

A OUTORGA ONEROSA DO PLANO DIRETOR DE SÃO PAULO: ÔNUS E NÃO OBRIGAÇÃO

Eros Roberto Grau

01 - O projeto de lei do Plano Diretor de São Paulo institui coeficiente de aproveitamento não oneroso único para todos os terrenos contidos na Zona Urbana do Município, igual a 1,0, excetuados os contidos nas Zonas Especiais e ressalvados alguns casos.

Segundo o projeto, o Executivo poderá outorgar, nas Zonas Adensáveis, de forma onerosa, autorização para construir área superior àquela permitida pelo coeficiente de aproveitamento único, não oneroso.

Isso significa que a autorização de que se trata poderá ser obtida, dentro do limite de estoque de área edificável estabelecido pela lei, em regra contra o pagamento de valor em dinheiro ao Município.

02 - A instituição da outorga onerosa em questão não discrepa daquela que equacionou, em conclusão, a Carta do Embu, de 11-12 de dezembro de 1976: "É constitucional exigir, na forma de lei municipal, como condição de criação de solo, que o interessado entregue ao Poder Público áreas proporcionais ao solo criado; quando impossível a oferta dessas áreas, por inexistentes ou por não atenderem às condições legais para tanto requeridas, e admissível sua substituição pelo equivalente econômico" ⁽¹⁾ (grifei).

A mesma Carta do Embu, aliás, explicitou que "admite-se que, assim como o loteador é obrigado a entregar ao Poder Público áreas destinadas ao sistema viário, equipamentos públicos e lazer, igualmente, o criador de solo deverá oferecer à coletividade as compensações necessárias ao reequilíbrio urbano reclamado pela criação do solo adicional" ⁽²⁾.

Há, assim, paralelo evidente entre a outorga onerosa postulada no projeto de lei do Plano Diretor de São Paulo e essas "compensações" que, nos termos da Carta do Embu, o criador de solo "deverá oferecer à coletividade".

03 - A entrega, pelo loteador à coletividade, de áreas destinadas a sistema de circulação, a implantação de equipamentos urbano e comunitário, bem como a espaços livres de uso público, instituída pela Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, é análoga à onerosidade da outorga em questão.

Assim, indagar do caráter jurídico dessa entrega compulsória é algo similar a indagar-se do caráter jurídico da onerosidade da outorga de que cogita o projeto de lei do Plano Diretor de São Paulo.

Dúvida não resta quanto à caracterização de tal entrega como uma condição para o exercício do direito de lotear, ou seja, um ônus desse exercício.

04 - O que ora importa questionar é, precisamente, o caráter da oneração que o projeto de lei do Plano Diretor de São Paulo visa a instituir. Demonstrado que se trata, no caso, de um ônus, afasta-se a argumentação, equivocada, nos termos da qual constituiria, aquela oneração, uma forma tributária. Estas são dotadas de caráter obrigacional. Logo, se de obrigação, no caso, não se tratar, porém de ônus, por evidente não se poderá, no caso, postular a existência de oneração tributária.

Dedico-me pois, nas linhas que seguem, valendo-me de exposição que desenvolvi em outra oportunidade⁽³⁾, a expor as distinções que apartam as figuras jurídicas da obrigação, do dever e do ônus.

05 - Os vocábulos obrigação, dever e ônus são termos de conceitos técnico-jurídicos. De conceitos absolutamente determinados. Por isso se impõe, sempre, o uso rigoroso desses vocábulos, quando expressão dos conceitos técnico-jurídicos em referência. Não obstante, porque tais vocábulos são ambíguos, inúmeras vezes, na doutrina, são usados de modo indevido, comprometendo-se, com isso, tanto o pensamento claro quanto a expressão lúcida.

Importa-nos, assim, a enunciação das significações que expressam tais vocábulos na linguagem jurídica, enquanto termos de conceitos técnico-jurídicos.

06 - O termo obrigação, como adverte Manuel A. Domingues de Andrade⁽⁴⁾, é usado, em sentido amplo, na linguagem jurídica, como sinônimo de dever jurídico, ou como incluindo também a noção de sujeição. Cumpre-nos, pois, inicialmente, discernir os sentidos que se designam sob tais vocábulos.

A sujeição na postulação de Carnelutti⁽⁵⁾, é a expressão subjetiva do comando jurídico, considerado no seu lado passivo, isto é, da parte de quem é comandado; significa necessidade de obedecer. Pelo lado ativo, o comando jurídico se realiza, enquanto expressão subjetiva, em poder. Está em situação

de sujeição, pois, quem quer que esteja colocado no lado passivo, em relação àquele ao qual o comando tenha atribuído um poder jurídico. Nela se situa, por exemplo, o mandatário, quando decida o mandante revogar a outorga expedida. O mandatário, em situação de sujeição, há de obedecer, suportando os efeitos da revogação.

Distinguindo a sujeição do dever, Carnelutti⁽⁶⁾ aponta que este é um vínculo imposto à vontade, ao passo que aquela significa impossibilidade de querer com eficácia.

O dever jurídico consubstancia precisamente uma vinculação ou limitação imposta à vontade de quem por ele alcançado. Definido como tal pelo ordenamento jurídico, o dever já de ser compulsoriamente cumprido, sob pena de sanção jurídica o seu não atendimento configura comportamento ilícito.

Aspecto fundamental, a aproximar a sujeição do dever porque comum à essência de ambos é o referido à circunstância de que tanto um quanto o outro são impostos em razão da tutela de interesses alheios aos dos sujeitos por eles alcançados. À consideração de tal aspecto adiante retornarei.

A obrigação tomado o vocábulo em sentido estrito supõe uma situação de dever, em que se coloca o devedor. Não obstante, é certo que o conceito de dever transcende o âmbito do direito das obrigações: há deveres jurídicos que não compreendem obrigação de nenhuma espécie. Assim, v.g., com relação ao dever, de todos, de abstenção da prática de condutas definidas como crimes⁽⁷⁾.

Neste sentido, estrito, a obrigação consubstancia um vínculo em razão do qual uma pessoa (devedor) deve à outra (credor) o cumprimento de uma carta prestação. A obrigação consubstancia um direito relativo, na medida em que o crédito que dela decorre apenas pode ser exigido, pela pessoa ou pluralidade de pessoas dele titular, contra a pessoa ou pluralidade de pessoas na situação de devedor. Aí a distinção fundamental entre obrigação e direito real: este pode ser exigido "erga omnes". De outra parte, diz-se também constituir, a obrigação, um direito pessoal, conquanto que, descumprido o dever de prestação, a sua execução forçada ou providência que a substitua só é exigível por iniciativa do credor; de toda sorte, é certo que o devedor tem, perante o credor, um dever sancionado pelo Direito.

Qualquer que seja a concepção monista ou dualista que se adote em relação à obrigação, há de ser ela entendida como modalidade específica de dever jurídico. Apenas, no segundo caso, da concepção dualista, ao lado da sub-relação de dever (Schuld), remanesce outra sub-relação (Haftung), de responsabilidade, que coloca o devedor em situação análoga à de sujeição.

Podemos, pois, ter que tal como no dever na obrigação, o cumprimento da prestação, pelo devedor, importa atendimento de interesse alheio, isto é, do

credor. O descumprimento da prestação, por outro lado, é juridicamente sancionado.

08 - Atribui-se a Brunetti a primeira teorização a respeito do *ônus*⁽¹⁰⁾. Inicialmente, em seu "Il delicto civile" (1906), a seguir em seu "Norme e regole finali nel diritto" (1913), Brunetti postula o entendimento de que nem todas as normas jurídicas têm caráter imperativo. Segundo ele, há uma categoria delas a das normas finais que disciplina de modo não imperativo a conduta humana⁽¹¹⁾. Segundo Bobbio, tais normas são precisamente os imperativos hipotéticos ou normas técnicas de Kant⁽¹²⁾. Ao seu descumprimento é conseqüente não a aplicação de uma sanção jurídica ao sujeito, mas o não alcance de um determinado fim pretendido pelo sujeito. No caso, a norma final, segundo Brunetti, estabelece o que ele denomina um dever livre, distinto do dever que resulta dos imperativos propriamente ditos.

A teorização de Brunetti, que leva à construção da noção *ônus*, foi abandonada, em parte em razão de ter sido inadequadamente estendida a hipóteses às quais não se pode amoldar, tais como a das relações de natureza obrigacional. É óbvio que, aí, não cabe qualquer alusão a dever livre ou *ônus*, visto como o sujeito que cumpre a prestação obrigacional não o faz para evitar as conseqüências do inadimplemento, mas age na conformidade de uma imposição normativa. Daí por que, aliás, a expressão dever livre é contraditória: a noção de dever supõe atuação no interesse alheio; por isso que o sujeito passivo do dever está por ele vinculado e dele não pode dispor, como se estivesse ele referido ao seu próprio interesse⁽¹³⁾.

É exato, porém, que Von Tuhr⁽¹⁴⁾ apontava o fato de a palavra dever ser usada sem grande precisão técnica, nos casos em que a lei condiciona a um ato a aquisição ou perda de um direito. E toma dos exemplos do "dever", que tem o lesionado, de evitar ou minimizar o dano e do "dever", que tem o credor, de denunciar seu crédito em caso de concurso de credores. A realização de tais atos, todavia argumentava Von Tuhr não é expressão do cumprimento de um dever, mas sim de incumbências (*Obliegenheiten*) que cabem ao sujeito. O cumprimento de tais "deveres" consubstancia gestão de um interesse pessoal, para que se evite a perda de um direito.

Este, precisamente, o ponto fundamental desde cuja colocação se torna possível a completa compreensão da noção de *ônus*.

09 - Foi Carnelutti, no entanto, quem de modo mais completo colocou as linhas acabadas da noção de *ônus*. Segundo ele, falamos de *ônus* quando o exercício de uma faculdade é definido como condição para a obtenção de uma certa vantagem; para tanto, o *ônus* é uma faculdade cujo exercício é necessário para a realização de um interesse⁽¹⁵⁾. E esclarece: dever e *ônus* têm em comum o elemento formal, consistente no vínculo à vontade, mais diverso o elemento

substancial, porque o vínculo é imposto, quando se trata de dever, no interesse alheio, e, tratando-se de ônus, para a tutela de um interesse próprio⁽¹⁶⁾.

O ônus, destarte, é um vínculo imposto à vontade do sujeito em razão do seu próprio interesse. Nisto se distingue do dever e da obrigação que substancia vínculo imposto àquela mesma vontade, porém no interesse de outrem. Por isso que o não-cumprimento do ônus não acarreta, para o sujeito, sanção jurídica, mas tão-somente uma certa desvantagem econômica: a não obtenção da vantagem, a não satisfação do interesse ou a não realização do direito pretendido. Já o não-cumprimento do dever ou da obrigação acarreta sanção jurídica para o sujeito. Neste último caso, o interesse a cuja tutela aproveita o cumprimento do dever é alheio à pessoa do sujeito a ele vinculado; no primeiro caso, o interesse a que respeita a vinculação pelo ônus é do próprio sujeito vinculado.

Define-se o ônus, assim, como o instrumento através do qual o ordenamento jurídico impõe ao sujeito um determinado comportamento, que deverá ser adotado se não pretender arcar com consequências que lhe serão prejudiciais⁽¹⁷⁾. Ou como um comportamento que o sujeito deve adotar para alcançar uma determinada vantagem, que consiste na aquisição ou na conservação de um direito⁽¹⁸⁾.

Carnelutti retorna à distinção entre dever e ônus ao colocar as noções de ato devido e ato necessário⁽¹⁹⁾: ato devido é aquele que o direito objetivo impõe na tutela de interesse alheio; ato necessário, o que o direito objetivo exige de quem quer conseguir um certo fim, correspondente ao seu próprio interesse. No primeiro caso, o dever; no segundo, o ônus.

⁽²⁰⁾ Dos ônus ou incumbências trata a doutrina alemã, sob a designação de "Obliegenheiten". A exposição de Karl Larenz⁽²⁰⁾, a propósito delas que passo a reproduzir é extremamente expressiva. As "Obliegenheiten", segundo ele, devem ser distinguidas dos deveres jurídicos, "Rechtspflichten". Àquelas correspondem condutas cujo cumprimento se verifica basicamente no interesse daqueles de quem foram elas exigidas. Podemos referi-las, segundo Reimer Schmidt, como deveres de menor intensidade ou, segundo "Enneccerus-Nipperdey", como encargos que podem ser exigidos de um sujeito jurídico também no interesse de outro, sem que este outro, contudo, possa impor à parte por eles vinculada o seu cumprimento. O característico é que o ordenamento jurídico, neste caso, deixa o sujeito livre de qualquer coação e também de qualquer dever de indenização, na hipótese de não-cumprimento da exigência, contentando-se, em vez disso, com sanções mais amenas. Essa sanção mais amena geralmente consiste na perda de uma melhor posição jurídica ou em outra desvantagem jurídica qualquer. Disso se deduz que há distinção entre o descumprimento da "Obliegenheit" e o descumprimento de um dever. O ordenamento jurídico não impõe o cumprimento da "Obliegenheit" como um dever, categoricamente, mas apenas hipoteticamente. Quando

a pessoa vinculada pela "Obliegenheit" deseja evitar a desvantagem, deve cumprir a prescrição que àquela corresponde; se não desejar cumpri-la, tem de se conformar com uma certa desvantagem jurídica, sem que ninguém possa porém censurá-lo por ter ele se conduzido contra a lei.

11 - Postas tais noções, podemos distinguir de um lado o dever e a obrigação como vínculo imposto à vontade do sujeito em razão da tutela de interesse alheio e cujo descumprimento compreende um ilícito, importando a aplicação de sanção jurídica; de outro o ônus, como vínculo imposto à vontade do sujeito como condição para a satisfação do seu próprio interesse e cujo descumprimento não importa a aplicação de sanção jurídica, mas tão-somente efeitos econômicos negativos²¹.

A lei que estabelece o ônus não impõe a adoção de uma conduta pelo sujeito a ele vinculado, isto é, não fixa dever de conduta. Por isso não é dever; não se confunde nem com o dever, nem com a obrigação. Ao sujeito por ele vinculado não se impõe a adoção da conduta definida pelo ônus; resta-lhe a opção de não cumpri-la, se para tanto desistir da obtenção ou conservação de direito. Pretendendo obtê-lo ou conservá-lo, todavia, há de necessariamente adotar aquela conduta, cujo cumprimento é condição para tal obtenção ou conservação.

Fábio Konder Comparato⁽²²⁾ exemplifica com a necessidade, no direito francês, de, no contrato de seguro, o segurado informar ao segurador, assim que tiver conhecimento do evento ou no mais tardar cinco dias após esse conhecimento, a ocorrência de qualquer sinistro objeto da garantia do seguro. E com o disposto no art. 1.134, 3, do CC Francês: "les conventions doivent être exécutées de bonne foi". Giuseppe Lumia⁽²³⁾, com as formalidades relativas ao casamento: ninguém tem a obrigação de casar-se, mas quem desejar contrair matrimônio válido há de suportar o ônus de cumprir todas as formalidades que a lei prevê para que se realize um matrimônio válido.

Visualizando hipóteses nas quais o objeto do ônus configura prestações de dar a caução para participação de licitação pública e o antigo depósito compulsório para viagem ao exterior temos que ninguém está juridicamente compelido a participar de tais licitações ou a viajar ao exterior. Se, porém, alguém pretender fazer uso de tais direitos, ficará sujeito mas tão-somente neste caso ao pagamento da caução ou do depósito. Em ambas as hipóteses estamos diante de ônus que compreendem prestação de dar. O seu cumprimento respeita à satisfação não de interesse alheio, mas dos próprios sujeitos vinculados pelo ônus. O não-cumprimento do ônus não consubstancia ilícito e, portanto, não importa a aplicação de sanções jurídicas àqueles sujeitos. O único efeito decorrente daquele não-cumprimento se expressa em termos de desvantagem decorrente da impossibilidade de participação na licitação e da viagem ao exterior. Os sujeitos em questão, vinculados por ônus, nem por isso

estão compelidos ao pagamento da prestação de dar (a) e à participação em licitação ou à viagem ao exterior (b).

Insisto em que inteiramente diversas destas são as situações em que se colocam sujeitos vinculados por dever (dever legal) ou por obrigação (dever obrigacional). Toda a gente está judicialmente compelida a não turbar a propriedade alheia – aí um dever. Quem quer que contrate com outrem, estando na situação de devedor, está juridicamente compelido a cumprir o objeto da obrigação; quem quer que desenvolva atividade econômica sujeita a tributação está juridicamente compelido a pagar imposto, a partir da formalização do lançamento, conseqüente à verificação do fato gerador aqui, nestes dois últimos casos, a obrigação, contratual e tributária. O mesmo, também, ocorre na hipótese de obrigação tributária que tenha por objeto o pagamento de taxa. Nela, o sujeito deve usar um determinado serviço público mesmo porque os remunerados por taxa são serviços compulsórios ou desenvolve atividade sujeita ao poder de polícia. Caracterizado aquele uso ou o exercício de tal atividade, surge a obrigação de pagamento da taxa. Os sujeitos em questão, em todas essas hipóteses, vinculados por dever ou obrigação, estão juridicamente compelidos ao cumprimento de seus respectivos objetos.

12 - Sopesadas as observações acima alinhadas, poderemos referir o ônus como vínculo que a lei impõe à vontade do sujeito como condição ou conservação, pelo próprio sujeito, de um interesse seu; neste sentido, na dicção de Von Tuhr⁽²⁴⁾, o ônus é expressão da gestão de interesse pessoal; o sujeito vinculado pelo ônus não está juridicamente compelido a cumprir o seu objeto, tal como ocorre no dever e na obrigação; o seu não-cumprimento não implica imposição de sanção jurídica ao sujeito vinculado pelo ônus que não, exclusivamente, a atinente à não obtenção ou não conservação de um direito.

13 - O conjunto das considerações até este ponto desenvolvidas permite a verificação de que a outorga onerosa instituída pelo projeto de lei do Plano Diretor de São Paulo configura um vínculo imposto à vontade do proprietário de imóvel, em razão do seu próprio interesse (interesse em construir além do coeficiente único não oneroso de aproveitamento). O não-cumprimento do ônus obtenção, onerosa, da outorga não acarreta, para o proprietário do imóvel, sanção jurídica, mas tão-somente a desvantagem de não construir além daquele coeficiente. O interesse a que respeita a vinculação pelo ônus é do próprio sujeito vinculado, o proprietário do imóvel. O ônus, no caso, corresponde a um comportamento obtenção da outorga onerosa que o sujeito (proprietário de imóvel) deve adotar para alcançar vantagem que consiste na possibilidade de construir além do coeficiente.

Se o proprietário de imóvel não desejar cumprir a obtenção onerosa de que se trata, conformando-se com a desvantagem jurídica de não poder construir além do coeficiente em questão, nem por isso poderá ser censurado por se ter conduzido contra a lei.

Trata-se indubitavelmente, no caso, de um ônus, vínculo imposto à vontade do proprietário do imóvel como condição para a satisfação do seu próprio interesse e cujo descumprimento não importa a aplicação de sanção jurídica, mas tão-somente efeitos econômicos negativos. Não há, pois, como confundir a obtenção da outorga onerosa de que se cuida com qualquer figura a que corresponda obrigação tributária.

NOTAS:

01. Carta do Embu, in O solo criado/Carta do Embu, Fundação Prefeito Faria Lima, São Paulo, 1977, pág. 170.
02. ob. cit., pág. 169.
03. Direito, conceitos e normas jurídicas, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1988, págs. 114 e ss.
04. Teoria Geral das Obrigações, 3ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1966, p.1.
05. Sistema di Diritto Processuale Vivile, v.I, Cedam, Padova, 1936, p. 51.
06. Ob. e loc. cits.
07. Neste sentido Andreas von Tuhr, Tratado de las Obligaciones, trad. de W. Roces, t. I, Editorial Reus S/A, Madred. 1934, p.5. No exame do pensamento de von Tuhr, vali-me também de seu Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligation Rechts, na tradução francesa de Maurice de Torrenté e Emile Thilo (Partie Générale du Code Fédéral des Obligations, v.I, 2ª éd. Imprimerie Centrale S/A, Lausanne, 1933).
08. Cf./ Manuel A., Domingues de Andrade, oba. cit., p.5.
09. Idem, ibidem. Manuel A. Domingues de Andrade refere ainda outras classes de relações jurídicas: a dos direitos de personalidade, a dos direitos sobre bens imateriais e a dos direitos corporativos, que se integra na teoria das pessoas coletivas ou na das sociedade (obrigações).
10. Cf Oberdan Tommaso Socozzafava, "Onere (nozione)", in Enciclopedia del Diritto, Giuffrè Editore, v. XXX, pp. 100/10.
11. Vide, a propósito, Oberdan Tommaso Scozzafava, ob. cit., p. 101; Norberto Bobbio, Teoria della Norma Giuridica, G. Giappichelli, Torino, 1958 pp. 160/164; Gian Antonio Micheli, L'onere della prova, Cedam, Padova, 1966, pp. 63/65.
12. Ob. cit., p. 160.
13. Uma crítica mais incisiva à postulação de Brunetti, em torno do dever livre, é desenvolvida por Bobbio, ob. cit., pp. 163/164.
14. Tratado de las Obligaciones, cit., pp. 4/5 e Partie Générale du Code Fédéral des Obligations, cit., pp. 9/10.
15. Ob. cit., p. 55.
16. Idem, ibidem.
17. Cf. Oberdan Tommaso Scozzafava, ob. cit., p. 109.
18. Cf. Giuseppe de Stefano, "Onere (dir. proc. civ.)", in Enciclopedia del Diritto, Giuffrè Editore, v. XXX, p. 65. Vide também, a propósito da noção de ônus, além da exposição de Manel A. Domingues de Andrade, ob. cit.,

- p. 35, Haluk Tandogan, *Notions Prèliminaires a la Theorie Générale des Obligations*, Librairie de L'Université --- Georg & Cie. S/A, Genève, 1972, pp. 28/29.
19. Ob. cit., v. II, 1938, pp. 73 e 84.
 20. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Verlag C.H. Beck, München, 1967, p. 223/224.
 21. Vide Thomas-Ramon Fernandez, *Curso de Derecho Administrativo*, (c/ Eduardo Garcia de Enterría), v. II, E. Civitas S/A, Madrid, 1981, p.29.
 22. *Essai d'Analyse Dualiste de l'Obligation en Droit Privé*, Librairie Dalloz, Paris, 1964, p.36.
 23. *Princípios de teoría e Ideología del Derecho*, trad. de Alfonso Ruiz Miguel, Editorial Debate, Madrid, 1982, p. 101.
 24. *Tratado de las Obligaciones*, cit, p.5 e *Partie Générale du Code Fédéral des Obligations*, cit., p.9.