



PREFEITURA MUNICIPAL DE PORTO ALEGRE  
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

**Parecer n.**

**Expediente n.** 001.025306.14.6

**Assunto:** Preço público de índices construtivos. Necessidade de atualização da tabela de preços públicos como decorrência da sua natureza negocial.

*Ementa: Outorga onerosa do direito de construir. Atualização do preço público do solo criado não adensável e de pequeno adensamento. Ato negocial, condicionado à infraestrutura e controle do adensamento populacional e habitacional. Atribuição do Conselho Municipal de Desenvolvimento Urbano Ambiental- CMDUA. Natureza das decisões dos conselhos municipais e prerrogativas do gestor público em razão de matéria de ordem técnica.*

Trata o presente expediente de questionamento decorrente do procedimento de alteração do preço do solo criado não adensável e de pequeno adensamento em razão da decisão do Conselho Municipal de Desenvolvimento Urbano Ambiental-CMDUA. Dispõe o Plano Diretor que cabe ao Conselho a avaliação do preço fixado para o solo criado. O CMDUA manifestou-se contrário à atualização de valores de solo criado não adensável e de pequeno adensamento. Por isso, o expediente veio a Procuradoria-Geral Adjunta de Domínio Público, Urbanismo e Meio Ambiente, PGA-DPUMA, oriundo da Secretaria Municipal da Fazenda que expressa, por meio de gráficos, a perda de arrecadação, em razão da decisão do Colegiado. O encaminhamento também decorreu de manifestação da Procuradoria Setorial da Secretaria Municipal de Urbanismo- PS/SMURB que se pronunciou pela ilegalidade do parecer do CMDUA, nos termos da Nota Técnica nº. 407/2014, fls. 353 e seguintes do presente expediente.

De referir a ata nº. 2619, fls. 331 e seguintes, retratou a reunião do CMDUA, de 11-11-2014, onde consta a razão da decisão contrária à atualização dos valores de solo criado não adensável e de pequeno adensamento. Os votos condutores da decisão, entre outros argumentos, levaram em consideração a

alegação de o mercado imobiliário se encontrar em recessão, estando, por isso, defasada a pesquisa apresentada pela SMF.

Em razão da não atualização do solo criado, com perda na estimativa das transações e alienações previstas dentro do sistema FUNCOPA, ocorreu o aparente impasse, razão pela qual o tema é analisado por meio deste parecer. Deve ser lembrado que o assunto, sob essa ótica específica, nunca foi analisado por esta PGM, não havendo precedentes que possam ser invocados nessa análise, senão os circunstanciais, abaixo elencados como razão de fundamentação.

Saliente-se, ainda, que consta neste expediente estudo realizado, no ano de 2014, pela Secretaria Municipal da Fazenda por meio de metodologia técnica devidamente explicitada, fundamentando a decisão de elevação do preço do solo criado. Constam também as cópias do expediente n 002.077586.00.0 onde estão a descrição da metodologia de fixação do preço do solo criado, as decisões do CMDUA, pareceres n. 088. de 28-11-00, parecer n. 06, de 30-01-2001, parecer n. 30, de 18-9-01 e 69 de 01-10-02, todos referentes à avaliação dos preços fixados e avaliados pelo Conselho.

É o relato.

Deve ser dito, de plano, que a outorga onerosa do direito de construir é instrumento urbanístico que serve para planejar e gerir o uso e ocupação do solo urbano. Esse planejamento e gestão do solo urbano, como uso da ferramenta da outorga onerosa do direito de construir, parte do pressuposto básico e essencial, da existência de infraestrutura compatível com o adensamento populacional e habitacional decorrente da aplicação de índices construtivos em determinada região da cidade. Tal como será demonstrado abaixo, a utilização da alienação de índices construtivos como mero instrumento de arrecadação, além de desvirtuar sua finalidade, constitui ato de improbidade administrativa nos termos do artigo 52 da Lei Federal nº 10.257, de 5-7-01- Estatuto da Cidade.

## A função social da propriedade e a outorga onerosa do direito de construir:

Algumas premissas teóricas devem ser aqui introduzidas a fim de que se possa compreender a importância e magnitude do instrumento jurídico-urbanístico da outorga onerosa do direito de construir e os efeitos decorrentes da decisão do CMDUA. A sua natureza necessita ser explicitada a fim de que possa refletir na efetividade e eficácia dessa ferramenta de planejamento e gestão do solo urbano.

A outorga onerosa do direito de construir é instrumento em que há a concessão do direito de construir acima do coeficiente de aproveitamento básico, limitado do coeficiente de aproveitamento máximo previsto no Plano Diretor<sup>1</sup>. O pressuposto dessa ferramenta de planejamento e gestão é a separação do direito de propriedade e do direito de construir<sup>2</sup>. Tanto isso é verdade que nas transações com índices construtivos, seja na modalidade de indenização por desapropriação na forma de legislação federal e municipal<sup>3</sup> como na outorga onerosa do direito de construir<sup>4</sup> a lógica é a da transação parte do princípio da transação do direito de construir destacado do direito de propriedade<sup>5</sup>. Nessa lógica posta pelo Plano Diretor de Porto Alegre, desde a década de 70<sup>6</sup> e pelo Estatuto da Cidade, o direito de construir pertence ao Estado que o *outorga*, por meio de legislação específica, os

<sup>1</sup> Artigo 53 e seguintes da Lei Complementar n. 434, de 1-12-99, alterada pela Lei Complementar n. 646, de 22-7-10-Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano e Ambiental de Porto Alegre.

<sup>2</sup> Eros Roberto Grau, ao proferir o voto no recurso extraordinário n. 387047 junto ao Supremo Tribunal Federal, distingue o direito de construir do direito de criar solo. Aquele corresponderia ao direito de construir já inerente ao imóvel segundo previsão do Plano Diretor. O direito de criar solo seria a outorga onerosa (além do coeficiente básico de aproveitamento). Nesse trabalho, a fim de não gerar dúvidas utiliza-se o conceito do artigo 53 e seguintes da Lei Complementar n. 434, de 1-12-99, alterada pela Lei Complementar n. 646, de 22-7-10.

<sup>3</sup> Transferência do direito de construir ou transferência de potencial construtivo, de acordo com a nomenclatura utilizada.

<sup>4</sup> A outorga onerosa, também denominada de *solo criado*.

<sup>5</sup> Aliás, nenhuma novidade nessa assertiva já que sempre coube ao poder público, por meio dos códigos de edificações e planos diretores, fixarem a capacidade construtiva diferenciada de cada imóvel, tendo em consideração a relação com a infraestrutura existente, condições do solo e zoneamento, por exemplo. Ou seja, o direito de construir nunca esteve inserido ao direito de propriedade. Se assim fosse e considerada a ótica civilista vigente até o ano de 1988, cada proprietário de imóvel poderia construir o quanto desejasse em seus imóveis, hipótese que não corresponde à realidade fática e jurídica.

<sup>6</sup> Ver Carta de Embu, de 1976, documento de traduz a introdução das diretrizes da alienação de índices construtivos no Brasil, inspirados no *plafond legal de densité* adotado na França.

índices construtivos pertencentes ao imóvel<sup>7</sup> ou, de modo oneroso àquele interessado em construir além do coeficiente básico de aproveitamento. Com isso fica mais clara a sua nomenclatura: uma outorga do Estado concedida mediante contrapartida pecuniária para que o interessado possa edificar além do que é permitido construir sem custo, conforme previsão do plano diretor.

O pano de fundo da outorga onerosa do direito de construir, instrumento de planejamento e de gestão no controle do uso e ocupação do solo urbano, é a propriedade privada vista sob seu aspecto de função social<sup>8</sup>. Pode-se afirmar que a propriedade no Brasil, na atualidade, somente é protegida pelo ordenamento jurídico sob o viés da sua função social.

Com a Constituição de 1988, o princípio da função social da propriedade foi alçado à categoria de garantia constitucional, alterando a estrutura da propriedade em si. Ou seja, tanto o artigo 5º, XX e XXIII, como o artigo 170 e 182 da Constituição Federal condicionam a propriedade à sua função social. Assim, não se trata de posição ideológica ou filosófica aqui esposada, mas decorre de imposição do próprio ordenamento constitucional que determina a função social da propriedade.

A partir desse paradigma pode-se afirmar que a questão urbanística está erigida sob três pilares: a) a alteração do exercício do direito de propriedade em si; b) o planejamento e gestão do uso e ocupação do solo urbano voltado ao interesse público e coletivo, não individual e c) a gestão democrática da cidade. Esse fundamento se reflete diretamente na utilização dos instrumentos urbanísticos tal como é a outorga onerosa do direito de construir. Ou seja, é facultado ao executor da política urbana, adotar no seu sistema legislativo, o instrumento da outorga onerosa de construir, alienando, mediante contrapartida e não graciosamente, o estoque público de índices construtivos adensáveis e não adensáveis. Essa alienação somente será realizada se houver equilíbrio entre a

<sup>7</sup> Seria o coeficiente básico de aproveitamento.

<sup>8</sup> A função social da propriedade demanda um olhar sobre a finalidade e não sobre o titular do bem. O princípio da função social da propriedade consta como diretriz constitucional desde o ano de 1934.

infraestrutura e adensamento populacional e habitacional. Caso contrário, não há razão para a alienação de índices construtivos.

A alienação de solo criado, como *ato negocial*, além de onerosa<sup>9</sup>, deve ser vantajosa e conveniente em termos urbanísticos e, por reflexo, econômicos<sup>10</sup>. Ou seja, reforça-se que o denominado *solo criado* se constitui em ferramenta essencial ao planejamento e gestão urbana na medida em que a alienação de índices construtivos funcionará como estímulo ou desestímulo ao adensamento urbano em relação à infraestrutura existente. Mais do que isso, os valores arrecadados possuem destinação vinculada às obras e medidas urbanísticas, de acordo com a legislação pertinente<sup>11</sup>.

Muito antes da edição da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Cidade, o Município de Porto Alegre instituiu a alienação de índices construtivos sob a forma de *solo criado*. Por meio da Lei Municipal n. 615, de 06-01-94, foi normatizada a venda de solo criado, com a previsão específica de revisão do preço do metro quadrado de seis em seis meses, de acordo com o artigo 8º.

Por isso, se pode concluir que a outorga onerosa é uma das formas de concretização do exercício da propriedade condicionada à sua função social. Ou seja, a aquisição de índices construtivos adensava ou não adensáveis é ônus<sup>12</sup> decorrente da faculdade de construir além do coeficiente básico de aproveitamento previsto no plano diretor. Ou seja, poder-se-ia afirmar que o adquirente de solo criado estaria compensando a cidade pelo adensamento acarretado. Para isso, o interessado adquire, até um limite máximo previsto, os índices construtivos, pagando por eles o preço fixado pelo poder público. Esse entendimento está corroborado pelas decisões do Supremo Tribunal Federal, já no ano de 1999, ao exame dos

<sup>9</sup> A onerosidade está diretamente relacionada com o adensamento a mais decorrente de utilização de índices construtivos adquiridos. Ou seja, a faculdade de construir além do coeficiente básico de aproveitamento acarreta o ônus de pagar por esse adensamento além do limite básico.

<sup>10</sup> O instrumento da outorga onerosa possui objetivo específico e não se presta como mera fonte de arrecadação de receita utilização em outras atividades senão aquelas vinculadas à compensação do adensamento previstas em lei. Do contrário o solo criado teria sua finalidade desvirtuada. A má utilização da outorga onerosa do direito de construir constitui ato de improbidade administrativa, de acordo com o previsto no artigo 52 da Lei Federal n. 10.257.

<sup>11</sup> A utilização do solo criado com finalidade não urbanística pode configurar ato de improbidade administrativo nos termos do artigo 52 da Lei Federal n. 10.257, de 5-7-2001.

<sup>12</sup> Ver recurso extraordinário n. 387047, rel. Ministro Eros Roberto Grau.

Recursos Extraordinários n<sup>os</sup> 140436 e 178836, ambos relatados pelo Ministro Carlos Velloso:

*CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. INDENIZAÇÃO. I – Se a restrição ao direito de construir advinda da limitação administrativa causa aniquilamento da propriedade privada, resulta, em favor do proprietário, o direito à indenização. Todavia, o direito de edificar é relativo, dado que condicionado à função social da propriedade. Se as restrições decorrentes da limitação administrativa preexistem à aquisição do terreno, assim já do conhecimento dos adquirentes, não podem estes, com base em restrições, pedir indenização ao poder público.<sup>13</sup>*

No mesmo sentido:

*CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. DIREITO DE CONSTRUIR. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. I – O direito de edificar é relativo, dado que condicionado à função social da propriedade: CF, art. 5.º, XII e XIII. Inocorrência de direito adquirido: no caso, quando foi requerido alvará da construção, já existia a lei que impedia o tipo de imóvel no local.<sup>14</sup>*

O Município, como detentor do estoque público de índices adensáveis e não adensáveis, deve gerir de forma adequada esse ativo urbanístico e econômico, cuja expressão se dá pelo preço fixado. Seja solo criado não adensável, por força de lei, ou de pequeno adensamento não se pode negar que essa ferramenta deve ser utilizada em razão do planejamento e da gestão da cidade. Ou seja, é o interesse difuso à ordem urbanística, e somente esse, o norteador da utilização desse instrumento.

Fica evidente, portanto, que o paradigma erigido pela Constituição Federal demanda um olhar voltado ao interesse difuso, ao coletivo, ao direito à cidade sustentável, deixando-se de lado a visão meramente tradicional, civilista e que não mais se coaduna com o paradigma da modernidade em relação à propriedade.

<sup>13</sup> FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 66.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 66.

**A aplicação do solo criado e a legislação da cidade de Porto Alegre:**

A Lei Complementar nº 434, de 01-12-99, alterada pela Lei Complementar nº. 646, de 22-7-10, assim dispõe no artigo 53-A:

*O Solo Criado é constituído por:*

*I – Solo Criado de Pequeno Adensamento, correspondendo a áreas adensáveis em quantidades que não causam impacto significativo nos equipamentos e na paisagem urbana, disponíveis em todas as UEUs, com aquisição direta, dispensada a licitação<sup>15</sup>;*

*II – Solo Criado de Médio Adensamento, correspondendo a áreas adensáveis em quantidades que causam baixo impacto nos equipamentos e na paisagem urbana, sendo disponíveis nas UEUs, conforme Anexo 6 desta Lei Complementar, e nos quarteirões liberados para adensamento pelo sistema de monitoramento da densificação com aquisição direta;*

*III – Solo Criado de Grande Adensamento, correspondendo a áreas adensáveis que podem causar impacto nos equipamentos e na paisagem urbana, sendo disponíveis nas UEUs, conforme Anexo 6 desta Lei Complementar, e nos quarteirões liberados para adensamento pelo sistema de monitoramento da densificação, adquirido mediante licitação e aprovação de Estudo de Viabilidade Urbanística – EVU – para verificação dos impactos na infraestrutura e paisagem urbana; e*

*IV – Solo Criado Não Adensável, correspondendo a áreas incentivadas e complementares à atividade principal, que não causam impacto nos equipamentos urbanos e na paisagem e estão disponíveis em todas as UEUs com aquisição direta.*

*Parágrafo único. A aplicação do Solo Criado atenderá ao disposto no art. 111 e no Anexo 6 desta Lei Complementar.*

O caso concreto trata da avaliação dos preços fixados para a alienação de solo criado não adensável e de pequeno adensamento, onde mesmo nas condições específicas de alienação, possui relação direta com a infraestrutura existente e adensamento.

O artigo 8º da Lei Complementar n. 615 não foi revogado por qualquer norma posterior especial ou contrária, permanecendo hígido portanto, estabelecendo que:

*O preço do metro quadrado do Solo Criado será estabelecido em **tabela elaborada pelo Poder Executivo**, observando:*

*I- preço diferenciado de acordo com as UTPs da cidade;*

*II- **preço estipulado a partir de resultados técnicos, com base em metodologia científica de avaliação**, e considerando, também, os valores de mercado;*

<sup>15</sup> Este trabalho não analisa a duvidosa legalidade do dispositivo do Plano Diretor que prevê a venda direta de índices construtivos, sem licitação.

- III- os preços reajustados mensalmente pela URM ou índice que a venha substituir;  
 IV- preços reavaliados a cada seis meses. (o grifo é nosso)

Por sua vez, o plano diretor atual ao estabelecer as atribuições do CMDUA, dispõe:

**Art. 39.** *O órgão de integração do SMGP é o Conselho Municipal de Desenvolvimento Urbano Ambiental – CMDUA –, que tem por finalidade formular políticas, planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano, ao qual compete:*

(...)

- XII – aprovar a metodologia para definição do valor do Solo Criado;  
 XIII – aprovar os valores semestrais do Solo Criado;

O Conselho é um dos integrantes do Sistema Municipal da Gestão do Planejamento- SMGP, mas não o único. Portanto, é necessário compatibilizar esse dispositivo expresso de competência com aquele relativo à elaboração da metodologia técnica específica. Antes disso, a fim de construir o raciocínio lógico que serve de fundamento à presente manifestação, veja-se a natureza a contrapartida decorrente da alienação de solo criado.

#### **A natureza econômica do solo criado:**

Em se tratando de outorga onerosa, não se está diante de tributo. A doutrina e a jurisprudência sobre o assunto convergem no sentido da distinção entre a natureza dos tributos da do preço público A súmula nº. 525 do Supremo Tribunal Federal deixa clara a sua natureza:

*Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu.*

Não há, dada a evidência, maiores considerações sobre matéria que está posta e é pacífica. Ou seja, o fato gerador e as características dos tributos, além de sua previsão constitucional diversa e de modo exaustivo, são bastante distintas daquelas do preço público.



O preço público decorre de ato negocial, onde o poder público age como se agente privado fosse ao alienar o estoque de índices construtivos adensáveis e não adensáveis. A alienação de direito de construir, que é um bem pertencente ao Município, se ajusta perfeitamente a esse conceito, distinto, portanto, daquele de tributo. A contrapartida pela aquisição de índices<sup>16</sup>, fixado por metro quadrado, caracteriza-se como preço público.

Como preço público que é, a fixação do solo criado se dá por metodologia específica e técnica, fixada por decreto do Poder Executivo. Em se tratando de preço público deve atender não apenas a legislação municipal, mas ao custo do metro quadrado, segundo variáveis específicas.

O fato de o mercado imobiliário estar ou não em recessão é de suma importância, tanto que deve ser considerado na fixação do preço do solo criado, tal como preceitua o inciso II do artigo 8º da Lei 615. Entretanto, essa é apenas uma das variáveis que compõem a fixação do preço público, mas não a única. Portanto, com a devida vênia, a variação do mercado imobiliário não pode conduzir, isoladamente, qualquer análise sobre a fixação do preço do solo criado, haja vista a sua natureza.

Além disso, a oferta de índices construtivos<sup>17</sup> deve seguir a lógica do ato negocial que é. Isso significa dizer que se trata de alienação de bem pertencente ao Município e, como tal, deve ser essencialmente vantajosa ao poder público. Como dito acima ao alienar solo criado o Município atua como se ente privado fosse, pactuando as condições de venda e o preço do produto a ser ofertado. Conforme o professor Paulo Sandroni<sup>18</sup>, a alienação de índices construtivos é um ato negocial, bilateral e oneroso e com tal, deve ser vantajoso para ambas as partes, especialmente para o Município, detentor do estoque público. É dizer, trata-se de um negócio de *ganha-ganha*.

---

<sup>16</sup> Contrapartida de aquisição, respeitada a infraestrutura da área e o adensamento habitacional e populacional.

<sup>17</sup> Ver nota anterior.

<sup>18</sup> Anotações de aula. *Curso Recuperação de mais-valias na América Latina*. Instituto Brasileiro de Administração Municipal, Rio de Janeiro, 1998.

Estão comprovados nos autos os efeitos decorrentes da não aprovação do novo preço fixado. Isso é, a decisão do CMDUA ao não aprovar o preço fixado para o solo criado não adensável e de pequeno adensamento, gerou efeitos prejudiciais à administração pública, desestabilizando a condição das partes nesse ato negocial.

**O Conselho Municipal de Desenvolvimento Urbano Ambiental:**  
**natureza das decisões proferidas:**

A gestão democrática da cidade na elaboração, aprovação e execução do planejamento e gestão da cidade é diretriz de política urbana inserida no artigo 2º da Lei Federal nº. 10. 257, de 5-7-01- Estatuto da Cidade. Mesmo antes dessa diretriz geral, o Plano Diretor de Porto Alegre, desde há muito, esteve pautado pela gestão participativa. A cidade de Porto Alegre é notadamente reconhecida pela prática da participação popular na gestão pública, dispensando-se maiores comentários sobre esse aspecto.

Em razão disso, os conselhos municipais constituem uma das formas da concretização da gestão democrática na medida em que a participação da sociedade civil acaba por *oxigenar* o planejamento e a gestão pública. No caso específico, o CMDUA possui atribuições previstas em lei, entre as quais as de aprovar a metodologia para definição do valor do solo criado e aprovar os valores semestrais do solo criado.

As decisões do Conselho são etapa no processo de planejamento e gestão do solo urbano, como órgão integrante do SMGP. Tal como consta na bem lançada manifestação da PS/SMURB, fls. 356 deste expediente, é condição de eficácia do ato que a decisão do Conselho que esta seja homologada ou não pelo chefe do Poder Executivo. Ainda de acordo com a manifestação da Procuradoria Setorial, aqui utilizada como razão de fundamentação, a avaliação do preço do solo criado, atribuição do CMDUA, não pode ir além da função de avaliar, nem adentrar na quantificação do patrimônio público que será alienado.

Basta compulsar o expediente para concluir que a metodologia utilizada para a fixação do preço do solo criado levada à avaliação do Conselho, foi desenvolvida por técnicos e com critérios especificados que leva em consideração a valorização desse ativo econômico municipal.

Do que se depreende da manifestação do CMDUA- as razões-legitimamente postas- limitam-se às circunstâncias de mercado. *S.m.j*, esse entendimento não possui o condão de contrapor as razões técnicas fixadas com base no interesse público da sociedade. Lembre-se que a alienação de índices construtivos que possibilita a construção além do coeficiente básico<sup>19</sup>, limitado ao coeficiente máximo de aproveitamento, é a forma de compensação, de indenização daquele que acarretará maior densificação habitacional e populacional por metro quadrado. Essa consequência é natural e legítima do processo de crescimento e de desenvolvimento da cidade, tão natural e legítima como a cobrança pelo direito de construir a mais, por aquisição. Lembre-se, ainda, que os valores arrecadados com a alienação de índices construtivos possuem destinação vinculada a compensar a infraestrutura densificada por aquele que a mais construirá. Por esse motivo, é o planejamento e a gestão da cidade é que são os protagonistas das variáveis da fixação do preço público do solo criado.

Não fossem essas razões técnicas a recomendar que a decisão do CMDUA não seja homologada pelo senhor Prefeito Municipal, necessário ainda demonstrar a natureza das decisões colegiadas.

Entre as inúmeras formas de concretizar a gestão democrática da cidade está a formação e funcionamento dos conselhos municipais, formados por integrantes da administração pública e da sociedade civil.

*O Conselho do Plano Diretor existe desde o final da década de 30. Era restrito inicialmente à participação de um grupo de notáveis, que representavam as camadas mais elevadas da sociedade, mas com o passar dos anos foi passando por várias modificações. Hoje conta com uma maior representatividade popular, sendo integrado por entidades de classe, comunidade e por representantes do Poder*

---

<sup>19</sup> Quando a análise da infraestrutura e do adensamento permite. No caso do índice não adensável e de pequeno adensamento, o Plano Diretor já incorporou essa análise no seu texto.

*Público, possibilitando que sejam cotejadas diferentes visões da cidade.*<sup>20</sup>

Os conselhos municipais possuem normatização própria por meio da Lei Complementar n. 661, de 7-12-10 onde está prevista sua natureza *de órgãos de participação direta da comunidade na Administração Pública e têm por finalidade propor, fiscalizar e deliberar sobre matérias referentes a cada setor da Administração Pública*, de acordo com o artigo 2º. Não obstante as atribuições expressas concedidas ao CMDUA, essas funções não possuem caráter isolado ou absoluto, pois estão atreladas ao SMGP, formado pela participação de vários atores. Caso contrário, haveria uma sobreposição à legitimidade e autoridade do chefe do Poder Executivo, alçado pelo processo democrático de votação a essa condição.

Por isso, não fossem as considerações acima suficientes para demonstrar que a decisão do CMDUA não deve ser homologada pelo senhor Prefeito Municipal, deve se ter presente que o Conselho, órgão legítimo e democrático, tem por função o auxílio, mas não a substituição do Poder Executivo. Isso significa que a decisão do CMDUA não possui o condão de impedir a publicação e eficácia dos novos preços do solo criado. A propósito do tema, a natureza jurídica dos conselhos municipais já foi objeto de exame desta Procuradoria-Geral por meio do parecer n.1127, de lavra da colega Vanesca Prestes:

*Ainda, cabe esclarecer que os Conselhos Municipais, na estrutura constitucional vigente, são órgãos de participação popular na Administração Pública auxiliares do processo decisório. Isto significa que são formas de mitigação da discricionariedade administrativa, pois as suas opiniões precisam ser ouvidas e as decisões administrativas motivadas inclusive sopesando as ponderações efetuadas. Todavia, estes Conselhos não substituem o administrador eleito para o exercício da Administração.*

*Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira, ao escrever sobre os Conselhos Municipais na Constituição de 1988, esclarece que "As funções dos conselhos municipais, portanto, são relativas à deliberação em sentido lato e à implementação da democracia no sentido do desenvolvimento da liberdade de expressão e formulação de preferências pela comunidade local a fim de contribuir para a formulação da opinião pública". A decorrência disto é que a decisão de Conselho Municipal não vincula o administrador, exceto nas*

<sup>20</sup> [http://www2.portoalegre.rs.gov.br/spm/default.php?p\\_secao=300](http://www2.portoalegre.rs.gov.br/spm/default.php?p_secao=300). Acesso em 12-5-2015.

*hipóteses pontuais previstas expressamente em lei como grau de recurso de contribuintes<sup>21</sup>*

No referido parecer há menção à decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul cuja ementa convém seja transcrita:

*AÇÃO DIRETA DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSELHOS MUNICIPAIS. ART. 101 DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE. COMPETÊNCIA. NORMAS QUE CRIAM NOVA MODALIDADE DE PROCESSO LEGISLATIVO AO ARREPIO DAS REGRAS CONSTITUCIONAIS. LEGISLAÇÃO QUE SUPERPÕE ÓRGÃO CONSULTIVO AUXILIAR AO DO PRÓPRIO CHEFE DO EXECUTIVO MUNICIPAL, COM FUNÇÕES INERENTES E PRIVATIVAS DO LEGISLATIVO LOCAL. SUA INCONSTITUCIONALIDADE. PRELIMINARES REJEITADAS. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.<sup>22</sup>*

Ao que até aqui foi explicitado, o que se verifica é que a natureza do preço público do solo criado não adensável e de pequeno adensamento demanda a sua atualização de seis em seis meses, de acordo com metodologia aplicada. Não há espaço para que o preço permaneça inalterado em razão de uma única variável que compõem a sua fixação. A não avaliação do novo preço fixado deixa o poder público em situação de desvantagem. Não sendo nem oportuno e nem conveniente que assim ocorra. Mantida e homologada a decisão do CMDUA, o que seria um ato negocial, passaria a ser prerrogativa do mercado, em dissonância com o objetivo e finalidade do solo criado como instrumento urbanístico e como ativo econômico do Município de Porto Alegre.

Reitera-se, assim, a sugestão de não homologação da decisão do CMDUA.

**Considerações finais:**

A outorga onerosa do direito de construir se constitui em prerrogativa do gestor público em alienar o estoque de índices construtivos, outorgando ao interessado o direito de construir além do coeficiente básico de aproveitamento,

<sup>21</sup> OLIVEIRA, Cristiane Catarina Fagundes. *Conselhos Municipais na Constituição de 1988: a participação política e suas disfunções*

<sup>22</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 592147045, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson Oscar de Souza, Julgado em 04-10-93.

respeitado o coeficiente máximo de aproveitamento. Essa alienação pode ser dar por meio de venda direta, no caso do solo criado de pequeno adensamento ou não adensamento, ou por meio de leilão, nas outras hipóteses. As considerações aqui arroladas se aplicam a todas as hipóteses de outorga e aplicação de solo criado, sendo importante destacar que:

a) Assim como o gestor público possui, em razão da titularidade do direito de construir, a prerrogativa de efetuar alienações de índices construtivos quando entender conveniente e necessário, condicionada ao estudo do equilíbrio entre infraestrutura e adensamento populacional e residencial, possui a prerrogativa de fixar o preço dos índices construtivo que irá alienar;

b) A alienação de índices construtivos constitui ato negocial, bilateral e como tal deve ser vantajoso ao poder público, especialmente, na medida em que é o gestor da política pública urbana e detentor do direito de construir que será alienado;

c) Na atribuição de avaliação a metodologia e preço do solo criado, foi conferida ao Conselho a função de fundamentar suas decisões, considerando todas as variáveis consideradas no processo de fixação do preço público. Caso contrário, as decisões tornar-se-ão meramente casuísticas;

d) As atribuições do Conselho, como órgão consultivo, tem por finalidade promover a gestão democrática da cidade, na medida em que traz para o interior da administração pública a sociedade civil e órgãos de classe, por exemplo.

e) Os conselhos municipais possuem sim poder de deliberativo, mas que não é absoluto. Esse atributo fica condicionado à homologação das decisões, se for o caso, pelo senhor Prefeito Municipal;

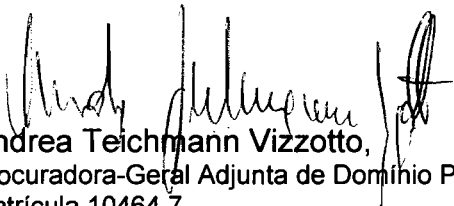


f) No caso concreto, ao não deliberar os preços fixados, a decisão do CMDUA foi além das atribuições fixadas, causando prejuízo direto ao detentor do bem ofertado;

À vista de todo o exposto, entende-se que não deve ser homologada a decisão do CMDUA, aplicando-se os critérios de fixação do preço público tal como indicados pela Secretaria Municipal da Fazenda.

É o parecer.

Porto Alegre, 12-5-2015.



Andrea Teichmann Vizzotto,  
Procuradora-Geral Adjunta de Domínio Público, Urbanismo e Meio Ambiente.  
Matrícula 10464.7  
OAB/RS 21.335



PREFEITURA MUNICIPAL DE PORTO ALEGRE  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL

Processo Administrativo n. 001.025306.14.6

Interessado: Secretaria Municipal da Fazenda - SMF

Parecer n. 1.191/2015

**Ementa:** Outorga onerosa do direito de construir. Atualização do preço público do solo criado não adensável e de pequeno adensamento. Ato negocial, condicionado à infraestrutura e controle do adensamento populacional e habitacional. Atribuição do Conselho Municipal de Desenvolvimento Urbano Ambiental - CMDUA. Natureza das decisões dos conselhos municipais e prerrogativas do gestor público em razão da matéria de ordem técnica.

### HOMOLOGAÇÃO

Homologo o Parecer n. 1.191/2015, da lavra da Procuradora-Geral Adjunta de Domínio Público, Urbanismo e Meio Ambiente Andrea Teichmann Vizzotto, conforme ementa acima.

A outorga onerosa do direito de construir é um instrumento urbanístico que serve para planejar e gerir o uso e ocupação do solo urbano. Esse planejamento e gestão parte do pressuposto básico e essencial da existência de infraestrutura compatível com o adensamento populacional e habitacional decorrente da aplicação de índices construtivos em determinada região da cidade.



370  
C



PREFEITURA MUNICIPAL DE PORTO ALEGRE  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL

O Conselho Municipal de Desenvolvimento Urbano Ambiental - CMDUA é um dos integrantes do Sistema Municipal da Gestão do Planejamento - SMGP, mas não é o único, portanto é imprescindível compatibilizar sua competência com a elaboração da metodologia técnica específica, conforme art. 39, XII e XIII, do Plano Diretor, nos exatos termos do Parecer.


A decisão do CMDUA ao não aprovar o preço fixado para o solo criado não adensável e de pequeno adensamento gerou efeitos prejudiciais à administração pública, desestabilizando a condição das partes nesse ato negocial, como enfrentado.

Do que se depreende do presente expediente, a metodologia utilizada para fixação do preço do solo criado foi desenvolvida por técnicos e com critérios específicos que levam em consideração a valorização desse ativo econômico municipal, enquanto que o Conselho limitou-se às circunstâncias de mercado, s.m.j., não tendo esse o condão de contrapor as razões técnicas fixadas com base no interesse público da sociedade.

Porto todo exposto, não fossem todas as considerações referidas no parecer para demonstrar que a decisão do CMDUA não deva ser homologada, deve se ter presente que o Conselho, órgão legítimo e democrático, tem por função o auxílio, mas não a substituição do Poder Executivo, consoante o estudo e conclusões objeto do Parecer ora homologado na integralidade.

Registre-se. Encaminhe-se cópia desta homologação e Parecer à Secretaria Municipal da Fazenda.

GAB/PGM, 28 de maio de 2015.



**Cristiane da Costa Nery,**  
Procuradora-Geral do Município.