou da instituição do coeficiente de aproveitamento máximo no plano diretor.

O primeiro é que as outorgas onerosas urbanísticas (ODIR e ONALT) não têm apenas a função de serem um instituto de concretização do princípio da justa distribuição dos benefícios e ônus do processo de urbanização, mas também cumprem a tarefa de serem um instrumento de execução do planejamento urbano.

O segundo motivo para exigir a contraprestação pela alteração de uso e do acréscimo de potencial construtivo somente no momento do licenciamento urbanístico é o conceito de ônus urbanístico, uma vez que a contrapartida é exigência fundamental para a aquisição do direito de alteração do uso do imóvel ou de utilização além do coeficiente de aproveitamento básico.

Dessa maneira, a alteração de uso e o solo criado operados no plano normativo devem se realizar no plano dos fatos mediante a utilização do solo urbano de acordo com o uso urbanístico alterado ou a utilização do solo criado, o que somente ocorre por meio do cumprimento de um ônus urbanístico no licenciamento urbanístico.

A alteração de uso e a utilização do solo criado no plano dos fatos é a concretização do princípio da função social da propriedade, o qual incide no contexto das relações sociais e econômicas em que o lote está localizado. Direciona-se, assim, a propriedade para o cumprimento de sua função social, operacionalizando a confluência de interesses individuais e coletivos.

De qualquer modo, é relevante a observação da ilustre Procuradora do Distrito Federal Dr^a Maria Valesca Rocha de que a alteração de uso e a previsão de coeficiente de aproveitamento máximo no plano normativo por si só acarretam valorização imobiliária.

A fim de se obter uma justa distribuição dos benefícios das alterações de uso, as formas de cálculo da contraprestação devida nos casos da ONALT e da ODIR devem considerar também a valorização imobiliária entre o tempo da alteração de uso no plano normativo e a sua concretização no licenciamento urbanístico. Tal providência atenderá mais satisfatoriamente o princípio da justa distribuição dos benefícios e ônus do processo de urbanização.

7. EXIGÊNCIA DA CONTRAPARTIDA. QUESTÕES

Atualmente, questão com a qual a PROMAI vem enfrentando dificuldade judicialmente é a relativa aos casos em que o Administrador Público nas hipóteses de ONALT concede o alvará de construção e somente, no momento do habite-se ou do alvará de funcionamento, exige a contraprestação pela alteração de uso.

A não-concessão do alvará de funcionamento em razão da recusa do interessado em efetuar o pagamento da contraprestação tem gerado demandas judiciais, nas quais o DF tem sucumbido ao argumento, entre outros, de que uma vez concedido o alvará de construção, a Administração não poderia se furtar a conceder o alvará de funcionamento tendo como fundamento o não-pagamento de contraprestação pela alteração de uso.

Sobre o ponto, a Lei Complementar Distrital nº 294/2000 institui em seu art. 6º:

Art. 6º A expedição do Alvará de Construção ou Alvará de Funcionamento estará condicionada ao pagamento do débito relativo ao valor integral da outorga onerosa da alteração de uso, ou, em caso de pagamento parcelado, limitado em até doze parcelas mensais a sucessivas, à quitação da primeira parcela ou das parcelas vencidas até a data da liberação do Alvará."

Verifica-se do texto legal que a concessão de alvará de construção ou de alvará de funcionamento está condicionada ao pagamento ou pelo menos ao início de pagamento parcelado da contraprestação pela alteração de uso.

A lei não explicita as hipóteses em que a exigência da contraprestação é devida logo no momento da concessão do alvará de construção ou somente nos casos de alvará de funcionamento.

O Decreto nº 23.776/2003 que regulamenta a Lei Complementar nº 294/2000 também não distingue as hipóteses.

Como a lei e o Decreto não dispõem sobre se o pagamento da contraprestação é exigível no momento da concessão do alvará de construção ou somente quando da concessão do alvará de funcionamento, tem ficado, ao juízo de conveniência e oportunidade do gestor público, o momento para exigir a contraprestação pela alteração de uso, o que tem ocasionado o tratamento diferenciado aos cidadãos em situações idênticas.

Saliente-se também que a previsão legal da exigência da contraprestação pela alteração de uso ocorrer no alvará de construção ou no alvará de funcionamento foi uma concessão de poder discricionário ao gestor público com vistas ao atendimento do interesse público no caso concreto. Em determinadas hipóteses, o alvará de construção será desnecessário, bastando-se a concessão de alvará de funcionamento para a alteração de uso, uma vez que já existe edificação apta a acomodar o uso alterado legalmente. Em outros casos, o lote não está edificado, o que exige o alvará de construção e caso o interessado opte pelo uso alterado, a exigência da contraprestação é impositiva.

Dessa maneira, a contrapartida da ONALT é, em regra, exigível no momento do requerimento de alvará de construção, sendo apenas exigível no momento do requerimento de alvará de funcionamento quando já exista no lote edificação apta a acomodar o novo uso.

Tal medida evita o tratamento desigual aos interessados por parte da Administração Pública, bem

como atende o interesse público, na medida em que a concessão da discricionariedade atribuída ao gestor público pela Lei Complementar nº 294/2000 compatibiliza-se com a finalidade para a qual foi atribuída.

Em se tratando de ODIR, obviamente, a exigência da contrapartida é imprescindível e indispensável sempre no momento da concessão de alvará de construção.

Outra questão que sempre é objeto de discussão judicial no âmbito da PROMAI é o cancelamento de alvará de construção ou de funcionamento, com fundamento no art. 8º da LC nº 294/2000, em razão de não-quitação de uma das parcelas relativas ao pagamento em pecúnia da contraprestação devida pela alteração de uso. Eis o texto legal:

"Art. 8º A falta de pagamento da outorga onerosa da alteração de uso ou de parcelas relativas ao seu pagamento sujeita o infrator às seguintes penalidades:

I - multa incidente sobre o valor devido e calculada nos mesmos percentuais aplicáveis aos tributos de competência do Distrito Federal recolhidos com atraso;

II - pagamento de juros de mora, nos mesmos percentuais aplicáveis aos tributos de competência do Distrito Federal recolhidos com atraso;

III - cancelamento do Alvará de Construção ou Alvará de Funcionamento, com retorno à destinação originária do imóvel.

Parágrafo único. As disposições deste artigo, sem prejuízo das penalidades previstas na legislação edilícia urbanística e ambiental, poderão ser aplicadas cumulativamente."

Nas demandas judiciais no âmbito da PROMAI sobre essa questão, o DF não tem logrado êxito, uma vez que, entre um dos motivos, a redação do art.8º ao empregar a palavra penalidade para o não-pagamento da contraprestação pela alteração de uso induz o Judiciário ao equívoco de que seria o caso de incidência da Súmula nº 70 do STF²⁹ porque se partiria da suposição que a contraprestação pela alteração de uso e pelo acréscimo de potencial construtivo teria natureza tributária.

O entendimento do Judiciário se equivoca, pois entende a contraprestação pela alteração de uso ou pelo acréscimo de potencial construtivo como tributo e interpreta o cancelamento de alvará de construção ou funcionamento como meio coercitivo para obrigar o particular ao pagamento do suposto tributo.

Uma vez que a contraprestação das outorgas urbanísticas tem a natureza jurídica de preço e não de tributo, conforme já definido no próprio Supremo Tribunal Federal, o cancelamento de alvará de construção ou de funcionamento pelo não-pagamento de contraprestação pela alteração de uso e o retorno do imóvel ao status quo ante, instituído no inciso III do art. 8º da Lei Complementar nº 294/2000, não deve ser compreendido como penalidade, mas como condição resolutive imprópria de eficácia de ato administrativo por meio do qual se concedeu ao interessado o direito de edificar ou funcionar.

Condição, pois o não-pagamento é evento futuro e incerto (art. 121 do NCC). Resolutiva, em razão de que o não-pagamento extingue para todos os efeitos o direito decorrente do ato administrativo por meio do qual se concedeu o direito para edificar ou funcionar (arts. 127 e 128 do NCC).

Imprópria, porque é uma condição legal e não decorrente de manifestação volitiva, sendo um verdadeiro requisito de eficácia. Vale a pena conferir a lição da doutrina³⁰:

"(...)

A par das condições propriamente ditas, podem verificar-se as chamadas 'condições impróprias', assim intituladas por não reunirem todas as características da modalidade (Manoel Antônio Domingues de Andrade, Teoria Geral, p. 357). Desse modo, serão impróprias as condições que não reunirem incerteza, futuridade e voluntariedade, elementos indispensáveis para sua configuração como condição no seu sentido técnico próprio. (...) iv) as condições ditas legais, também condicionantes da eficácia do negócio jurídico, mas estabelecidas em lei, traduzindo-se em verdadeiro requisito de eficácia (...)"

Dessa maneira, o inciso III do art. 8º da Lei Complementar nº 294/2000 não institui uma pena, mas uma condição resolutive imprópria de eficácia do alvará de construção ou alvará de funcionamento. Por essa razão, na hipótese de parcelamentos de dívidas de ONALT no momento do alvará de construção, a concessão de carta de habite-se e alvará de funcionamento somente será admissível caso não existam parcelas vencidas, na medida em que seria uma contradição a Administração Pública conceder uma carta de habite-se ou um alvará de funcionamento, cuja eficácia já estaria suspensa por força do art. 8º, inciso III da Lei Complementar nº 294/2000.

8. EXECUTIVO FISCAL.

Para as hipóteses em que se constatar o inadimplemento da contrapartida, resta a Administração Pública a inscrição do débito em dívida ativa com a finalidade de ajuntamento de demanda de execução fiscal. Aliás, é o que se verifica dos textos legais:

Lei nº 1.170/96

"Art. 7º O não atendimento ao disposto nesta Lei sujeita o infrator a multa a ser definida pelo poder Executivo, sem prejuízo das penalidades previstas na legislação edilícia, urbanística e ambiental.

§ 1º Nos casos consolidados até a data de publicação desta Lei, a regularização será solicitada no prazo máximo de cento e oitenta dias, após notificação da respectiva Região Administrativa. (INSERIDO - Lei nº 1.832, de 14 de janeiro de 1998)

§ 2º O Poder Executivo inscreverá na dívida ativa do Distrito Federal o valor correspondente à outorga onerosa do direito de construir relativa ao acréscimo edificado nos casos em que o proprietário, notificado, não tiver procedido à regularização do imóvel."

Lei Complementar nº 294/2000

"Art. 8º A falta de pagamento da outorga onerosa da alteração de uso ou de parcelas relativas ao seu pagamento sujeita o infrator às seguintes penalidades:

I - multa incidente sobre o valor devido e calculada nos mesmos percentuais aplicáveis aos tributos de competência do Distrito Federal recolhidos com atraso;

II - pagamento de juros de mora, nos mesmos percentuais aplicáveis aos tributos de competência do Distrito Federal recolhidos com atraso;

III - cancelamento do Alvará de Construção ou Alvará de Funcionamento, com retorno à destinação originária do imóvel.

Parágrafo único. As disposições deste artigo, sem prejuízo das penalidades previstas na legislação edilícia urbanística e ambiental, poderão ser aplicadas cumulativamente.

²⁹ Súmula nº 70 do STF "É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributos".
³⁰ Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza, Maria Celina Bodin de Moraes. – Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pág. 121.

Art. 9º Será inscrito na Dívida Ativa do Distrito Federal o valor não pago correspondente a outorga onerosa da alteração de uso.”.

Nos casos da Lei nº 1.170/96 referentes à ODIR, a inscrição em dívida ativa somente será possível nos casos em que o interessado não atendeu a notificação para regularização (§1º do art. 7º).

Justifique-se.

Não é admissível a concessão de alvará de construção sem o pagamento integral da contrapartida pelo acréscimo de potencial construtivo.

Desse modo, o obrigatório por lei é o pagamento integral até o momento da concessão de alvará de construção.

Nos casos de não-pagamento integral da contrapartida, o interessado deverá ser notificado para adimplir o débito no prazo de 10 (dez) dias (art. 59 da Lei Federal nº 9.784/99, incorporada no Distrito Federal pela Lei Distrital nº 2.834/01), sob pena de inscrição em dívida ativa, ou impugnar a pretensão do Distrito Federal.

Destaque-se também que, muitas vezes, o não-pagamento perdura amparado por força de uma decisão judicial, seja provisória ou definitiva. Daí a imprescindibilidade de manifestação da PGDF sobre a possibilidade de inscrição do débito em dívida ativa.

Nos casos da Lei Complementar nº 294/2000 relativos à ONALT, o parcelamento da contrapartida pecuniária pode ocorrer, remanesecendo débito após a concessão da licença urbanística. Verificado o não-pagamento integral da contrapartida, o interessado deverá ser notificado para adimplir o débito, sob pena de inscrição em dívida ativa.

Além disso, a licença urbanística perde a eficácia em razão de não-pagamento de uma das parcelas, o que torna a edificação de obra ou o funcionamento de estabelecimento comercial clandestino. Por essa razão, o gestor público deve notificar o interessado para efetuar o adimplemento das parcelas em atraso, sob pena de embargo da obra ou interdição do estabelecimento, de acordo com o caso.

Assim, na mesma notificação, deverá constar a advertência para o interessado efetuar o pagamento no prazo de 10 (dez) dias (art. 59 da Lei Federal nº 9.784/99, incorporada no Distrito Federal pela Lei Distrital nº 2.834/01), sob pena de embargo de obra/interdição de estabelecimento e inscrição em dívida ativa, ou impugnar a pretensão do Distrito Federal.

Por último, o inadimplemento, freqüentemente, permanece amparado por uma decisão judicial, seja provisória ou definitiva. Por consequência, existe a necessidade de pronunciamento da PGDF sobre a possibilidade de inscrição do débito em dívida ativa e de embargo da obra ou interdição de estabelecimento comercial.

9. REGULARIZAÇÃO DAS SITUAÇÕES INVÁLIDAS.

Existem vários casos de lotes, cujos parâmetros urbanísticos foram alterados invalidamente, seja por que foram modificados por meio de decretos, o que caracteriza uma ilegalidade, seja em razão de alterações mediante leis em que não foram observados os requisitos formais e materiais previstos na LODF, o que configura uma inconstitucionalidade.

A respeito das situações ilegais, o PN nº 4/2001 concluiu que:

“(…) compete às Administrações Regionais, nos casos em que a alteração de uso tenha sido procedida por meio de decreto, intimar o interessado para que regularize a situação por meio de requerimento para edição de lei complementar que modifique validamente o uso, após realizados os estudos de viabilidade técnica pertinentes. Uma vez vigente a norma legal, deverá ser recolhido o valor da outorga onerosa de alteração de uso pelo interessado (art. 6º, LC 294/2000), após o que, atendidos os demais requisitos legais e exigências urbanísticas e ambientais, competirá à Administração Regional examinar o mérito do pedido de expedição de alvará de funcionamento, respeitando-se o procedimento e as formalidades do Decreto nº 22.121/2001; (…)

Recentemente, o ilustre Procurador do Distrito Federal Dr. Carlos Mário da Silva Velloso Filho manifestou-se sobre a questão no parecer nº 40/2006, opinando pelo retorno ao estado anterior dos lotes, cujos usos foram alterados de modo inconstitucional, segundo decisão do TJDF em sede de controle concentrado, bem como nas hipóteses de alterações ilegais por meio de decreto.

Naquela oportunidade, o então ilustre Procurador-Geral Adjunto Dr. Marcos Sousa e Silva teceu importantes considerações e estabeleceu um itinerário para a regularização das situações inválidas:

“(…) 1- Notificação dos interessados esclarecendo que as alterações ou extensões de usos dos respectivos imóveis foram judicialmente declaradas inválidas – nos casos das leis declaradas inconstitucionais – ou tidas por inexistentes, no caso da alteração efetivada pelo Decreto distrital nº 19.969/98, por contrariar a determinação contida no art. 78, do PDOT que vigorava na época.

2 – Informar aos interessados que a questão poderá ser solucionada de duas formas: a primeira, através da simples anulação dos atos administrativos já praticados, por faltar-lhes amparo legal, e restituição dos imóveis ao uso originário, promovendo-se, se necessário, as adequações ou demolições das construções hoje existentes; a segunda, que contará com a efetiva participação daqueles, através da elaboração e encaminhamento, pelo Chefe do Poder Executivo, de projeto de lei complementar promovendo as alterações de uso necessárias.

A segunda alternativa de solução deverá ser fundamentada no parágrafo único do art. 56 do Ato das Disposições Transitórias da Lei Orgânica, com a redação trazida pela Emenda nº 43, de 2005, configurando o interesse público a situação fática hoje consolidada e que foi constituída com amparo na legislação em vigor na época, juntamente com os estudos urbanísticos a serem desenvolvidos, promovendo-se as adequações pertinentes.

(…)

Observe que, enquanto não for promovida a regularização das alterações de uso tratada nestes autos, os interessados não possuem direito à obtenção ou renovação de alvará de funcionamento para as atividades que dependem do uso alterado do imóvel, e, na hipótese de retardamento provocado por eles na solução da questão, os autos, com a instrução pertinente, deverão ser encaminhados a esta Procuradoria-Geral do Distrito Federal para adoção das providências judiciais cabíveis.

(…)

A existência de vários casos de invalidade (ilegalidade e inconstitucionalidade) de alterações de uso é preocupante e grave, sendo fonte de grande insegurança jurídica e causador de problemas na gestão urbana, especialmente, no controle de licenciamento de construções e de funcionamento de estabelecimentos comerciais.

Constatada a invalidade da alteração de uso, cabe a intimação do interessado, assegurando-se o direito a ampla defesa e ao contraditório, para que adote as medidas indicadas pelo gestor público a fim de se regularizar urbanisticamente o imóvel, com fundamento no parágrafo único do art. 56 do Ato das Disposições Transitórias da LODF, de acordo com a redação dada pela Emenda à LODF nº 49/2007,

sem prejuízo dos outros atos indispensáveis, tais quais, por exemplo, licenciamento ambiental quando obrigatório.

Ante a inércia do interessado, o processo administrativo deverá ser encaminhado a Procuradoria-Geral do Distrito Federal para a adoção das medidas administrativas e judiciais cabíveis, entre as quais, poderá se valer até de ajuntamento de demanda demolitória.

Consoante assinalado no parecer nº 40/2006, nas hipóteses de alteração de uso inválidas, são, juridicamente impossíveis, as concessões de alvará de construção ou de alvará de funcionamento.

É oportuno também o exame do parágrafo único do art. 56 do Ato das Disposições Transitórias da LODF com a redação dada pela Emenda à Lei Orgânica do Distrito Federal nº 49/2007.

Eis o teor do dispositivo:

“Art. 56. Até a aprovação da Lei de Uso e Ocupação do Solo, o Governador do Distrito Federal poderá enviar, precedido de participação popular projeto de lei complementar específica que estabeleça o uso e a ocupação do solo ainda não fixados para determinada área, com os respectivos índices urbanísticos. Parágrafo único. A alteração de índices urbanísticos, bem como a alteração de uso e desafetação de área, até a aprovação da Lei de Uso e Ocupação do Solo, poderão ser efetivadas por leis complementares específicas de iniciativa do Governador, motivadas por situação de relevante interesse público e precedidas da participação popular e de estudos técnicos que avaliem o impacto da alteração, aprovados pelo órgão competente do Distrito Federal.”.

A luz da nova sistemática de planejamento urbano definida pela Emenda nº 49/2007, cabe ao PDOT a definição dessas áreas (art. 316, §2º, inciso VI da LODF).

O parágrafo único do art. 56 do Ato das Disposições Transitórias da LODF cuida de instituto denominado pela doutrina de alteração de planos urbanísticos.

Miranda, estudando o instituto da alteração dos planos urbanísticos, manifesta-se do seguinte modo³¹:

“(…) A alteração constitui uma figura muito mais rica do que a revisão, uma vez que nela convivem formas bastante heterogêneas de mutabilidade dos planos.

Quanto à sua estrutura, temos de distinguir os seguintes três tipos de alteração:

1º A alteração que foi descrita anteriormente para estabelecer a fronteira em relação à figura da revisão, isto é, a alteração que se traduz numa modificação de pormenor ou de âmbito limitado do plano, mesmo que ela envolva a reclassificação e a requalificação do uso do solo (artigos 93º, nº 2, alínea a, e nº 6º do RJGT);

2º A alteração que resulta da necessidade de adaptar o conteúdo do plano às leis, aos regulamentos e aos planos supervenientes (artigos 93º, nº 2, alíneas b e c), e 97º, nº 1 alíneas a) a c), do RJGT);

3º As alterações de natureza técnica que traduzam meros ajustamentos do plano (artigo 97º, nº 1, alínea d), e nº 2, do RJGT).

Quanto aos efeitos, a alteração pode ter efeitos destrutivos sobre o conteúdo do anterior plano ou não. A primeira hipótese é a mais freqüente, mas podem configurar-se hipóteses em que tal se não verifica, como sucede quando se adita um preceito para completar a disciplina do uso dos solos ou quando se altera a disposição do plano com vista a prolongar seu período de execução.

De acordo com a descrição efectuada pode afirmar-se que a alteração do plano consiste na introdução de modificações de pormenor ou de âmbito limitado à sua disciplina, com vista a adaptá-la à evolução das circunstâncias de facto entretanto ocorrida, bem como a leis regulamentos ou planos supervenientes. (…)

O dispositivo introduz hipótese excepcional de alteração de uso a ser procedida mediante lei complementar específica, desde que atendidos os requisitos de relevante interesse público, participação popular e existência de estudos técnicos.

Todavia, não basta o relevante interesse público, é necessária a realização de estudos técnicos e participação popular.

Os estudos técnicos têm como objetivo conferir racionalidade a alteração pontual do plano urbanístico. Recorde-se que o Distrito Federal tem normas definindo os usos de seus lotes. Pode-se não ter em todos as áreas do Distrito Federal normas com a feição de plano diretor ou lei de uso e ocupação do solo urbano, mas existem normas disciplinando os usos e tipos de atividades permitidas. Por essa razão, os estudos técnicos são necessários a fim de se justificar a alteração do planejamento.

As alterações pontuais são até admissíveis, mas são exceções e orientadas pelo princípio do planejamento, isto é, deve existir uma racionalidade técnica em efetuá-las³².

A exigência de participação popular significa assegurar visibilidade e transparência no processo decisório de alterações de uso, o que impede que se criem mecanismos para que o processo de conformação da propriedade pelos planos urbanísticos escape do crivo da sociedade. Aliás, se o processo de elaboração de um plano diretor exige participação popular, as suas modificações também devem seguir a mesma regra. Resta ainda a seguinte indagação: a regra introduzida pela Emenda nº 49/2007 seria contrária ao Estatuto da Cidade, no qual se prescreve que a aplicação da outorga onerosa de alteração de uso somente pode ocorrer nas áreas delimitadas pelo plano diretor (art. 29 do Estatuto da Cidade)?

A resposta é negativa.

É necessário respeitar as regras de planejamento urbano sem a impossibilidade de se congelar a vida urbana, a qual é extremamente dinâmica.

Por esse motivo, o dispositivo visa colocar a disposição do poder executivo e legislativo uma ferramenta para a solução de casos em que à espera pelo plano diretor pode ser pior do que uma solução imediata, o que representa o caso das situações consolidadas em que o uso foi alterado de modo inválido.

O parágrafo único do art. 56 do Ato das Disposições Transitórias da LODF com a redação dada pela Emenda nº 49/2007 instituiu um devido processo legislativo para a promoção das alterações de uso, o qual deve ser compreendido como uma cadeia procedimental realizada em contraditório destinada à produção de um ato jurídico, no caso, alteração de uso, devidamente justificado no âmbito do Estado Democrático de Direito e, por consequência, aberto a todos os sujeitos de direitos, que, em última análise, são os autores e destinatários das normas jurídicas³³.

³¹ MIRANDA, João. A dinâmica jurídica do planejamento territorial. A alteração, a revisão e a suspensão dos planos. Coimbra Editora, 2002, págs. 219-220.

³² PINTO, Victor Carvalho. Op. cit., pág. 263.

³³ Conferir “(…) Nesse quadro, o processo legislativo, enquanto processo de justificação democrática do Direito deve ser caracterizado como uma seqüência de diversos atos jurídicos que, formando uma cadeia procedimental, assumem seu modo específico de interconexão, estruturado em última análise por normas jurídico-constitucionais, e, realizados discursiva ou ao menos em termos negocialmente equânimes ou em contraditório entre agentes legitimados no contexto de uma sociedade aberta aos intérpretes da Constituição, visam à formação e emissão de ato público-estatal do tipo pronunciamento-declaração, nesse caso, de proventos normativos legislativos, que, sendo o ato final daquela cadeia procedimental, dá-lhe finalidade jurídica (…).” In CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Devido processo legislativo: Uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, pág. 108.

Nesse sentido, pode se invocar o princípio da razoabilidade para justificar a não-existência de contradição ou incompatibilidade entre a norma geral e a norma local, na medida em que o princípio da razoabilidade tem a sua origem na cláusula do *due process of law* e a admissibilidade do instituto de alteração de plano urbanístico previsto no parágrafo único do art. 56 do Ato das Disposições Transitórias da LODF tem como finalidade realizar a transição até a elaboração de um novo PDOT e de uma Lei de Uso e Ocupação do Solo sem prejuízo da técnica urbanística e da participação popular. Se o Distrito Federal já possui um PDOT e alguns PDLs, constata-se que a maioria dessas normas são anteriores ao Estatuto da Cidade. Daí a necessidade de uma regra de transição até que o novo PDOT defina as áreas em que será possível efetuar as alterações de uso. É certo que a aplicação do art. 56 do ADT com a redação dada pela Emenda nº 49/2007 não será fácil, tanto por envolver requisitos procedimentais como por envolver um pano de fundo legislativo extremamente vasto, no qual existem casos em que algumas áreas já possuem os antigos PDLs em vigor e em outras áreas são destituídas desses planos urbanísticos, assim como alguns PDLs são anteriores e outros posteriores ao Estatuto da Cidade. Daí a necessidade de a PGDF se manifestar em cada caso sobre a possibilidade de aplicação do art. 56 do ADT da LODF nas hipóteses de regularização de situações consolidadas em que a alteração de uso foi procedida de modo inválido.

III - CONCLUSÃO.

Em face do exposto, conclui-se que:

- 1) no caso da ODIR e da ONALT, a condição para o exercício de construir acima do coeficiente de aproveitamento básico, assim como para a edificação ou funcionamento de atividade econômica em uso diverso do inicialmente previsto (alteração de uso) é a contrapartida (art. 28, caput do EC), o que se justifica pelo princípio da função social da propriedade;
- 2) a instituição de ODIR e de ONALT no âmbito do planejamento urbanístico visa atender, simultaneamente, aos interesses particulares e coletivos, induzindo o uso da propriedade de acordo com a sua função social;
- 3) é necessário compreender os institutos ODIR e ONALT como instrumentos de planejamento urbano, isto é, destinados a operar transformações na realidade do tecido urbano;
- 4) a ODIR e a ONALT têm como escopo realizar a justa distribuição dos benefícios e encargos do processo de urbanização;
- 5) a criação de solo e a alteração de uso implicam o "consumo" de infra-estrutura urbana, com a qual o proprietário não colaborou para o financiamento;
- 6) a exigência de contrapartida imposta ao beneficiário da outorga do direito de alteração de uso e de potencial construtivo é decorrência necessária do princípio urbanístico da justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização;
- 7) o caráter compensatório e a noção de recuperação de mais-valia urbanística não são conceitos excludentes ou incompatíveis. Muito pelo contrário, são conceitos relacionados e decorrentes do princípio da justa distribuição dos benefícios e ônus do processo de urbanização;
- 8) o conceito de recuperação de mais-valia urbanística é da própria essência do princípio da justa distribuição dos benefícios e ônus do processo de urbanização e a função compensatória é consequência da aplicação desse princípio jurídico;
- 9) as outorgas onerosas urbanísticas são instrumentos de planejamento urbano com a finalidade de induzir o cumprimento da função social da propriedade e, simultaneamente, mecanismos de recuperação das mais-valias urbanísticas;
- 10) o plano diretor é o documento técnico apto a definir as áreas em que a infra-estrutura urbana é subutilizada e sobre-utilizada e, por consequência, nas quais a aplicação dos institutos da ODIR e da ONALT, efetivamente, funcionam como instrumentos reguladores do processo de urbanização;
- 11) o pagamento de contrapartida pelas outorgas urbanísticas não é compulsório, mas é ônus imposto ao beneficiário para a aquisição de direito, isto é, o beneficiário pode ou não adquirir o direito ao acréscimo de potencial construtivo ou à alteração de uso. Trata-se ato voluntário do beneficiário;
- 12) a natureza jurídica da contraprestação pela outorga onerosa do direito à alteração de uso e do potencial construtivo é de preço público;
- 13) o cumprimento do ônus urbanístico mediante contrapartida tem como finalidade recuperar a mais-valia urbanística e, simultaneamente, redistribuir a coletividade na forma de infra-estrutura urbana, ou seja, compensar a coletividade pela sobrecarga na infra-estrutura urbana gerada pelo acréscimo de potencial construtivo e pela alteração de uso;
- 14) os recursos oriundos da ONALT e da ODIR são de titularidade do Distrito Federal e não da TERRACAP;
- 15) a compensação de precatórios com os débitos originados de ODIR e de ONALT não atende as finalidades das outorgas urbanísticas, as quais constituem, inclusive, receita vinculada, cuja utilização em desacordo com as finalidades legais pode configurar inclusive improbidade administrativa. Por esse motivo, sugere-se a revisão do entendimento da casa nessa questão.
- 16) a instituição da outorga onerosa de alteração de uso no âmbito do Distrito Federal por meio da Lei Complementar nº 17/97 estabeleceu uma transformação do modo como os índices urbanísticos e usos eram atribuídos ao proprietário. Se, até aquele momento, prevalecia a regra da gratuidade; com o PDOT, passou a valer a regra da onerosidade;
- 17) o marco temporal para se verificar se a alteração de uso reveste-se de caráter oneroso é o PDOT, como já restou pacificado no PN nº 4/2001;
- 18) a Lei Complementar nº 294/2000 tem apenas, no prisma civilista, efeitos de operar a liquidação de uma dívida já existente, ou, sob a ótica publicista, de regulamentar o PDOT, cuja eficácia estava sob condição suspensiva;
- 19) o silêncio da lei não implica que a alteração de uso não tenha caráter oneroso. Muito pelo contrário, se a regra é a da onerosidade, no silêncio da lei, prevalece a regra e não a exceção;
- 20) a alteração de uso e o solo criado operados no plano normativo devem se realizar no plano dos fatos mediante a utilização do solo urbano de acordo com o uso urbanístico alterado ou a utilização do solo criado, o que somente ocorre por meio do cumprimento de um ônus urbanístico no momento do alvará de construção ou do alvará de funcionamento;
- 21) a fim de se obter uma justa distribuição dos benefícios das alterações de uso, as formas de cálculo da contraprestação devida nos casos da ONALT e da ODIR devem considerar também a valorização imobiliária entre o tempo da alteração de uso no plano normativo e a sua concretização no momento do alvará de construção ou de funcionamento;
- 22) a contrapartida da ONALT é, em regra, exigível no momento do requerimento de alvará de construção, sendo apenas exigível no momento do requerimento de alvará de funcionamento quando já exista no lote edificação apta a acomodar o novo uso;

23) em se tratando de ODIR, obviamente, a exigência da contrapartida é imprescindível e indispensável sempre no momento da concessão de alvará de construção;

24) uma vez que a contraprestação das outorgas urbanísticas tem a natureza jurídica de preço e não de tributo, conforme já definido no próprio Supremo Tribunal Federal, o cancelamento de alvará de construção ou de funcionamento pelo não-pagamento de contraprestação pela alteração de uso e o retorno do imóvel ao status quo ante, instituído no inciso III do art. 8º da Lei Complementar nº 294/2000, não deve ser compreendido como penalidade, mas como condição resolutiva imprópria de eficácia de ato administrativo por meio do qual se concedeu ao interessado o direito de edificar ou funcionar.

25) na hipótese de parcelamentos de débitos de ONALT no momento do alvará de construção, a concessão de carta de habite-se ou alvará de funcionamento somente será admissível caso não existam parcelas vencidas, na medida em que seria uma contradição a Administração Pública conceder uma carta de habite-se ou um alvará de funcionamento, cuja eficácia já estaria suspensa por força do art. 8º, inciso III da Lei Complementar nº 294/2000;

26) nos casos de não-pagamento integral da contrapartida em razão da ODIR, o interessado deverá ser notificado para adimplir o débito no prazo de 10 (dez) dias (art. 59 da Lei Federal nº 9.784/99, incorporada no Distrito Federal pela Lei Distrital nº 2.834/01), sob pena de inscrição em dívida ativa, ou impugnar a pretensão do Distrito Federal. Muitas vezes, o não-pagamento permanece amparado por uma decisão judicial, seja provisória ou definitiva. Daí a imprescindibilidade de manifestação da PGDF sobre a possibilidade de inscrição do débito em dívida ativa;

27) nos casos da Lei Complementar nº 294/2000 relativos à ONALT, o parcelamento da contrapartida pecuniária pode ocorrer, remanescendo débito após a concessão da licença urbanística. O interessado deverá ser notificado para efetuar o pagamento no prazo de 10 (dez) dias (art. 59 da Lei Federal nº 9.784/99, incorporada no Distrito Federal pela Lei Distrital nº 2.834/01), sob pena de embargo de obra/interdição de estabelecimento e inscrição em dívida ativa, ou impugnar a pretensão do Distrito Federal. O inadimplemento, freqüentemente, permanece sustentado por uma decisão judicial, seja provisória ou definitiva. Por consequência, existe a necessidade de pronunciamento da PGDF sobre a possibilidade de inscrição do débito em dívida ativa e de embargo da obra ou interdição de estabelecimento comercial;

28) constatada a invalidade da alteração de uso, cabe a intimação do interessado, assegurando-se o direito a ampla defesa e ao contraditório, para que adote as medidas indicadas pelo gestor público a fim de se regularizar urbanisticamente o imóvel, com fundamento no parágrafo único do art. 56 do Ato das Disposições Transitórias da LODF, de acordo com a redação dada pela Emenda à LODF nº 49/2007, sem prejuízo dos outros atos indispensáveis, tais quais, por exemplo, licenciamento ambiental quando obrigatório.

29) a PGDF deve se manifestar em cada caso sobre a possibilidade de aplicação do art. 56 do ADT da LODF nas hipóteses de regularização de situações consolidadas em que a alteração de uso foi procedida de modo inválido. O dispositivo introduz hipótese excepcional de alteração de uso a ser procedida mediante lei complementar específica, desde que atendidos os requisitos de relevante interesse público, participação popular e existência de estudos técnicos;

30) ante a inércia do interessado, o processo administrativo deverá ser encaminhado a Procuradoria-Geral do Distrito Federal para a adoção das medidas administrativas e judiciais cabíveis entre as quais, poderá se valer até de ajuizamento de demanda demolitória;

31) consoante assinalado no parecer nº 40/2006, nas hipóteses de alteração de uso inválidas, são, juridicamente impossíveis, as concessões de alvará de construção ou de alvará de funcionamento.

Brasília-DF, 1º de outubro de 2008.

FERNANDO JOSÉ LONGO FILHO.

Procurador do Distrito Federal

PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

Procuradoria do Meio Ambiente, Patrimônio Urbanístico e Imobiliário
Processo: 020.002.445/2007. Interessado: GRUPO DE TRABALHO – PROMAI. Assunto: UNIFORMIZAÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURÍDICA SOBRE ONALT E ODIR.
Exmº Sr. Procurador-Geral,

O presente processo tem como propósito uniformizar o entendimento jurídico desta Procuradoria-Geral sobre os instrumentos de Direito Urbanístico, denominados Outorga Onerosa da Alteração de Uso – ONALT e Outorga Onerosa do Direito de Construir – ODIR, em razão das inovações urbanísticas introduzidas no ordenamento jurídico pelo Estatuto da Cidade – Lei nº 10.257/2001 e Emenda à Lei Orgânica do Distrito Federal nº 49/07.

Constatada a necessidade de fixação de entendimento uniforme sobre as questões relacionadas às outorgas urbanísticas vindas a esta Casa ou postas em juízo, de maneira a conferir tratamento sistematizado não apenas no seio desta Casa Jurídica, mas também junto aos órgãos do Governo do Distrito Federal diretamente responsáveis por sua aplicação e controle, instaurou-se por meio da Portaria PGDF nº 147, de 25 de junho de 2007, Grupo de trabalho para compilação de pareceres desta Procuradoria-Geral sobre o tema e estudo para o aperfeiçoamento dos textos normativos sobre ONALT e ODIR, bem como enunciar seu conceito, natureza jurídica, incidência e momento de sua cobrança, com vistas a um conhecimento geral sobre o tema.

Encerradas as atribuições do Grupo de Trabalho, com a apresentação do relatório final, a minuta do texto de aperfeiçoamento das normas atinentes a ONALT e ODIR foi encaminhada à SEDUMA para análise técnica, em 11.04.08, mediante o PA. nº 020.000.147/08.

Já a proposta de uniformização da orientação jurídica sobre o conceito, natureza jurídica, momento e forma de cobrança das citadas outorgas urbanísticas e outros aspectos a eles relacionados, foi submetida à análise do nobre Procurador Fernando José Longo Filho, que exarou o Parecer de fls. 205/252, onde traça os contornos jurídicos para cada um dos pontos citados, apoiado em balizada doutrina pátria e estrangeira, bem como nos princípios constitucionais e legais norteadores da política de desenvolvimento urbano e, também, em recente aresto do STF sobre o assunto.

Assim, considerando que o opinativo alcançou o objetivo proposto, com a análise das questões que se mostravam, até agora, merecedora de uniformização e atualização, submeto à elevada apreciação de Vossa Excelência o Parecer nº 039/2008 – PROMAI, de fls. 205/252, da lavra do ilustre Procurador do Distrito Federal Dr. FERNANDO JOSÉ LONGO FILHO, o qual subscrevo por seus próprios e jurídicos fundamentos, em atendimento ao disposto no artigo 74, inciso XI, do Regimento Interno da Procuradoria-Geral do DF, aprovado pelo Decreto nº. 22.789/02.

Sugiro a V.Exa. o exame da conveniência de se propor ao Exm

º. Governador do Distrito Federal concessão de efeito normativo ao presente pronunciamento jurídico, face à relevância da matéria examinada para todas as Administrações Regionais do DF.

À consideração superior.

Brasília, 29 de outubro de 2008.

ELZA HELENA SOARES

Procuradora Chefe

DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL

Processo: 020.002.445/2007. Interessado: Grupo de Trabalho – Pareceres ONALT e ODIR. Assunto: Estudo/Aperfeiçoamento – Textos Normativos – ONALT e ODIR.

Cuida-se do PARECER Nº 0039/2008 – PROMAI/PGDF, elaborado pelo ilustre Procurador do Distrito Federal FERNANDO JOSÉ LONGO FILHO, em razão das conclusões e recomendações do Grupo de Trabalho instaurado pela Portaria nº 147, de 25 de junho de 2007, com o escopo de se uniformizar a orientação jurídica desta Procuradoria-Geral sobre o conceito, a natureza jurídica, a incidência e o momento da cobrança da Outorga Onerosa de Alteração de Uso – ONALT e da Outorga Onerosa do Direito de Construir – ODIR.

O parecer em questão, além de discorrer sobre os conceitos e fundamentos dos institutos, classificou o pagamento dos valores correspondentes à ODIR e à ONALT como condição, respectivamente, para o exercício do direito de construir acima do coeficiente de aproveitamento básico e de promover edificação ou funcionamento de atividade econômica diversos dos inicialmente previstos.

As outorgas correspondem, vale dizer, à contrapartida pelos benefícios alcançados pelo proprietário, cujo fundamento decorre do princípio da função social da propriedade, tendo por escopo a realização da justa distribuição dos benefícios e encargos do processo de urbanização. Os institutos não têm, portanto, natureza tributária, sendo um ônus urbanístico, com natureza de preço público, conforme entendeu recentemente o Supremo Tribunal Federal, por meio do RE nº 387.047-5/SC, Relator Ministro Eros Grau, julgado em 06.03.2008. Foram analisadas no parecer questões recorrentes no âmbito desta Procuradoria-Geral, tais como a onerosidade da alteração de uso e suas implicações, o momento da exigência da contrapartida, as discussões judiciais mais relevantes sobre o tema enfrentadas pela Procuradoria do Meio Ambiente, Patrimônio Urbanístico e Imobiliário – PROMAI desta Casa Jurídica e os aspectos e procedimentos a serem observados na regularização das situações inválidas, que foram implementadas por meio de decretos e leis, sem a observância dos requisitos formais e materiais previstos na Lei Orgânica do Distrito Federal.

A eminente Procuradora-Chefe da PROMAI subscreveu o parecer, ao tempo em que remeteu a este Gabinete a deliberação sobre a conveniência de se conceder efeito normativo ao presente pronunciamento jurídico, em face da relevância da matéria para todas as Administrações Regionais do Distrito Federal, como fora sugerido pelo Grupo de Trabalho que estudou o tema.

Verifico que o opinativo em análise, sem infirmar as orientações e conclusões do PARECER NORMATIVO Nº 004/2001–GAB/PRG, foi além do que ali disposto, eis que, a par de incluir o estudo da ODIR, aprofundou o estudo da própria ONALT, levando em conta a evolução dos institutos e a atualização da legislação sobre a matéria.

Além disso, deixou bem claro que a Companhia Imobiliária de Brasília – TERRACAP, responsável pela alienação dos imóveis nos quais se admita o aumento de potencial construtivo ou a alteração de uso, não se confunde com a pessoa jurídica do Distrito Federal, que, por meio dos mecanismos legais próprios, outorga aos particulares o direito de construir para além dos coeficientes de aproveitamento básico ou de utilizar os imóveis para destinações e usos anteriormente não previstos.

Por esta razão, foi enfático o opinativo ao afirmar que a contrapartida pecuniária, a ser paga pelos particulares beneficiários do aumento de potencial construtivo ou da alteração de uso, é devida ao Distrito Federal, diante da sua natureza compensatória, em razão do incremento de custos com infra-estrutura que o ente público suportará.

Além do mais, referido parecer orientou quanto ao procedimento de cobrança dos valores devidos pelos particulares, a título de ODIR e ONALT, ressaltando as disposições normativas que determinam a inscrição dos débitos na Dívida Ativa do Distrito Federal, em casos de inadimplência e insucesso da cobrança administrativa a cargo de cada uma das Administrações Regionais.

Por outro lado, alterou entendimentos anteriores desta Casa no que se refere à possibilidade de pagamento dos valores relativos à ODIR e à ONALT mediante compensação com precatórios.

Desse modo, feitas as considerações precedentes, APROVO O PARECER Nº 0039/2008 – PROMAI/PGDF, exarado pelo ilustre Procurador do Distrito Federal FERNANDO JOSÉ LONGO FILHO, e recomendo que lhe seja outorgado efeito normativo.

Encaminhem-se os autos à Secretaria de Estado de Governo do Distrito Federal, a fim de que o Excelentíssimo Senhor Governador do Distrito Federal, em face da relevância da matéria e da imperatividade de se dar tratamento uniforme às situações de fato idênticas, possa outorgar caráter normativo ao presente parecer, para que este produza efeitos perante toda a Administração Pública do Distrito Federal.

Recomenda-se, outrossim, seja dada ciência do opinativo à Coordenadoria das Cidades, para que esta o divulgue junto às Administrações Regionais e aos demais órgãos que lhes sejam subordinados.

Em 19 de novembro de 2008.

PATRICIA DA SILVEIRA CARDADOR

Procuradora-Geral Adjunta do Distrito Federal

SECRETARIA DE ESTADO DE GOVERNO

COORDENADORIA DAS CIDADES ADMINISTRAÇÃO REGIONAL DO GAMA

DESPACHO DO ADMINISTRADOR

Em 08 de junho de 2010.

Processo: 131.000.349/2010; Interessado: ADMINISTRAÇÃO REGIONAL DO GAMA; Assunto: “Contratação de Shows (FORRÓ INCENDIAR, MINHA METADE E ASA DO FORRÓ) para Festa da Padroeira Nossa Senhora do Carmo”. Ratifico, nos termos do artigo 26 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, combinado com a Portaria Distrital nº 11, de 26 de março de 2010, para que adquira a eficácia necessária, a inexigibilidade de licitação de que trata o presente processo, com fulcro no inciso III do artigo 25 da mencionada Lei, conforme a justificativa constante dos autos em epígrafe, referente Nota de Empenho nº 113/2010 no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) em favor da empresa JBR Produções e Eventos Ltda-ME, Publique-se e encaminhe-se à GEOFIC/RA-II, para fins pertinentes.

CÍCERO NEILDO FURTADO

ADMINISTRAÇÃO REGIONAL DO PARANOÁ

ORDEM DE SERVIÇO Nº 29, DE 04 DE JUNHO DE 2010.

O ADMINISTRADOR REGIONAL DO PARANOÁ, DA COORDENADORIA DAS CIDADES, DA SECRETARIA DE ESTADO DE GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL, no uso de suas atribuições que lhe confere o Regimento Interno desta Administração Regional, aprovado pelo Decreto nº 22.338, de 24 de agosto de 2001, e com fundamento ao que dispõe artigo 140 da Resolução 38.190 do TCDF, resolve:

Art. 1º. Prorrogar o prazo por igual período para da conclusão final dos trabalhos da Comissão de Sindicância, instaurada para apurar os fatos descritos no processo 140.000.104/2010, designada pela Ordem de Serviço nº 17, de 04 de abril de 2010, publicada no DODF nº 66, de 07 de abril de 2010.

Art. 2º. Esta Ordem de Serviço entra vigor na data de sua publicação.

ARTUR DA CUNHA NOGUEIRA

DESPACHO DO ADMINISTRADOR

Em 10 de junho de 2010.

Processo: 140.000.211/2010 Interessado: ADMINISTRAÇÃO REGIONAL DO PARANOÁ. Assunto: Contratação de Banda (1º Arraia Comunitario) Paranoá-DF. Ratifico, no termo do artigo 26 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para que adquira a eficácia necessária, a inexigibilidade de licitação de trata o presente processo, com fulcro no inciso III do artigo 25 da mencionada Lei, conforme justificativa constante dos autos em epígrafe, referente a Nota de Empenho nº 2010NE00152, no valor de R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), em favor da JK SERVIÇOS DE PRODUÇÕES E EVENTOS LTDA-ME, Publique-se e encaminhe a Administração Regional do Paranoá, para os devidos fins.

ARTUR DA CUNHA NOGUEIRA

ADMINISTRAÇÃO REGIONAL DE SAMAMBAIA

ORDEM DE SERVIÇO Nº 85, DE 08 DE JUNHO DE 2010.

O ADMINISTRADOR REGIONAL DE SAMAMBAIA, DA COORDENADORIA DAS CIDADES, DA SECRETARIA DE ESTADO DE GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL, no uso das atribuições regimentais que lhe confere o artigo 53, inciso XXXIII do Regimento Interno, aprovado pelo Decreto nº 16.247, de 29 de dezembro de 1994, resolve:

Art. 1º. Revogar o seguinte Alvará de Construção: Alvará nº 264/2007, Processo 142.000.317/2007, em favor de THARUSKA FERNANDA BEZERRA DE OLIVEIRA, pelo motivo de não recolhimento de ODIR (Outorga Onerosa do Direito de Construir) conforme Cláusula Terceira, § Terceiro do Contrato de Parcelamento de ODIR.

Art. 2º. Esta Ordem de Serviço entra em vigor na data de sua publicação.

FRANCISCO DE ASSIS DA SILVA

ORDEM DE SERVIÇO Nº 86, DE 08 DE JUNHO DE 2010.

O ADMINISTRADOR REGIONAL DE SAMAMBAIA, DA COORDENADORIA DAS CIDADES, DA SECRETARIA DE ESTADO DE GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL, no uso de suas atribuições artigo 12, do Decreto nº 30.634, Parágrafo 2, de 30 de julho de 2009, resolve: Art.1º. Dispensar o pagamento do Preço Público de Ocupação de Área Pública, para o Evento FESTA JUNINA que será realizado nos dias 18, 19 e 20 de junho de 2010, na QR 204 – Samambaia Norte - DF. Art. 2º. Esta Ordem de Serviço entra em vigor na data de sua publicação.

FRANCISCO DE ASSIS DA SILVA

SECRETARIA DE ESTADO DE CIÊNCIA E TECNOLOGIA

FUNDAÇÃO DE APOIO À PESQUISA DO DISTRITO FEDERAL

DESPACHO DO DIRETOR PRESIDENTE

Em 03 de maio de 2010.

O Diretor da Unidade de Administração Geral desta Fundação, tendo em vista a documentação constante no processo nº. 193.000.138/2010, e o parecer favorável da Procuradoria