



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2012.0000558504

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Reexame Necessário nº 0008972-45.2010.8.26.0248, da Comarca de Indaiatuba, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE INDAIATUBA, é apelado MASOTTI EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA.

ACORDAM, em 15^a Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento aos recursos com indicação para jurisprudência. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTHUR DEL GUÉRCIO (Presidente) e EUTÁLIO PORTO.

São Paulo, 18 de outubro de 2012.

RODRIGUES DE AGUIAR
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº: 19653
APEL. Nº: 0008972-45.2010.8.26.0248
RECTE : JUÍZO DE OFÍCIO
COMARCA: INDAIATUBA
APTE. : MUNICIPIO DE INDAIATUBA
APDO. : MASOTTI EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO – AÇÃO ORDINÁRIA – Município de Indaiatuba – Outorga onerosa do direito de construir – Reconhecimento, pela r. sentença, de que a cobrança reveste-se de caráter de imposto – Sentença reformada para afastar a natureza tributária da cobrança – Precedente do c. STF – Alegada nulidade da cobrança – Inocorrência – A outorga onerosa do direito de construir é instituto jurídico e político para implementação da política urbana – Ausência de ilegalidade quanto à base de cálculo eleita – RECURSOS PROVIDOS.

1. Reexame necessário e apelação do MUNICIPIO DE INDAIATUBA (fls. 248/ss) contra r. sentença (fls. 222/ss) proferida em Ação Ordinária, ajuizada por MASOTTI EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA, por meio da qual a autora pretende seja anulado o lançamento tributário já que o crédito exigido não se refere a nenhum dos impostos previstos na Constituição Federal como sendo de competência dos Municípios, não preenchendo, ademais, os requisitos para que seja considerado como taxa ou contribuição de melhoria.

2. Na inicial, sustenta a autora que, em razão do que dispõe a Lei Municipal nº 5.450/08, o réu passou a exigir, como condição para aprovação de parcelamento do solo para fins residenciais, que o proprietário ou empreendedor efetue o depósito da quantia equivalente a 3% do valor total das obras de infraestrutura aprovadas pelo Município, diretamente ao Fundo Municipal de Habitação (artigo 1º da referida lei). Ocorre que, segundo entende a autora, essa cobrança extrapola a competência tributária conferida aos Municípios pela Constituição Federal,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

já que não se reveste de natureza de contribuição de melhoria, nem de taxa (seja em razão do poder de polícia, seja em razão da prestação de serviços públicos), nem se refere a nenhum dos impostos indicados no artigo 156 da Carta Magna. Alega que todas as obras de infraestrutura foram custeadas pelo próprio contribuinte, em caráter privado, não havendo que se falar em contraprestação a serviço público. Ademais, ainda que se considere como sendo taxa, há ilegalidade com relação à base de cálculo, já que esta é própria de impostos, além de se revelar com caráter confiscatório. Deu à causa o valor de R\$ 440.341,05 (quatrocentos e quarenta mil, trezentos e quarenta e um reais e cinco centavos).

Na medida cautelar em apenso, a autora requereu a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, o cancelamento do auto de embargo, ou suspensão de seus efeitos.

3. A r. sentença julgou procedentes os pedidos feitos na ação principal e cautelar, para declarar inexigível a cobrança do tributo discutido nos presentes autos, reconhecendo a inconstitucionalidade do artigo 4º da Lei Municipal nº 5.450/2008, com redação dada pelas Leis Municipais nº 5.645/2009 e 5.793/2010. Considerou o juízo de primeiro grau que o lançamento efetuado pelo Município não se reveste de natureza de taxa, porque inexistente contraprestação de serviço público, incidindo no conceito de imposto não previsto na competência tributária do Município (artigos 30, III, e 156, ambos da Constituição Federal), sendo por isso inconstitucional a exigência, não se admitindo a cobrança de espécie tributária cujo fato gerador consista na aprovação de um projeto de edificação com mais de sete andares. Fixou honorários advocatícios em R\$ 1.000,00 (mil reais).

4. Em seu apelo sustenta o Município, em preliminar, a extinção do feito por ausência de interesse de agir, já que a apelada subscreveu termo de compromisso em que reconheceu como devida a quantia que se discute nos autos. No mérito, sustenta que a cobrança refere-se à Compensação financeira pela outorga do direito de construir acima do coeficiente de aproveitamento básico, a qual não tem natureza



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

tributária, mas sim mera indenização estipulada como uma contraprestação a ser paga em função das despesas extraordinárias que oneram o Poder Público, prevista inclusive no Estatuto da Cidade (artigo 4º, inciso V, alínea “n”). Pede a reforma da r. sentença.

5. Recurso tempestivo, dispensado de preparo e respondido (fls. 280/ss)

É o relatório.

6. Cuida-se de reexame necessário e apelação do Município pela qual pretende a reforma da r. sentença, reconhecendo-se a legalidade da cobrança referente à outorga onerosa do direito de construir acima do coeficiente de aproveitamento básico.

Inicialmente, anote-se a competência desta Câmara para julgar o presente recurso haja vista a existência de ponto controvertido nos autos acerca da natureza jurídico-tributária da outorga onerosa do direito de construir acima de determinado coeficiente de aproveitamento básico.

Ademais, esta Câmara, por ocasião do deferimento da tutela antecipada em primeiro grau, conheceu da matéria e deu provimento ao Agravo de Instrumento nº 0040594-76.2011.8.26.0000, para cassar referida liminar concedida pelo juízo monocrático, motivo pelo qual o presente recurso de apelação foi distribuído a este relator.

Feita essa observação quanto à competência recursal, passa-se à análise do objeto da apelação.

O recurso merece ser conhecido e provido.

Fica rejeitada a preliminar de ausência de interesse de agir arguida pelo Município, já que a existência do Compromisso de execução de obras e de infraestrutura de condomínio vertical (fls. 37/ss) não é óbice para que a autora discuta, em juízo, a validade da cobrança.

No mérito, o recurso merece provimento.

Com efeito, o cerne da questão é saber se a exigência



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

pecuniária referente à outorga onerosa do direito de construir acima do coeficiente de aproveitamento básico tem ou não natureza tributária, bem como se tal exigência reveste-se de legalidade ou não.

A outorga onerosa do direito de construir está elencada no art. 4º, V, “n” da Lei Federal 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), entre os instrumentos jurídicos de implementação da política urbana e regulamentada no art. 28 e seguintes do mesmo diploma legal.

Através do instrumento, permite-se ao proprietário construir acima do coeficiente básico definido para zona dentro do limite máximo de densidade fixado pelo plano diretor, mediante uma contrapartida.

Ora, a análise da natureza do instituto afasta o caráter tributário da exigência.

De fato, os tributos são prestações pecuniárias compulsórias, não podendo delas se eximir o particular, enquanto que a contrapartida decorrente da outorga onerosa do direito de construir é uma faculdade conferida ao proprietário, à medida que esta só se torna devida se e quando o interessado quiser construir acima do coeficiente de aproveitamento básico.

Portanto, a outorga onerosa não se reveste de compulsoriedade tal como os tributos. É uma faculdade conferida ao proprietário que, mediante o pagamento de uma contraprestação, adquire o direito de construir além do coeficiente de aproveitamento básico e até o limite do coeficiente de aproveitamento máximo.

O Estatuto da Cidade deixou em evidência que a contraprestação em destaque não aparenta natureza tributária ao prever a outorga onerosa do direito de construir se insere dentre os institutos jurídicos e políticos (inciso V do artigo 4º da Lei nº 10.257/01) e não dentre os institutos tributários e financeiros (inciso IV do artigo 4º da referida lei).

Resta, pois, evidente que a outorga onerosa do direito de construir é um instrumento jurídico de ordenação do solo urbano, com a finalidade de restaurar o equilíbrio urbano entre imóveis de uso particular e



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de uso público, garantindo o desenvolvimento sustentável da cidade, estando dentro da esfera de competência dos Municípios, conforme artigo 30, VIII, e 182, ambos da Constituição Federal. Afasta-se, portanto, a alegação de que se reveste de natureza tributária.

Nesse sentido, julgado do c. STF:

EMENTA: 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]. 4. Recurso extraordinário conhecido, mas não provido. (RE 387047, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 06/03/2008, DJe-078 DIVULG 30-04-2008 PUBLIC 02-05-2008 EMENT VOL-02317-04 PP-00799 RTJ VOL-00204-03 PP-01314 LEXSTF v. 30, n. 355, 2008, p. 263-287)

Dessa forma, ausente a natureza tributária do instituto em análise, não há que se falar em ilegalidade da base de cálculo eleita, nem que esta possui efeito confiscatório, pois, conforme cláusula quinta do compromisso de execução de obras e de infraestrutura de condomínio vertical (fls. 37/ss), a outorga onerosa do direito de construir foi fixada em 5% do valor venal de cada unidade habitacional edificada a partir do sétimo pavimento, o que se entremostra em sintonia com o que dispõe o artigo 4º



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

da Lei Municipal nº 5.450/08.

Ante as razões acima expostas, dá-se provimento ao reexame necessário e ao recurso voluntário do Município de Indaiatuba, para o fim de julgar improcedentes a medida cautelar em apenso, bem como a ação anulatória de débito fiscal, invertendo-se os ônus da sucumbência. Fixo honorários advocatícios em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Pelo meu voto, dá-se provimento aos recursos.

RODRIGUES DE AGUIAR
Des. Relator