



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

PGM/Coordenadoria Geral do Consultivo

Viaduto do Chá, 15, - Bairro Centro - São Paulo/SP - CEP 01020-900

Telefone:

Parecer PGM/CGC Nº 030848931

EMENTA Nº 12.283

Recebimento de doação com transferência do direito de construir. Critérios para a decisão discricionária a respeito (art. 126, § 1º, da Lei n. 16.050/14). Aspectos jurídicos subjacentes.

INTERESSADO: Oregon Investimentos Imobiliários Ltda.

ASSUNTO: Desapropriação amigável com transferência de potencial construtivo.

Informação n. 666/2021 - PGM-AJC

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

COORDENADORIA GERAL DO CONSULTIVO

Senhor Coordenador Geral

Ao relatório anterior (doc. 027366075) cabe acrescentar que o presente foi restituído a SMDU, para análise das questões de mérito envolvidas antes de eventual lavratura da escritura de doação (doc. 027366403).

DEUSO apresentou dados relativos às transferências, inclusive os valores de comercialização de potencial construtivo (doc. 028367163). Ponderou, contudo, que o eventual deságio na venda do potencial do construtivo não deveria ser considerado como justificativa de economicidade para recebimento do imóvel em doação, pois, independentemente do valor de comercialização, o Município deixaria de receber a outorga onerosa decorrente da área transferível (doc. 028367307). Depois, provocada por SMDU-AJ, a Coordenadoria esclareceu que a transferência do direito de construir é utilizada para a aquisição de potencial construtivo acima do coeficiente básico, constituindo, nesses termos, um concorrente da outorga onerosa do direito de construir. Os valores de comercialização dos direitos de construir transferidos são inferiores àqueles referentes à aquisição do mesmo potencial por meio de outorga onerosa, mas não há um percentual de desconto estabelecido, uma vez que se trata de negociação entre particulares (doc. 028422357).

SMDU-AJ formulou alentada e embasada consulta a ser encaminhada a esta Coordenadoria, na forma dos seguintes quesitos: a) a elaboração do laudo de avaliação relativo ao bem doado é competência da Administração Pública ou pode ser exigida a sua apresentação pelo interessado na TDC? b) necessária a edição de norma regulamentar a respeito? c) caso se entenda ser uma atribuição da Administração municipal, qual seria o órgão competente para a elaboração do laudo de avaliação? d)

são adequados ao exame da economicidade da TDC os critérios propostos (adequação do valor do potencial passível de transferência e o valor do bem imóvel; adequação do valor do potencial passível de transferência, com deságio de negociação, e o valor do bem imóvel; adequação do valor do potencial passível de transferência e o valor do bem imóvel, acrescido de outras obrigações; adequação do valor do potencial passível de transferência e o valor do bem imóvel, acrescido dos custos de desapropriação; adequação do valor do potencial passível de transferência, considerado o incentivo dado à TDC, e o valor do bem imóvel)? e) há outros critérios que devem considerados em tal exame? f) é possível a negociação com o interessado das condições do negócio? g) em sendo possível a negociação com o interessado, além da impossibilidade de o benefício assegurado ao interessado ser superior àquele definido a partir do exame da economicidade da TDC, há alguma outra condição que deve ser observada? h) caso se entenda possível a negociação com o interessado, há alguma forma específica para sua realização? i) é possível a definição, pela Administração municipal, do potencial construtivo a ser destinado à TDC em casos de doação e desapropriação amigável, e a realização de chamamentos públicos para apresentação de propostas pelos interessados? j) é necessária a edição de norma regulamentar a respeito de tais chamamentos? (doc. 028437258).

A consulta foi encaminhada pelo Gabinete de SMDU ao da PGM (doc. 028438112), o qual, por sua vez, remeteu o expediente a esta Coordenadoria (doc. 028438112).

É o breve relatório.

Ao aprofundar a análise da temática das doações e desapropriações associadas à transferência do direito de construir, a consulta formulada exige, de certo modo, a consolidação de outras manifestações desta Coordenadoria a respeito do assunto. Assim, cabe lembrar, em primeiro lugar, as observações feitas por ocasião da elaboração do Decreto n. 58.289/18. Naquela ocasião, assim se fez constar:

“Não há fundamento, no mais, para afirmar que a conveniência e o interesse público dependem unicamente da utilidade do bem para os fins setoriais indicados. Com efeito, sabe-se que a transferência do direito de construir coloca no mercado um potencial construtivo que poderá ser imediatamente utilizado por empreendedores, os quais, ao fazê-lo, deixam de adquirir os mesmos direitos por meio da outorga onerosa do direito de construir, fazendo diminuir a arrecadação municipal com a comercialização de tais direitos. Isso significa que os fins atendidos com a transferência do direito de construir concorrem com as possíveis realizações municipais que ocorrem por meio do Fundo Municipal de Desenvolvimento Urbano - FUNDURB, ao qual são destinados os recursos da outorga onerosa do direito de construir.

Em outras palavras: a cada imóvel recebido em doação com transferência de direito de construir, diminuem os futuros ingressos no FUNDURB, reduzindo o montante disponível para o financiamento dos programas que dele dependem. Há, portanto, uma escolha entre o imóvel e os programas do FUNDURB. Essa escolha é feita justamente no momento em que se decide formalizar ou não uma doação que propicie ao proprietário a transferência do direito de construir.

Vale observar, ademais, que o interesse setorial em um determinado imóvel não significa que ele tenha um caráter imediato. Receber o bem em doação não significa, por exemplo, que um determinado parque será imediatamente implantado. A deliberação discricionária a respeito da doação tende a envolver, pois, a análise quanto à utilidade premente do bem, comparada a outros programas que possam vir a ser atendidos pelo FUNDURB.

Seria preciso até mesmo considerar, tendo em vista o enorme rol de bens que podem interessar às respectivas ações setoriais, se não haveria a possibilidade de que o recebimento de muitas áreas em doação viesse a saturar o mercado de potencial construtivo, inviabilizando não somente a receita de outorga onerosa, mas o próprio recebimento de outras áreas em doação, talvez mais prioritárias, tendo em vista a diminuição do valor de mercado de tal potencial, em virtude do excesso de oferta verificado.

Além disso, a opção discricionária deve considerar os valores envolvidos. De fato, como é sabido, a doação não constitui o único expediente para que a Municipalidade obtenha os imóveis que lhe interessam. Sempre é possível que o Poder Público se valha do instituto da desapropriação, com os ônus correspondentes. Não parece possível, assim, que a opção pela doação seja feita apenas com base no atendimento à finalidade setorial, uma vez que não se pode descartar a hipótese de que a obtenção do bem por desapropriação seja economicamente mais vantajosa do que a privação de recursos indiretamente gerada ao FUNDURB, em virtude da referida concorrência feita pela transferência do direito de construir em relação à arrecadação de outorga onerosa.

Vale observar, a propósito, que a consideração do valor de avaliação está prevista para os imóveis com decreto expropriatório (art. 9º), não havendo motivo para que tal aspecto não seja aferido nos casos em geral. A análise quanto a tal valor poderia, em tese, até mesmo considerar aspectos como a celeridade e utilidade imediata da área no caso da doação, em confronto com o prazo geralmente necessário à obtenção da imissão da posse em um processo expropriatório. O que não parece possível, contudo, é abrir mão de alguma análise a respeito, porquanto o interesse setorial envolvido não define o instrumento que deve ser utilizado para a obtenção do bem.

Observe-se que, no caso da transferência de direito de construir sem doação, sobretudo no caso dos imóveis tombados, seria possível, de certo modo, sustentar que já não há como discutir a conveniência e oportunidade de onerar o bem particular. Tal decisão se encontra tomada, em tal exemplo, por força do tombamento. No caso da doação, não há como deixar de identificar uma decisão discricionária quanto ao recebimento do bem. Daí a correta previsão do Plano Diretor Estratégico no sentido de uma avaliação quanto à conveniência e ao interesse público no recebimento da área (art. 126, § 1º).

A proposta em exame parece restringir indevida e excessivamente o escopo de tal análise, limitando-o a um dos aspectos que podem ser considerados para a deliberação quanto à doação, que diz respeito à utilidade do bem. Ao afastar as demais análises, a proposta não pode ser considerada correspondente com o texto do Plano Diretor Estratégico, incorrendo em ilegalidade, dada a indevida limitação da deliberação discricionária” (Ementa n. 11.863 –PGM-AJC).

Prestigiando essas colocações, referido decreto foi expedido com menção à necessidade de que SMDU, em conjunto com SIURB, SEHAB e SVMA, apresente documento que contenha a avaliação final acerca da conveniência, economicidade e interesse público no recebimento da doação (art. 5º, § 2º).

Em momento subsequente, esta Coordenadoria voltou a manifestar-se quanto ao conteúdo dessa avaliação. Assim se consignou:

“Não se exige, é claro, que, em caso de indenização mediante a transferência de potencial construtivo, a diminuição dos ingressos futuros no FUNDURB seja sempre inferior à avaliação do bem. O que importa é que a opção esteja devidamente justificada, podendo a motivação incluir não somente a premente utilidade do bem, mas o próprio risco de uma avaliação judicial superior àquela apurada pela Administração. (...)

No mais, a análise de tais questões parece indispensável para prevenir os agentes públicos responsáveis pelo ato em relação a questionamentos advindos das instâncias de controle, que tendem a exigir as justificativas pertinentes para o ajuste entabulado, especialmente no tocante à sua vantajosidade para o erário.

Portanto, pelos motivos cima apontados, ainda que não haja disposição regulamentar expressa, é preciso que haja uma avaliação quanto às vantagens que a Municipalidade teria ao desapropriar o bem mediante transferência de direito de construir, tendo em vista a avaliação do bem oferecido em doação e a estimativa de diminuição de receitas do FUNDURB em razão dessa possível desapropriação amigável. Sem que se proceda a tal avaliação, não é possível afirmar que tenha havido análise da conveniência e do interesse público na proposta, inviabilizando a

tomada de decisão a respeito que observe as exigências do Plano Diretor Estratégico” (Ementa n. 11.984 – PGM-AJC).

A consulta ora em análise volta às questões relativas ao conteúdo da referida avaliação final de conveniência, economicidade e interesse público no recebimento da doação, a qual resultaria, assim, de uma decisão discricionária por parte do Município.

De fato, há poucos elementos normativos expressos para solucionar as questões apresentadas. O decreto apenas exige a existência de uma avaliação, capitaneada por SMDU, mas não estabelece expressamente nenhuma exigência específica. Conforme estabelecido no Plano Diretor, há uma decisão discricionária a ser tomada; tal decisão deve ser instruída nos termos do regulamento, por meio da referida avaliação. Pouco há, contudo, do ponto de vista jurídico, quanto a outros aspectos formais ou substanciais que devam ser atendidos por essa avaliação.

Apenas alguns aspectos podem ser extraídos dos termos do regime jurídico aplicável. Assim é que, na linha do segundo parecer acima transcrito, é preciso que essa avaliação seja efetivamente uma avaliação, e não uma declaração vazia. Por isso, ela deve estar minimamente lastreada em estudos técnicos, até mesmo para evitar questionamentos quanto à conduta dos agentes públicos envolvidos, que assumem a responsabilidade por tal avaliação discricionária.

No âmbito desses estudos, certamente cabe ressaltar a questão da economicidade, expressamente referida pelo regulamento, que envolve alguma espécie de avaliação dos bens envolvidos. Não há previsão, contudo, de uma forma específica para essa avaliação. Por isso, não seria possível afirmar que uma avaliação feita por um terceiro, devidamente habilitado, seria ilegal em si. Por outro lado, se a autoridade pretendesse fundamentar a análise em um estudo feito por órgão municipal, seria apropriado que ele fosse solicitado a CGPATRI, nos casos de doação, ou a DESAP, nos casos de desapropriação com indenização em transferência do direito de construir.

Isso decorre, é certo, não somente da ausência de normas específicas, mas da previsão regulamentar de que as autoridades municipais, lideradas por SMDU, devem produzir tal avaliação. De tal previsão é possível deduzir a legitimidade da utilização dos meios necessários para tanto, inclusive daqueles que eventualmente estejam disponíveis no âmbito da Administração, os quais podem vir a ser solicitados por referidas autoridades, observadas as esferas de atuação dos órgãos envolvidos.

É evidente que uma solução ainda mais precisa poderia advir da eventual alteração do regulamento, a fim de prever especificamente a origem do referido laudo de avaliação. No entanto, na ausência de uma previsão a respeito, não parece aceitável que as autoridades deixem de providenciar tal avaliação, usando os meios disponíveis e justificando as opções adotadas.

Quanto aos critérios para aferição da economicidade para a decisão discricionária, algumas ponderações também podem ser feitas a partir de uma perspectiva jurídica.

Ao contrário do que afirma SMDU-AJ, não parece que o instituto da transferência do direito de construir tenha, em si, um caráter de negócio jurídico bilateral sinalagmático. A definição do Estatuto da Cidade, aliás, não prevê algo nesse sentido, mas uma espécie de cisão do bem para fins de aproveitamento. Uma parte, correspondente ao imóvel em si, poderia ser doada para as finalidades ali indicadas, ao passo que a outra parte, relativa ao potencial construtivo do imóvel, seria mantida na titularidade do proprietário, podendo ele utilizar diretamente tal potencial, em outro terreno, ou repassá-lo a terceiros.

Em princípio, no desenho abstrato da lei, decorrente das discussões, em âmbito nacional, que remontam à década de 1970, todo imóvel pode, em tese, ser atingido por medidas de sacrifício ou condicionamento urbanístico que, sem retirar seu potencial construtivo, interditam sua utilização^[1]. Seria o caso, por exemplo, de um bem protegido por motivos histórico-culturais ou ambientais. Diante da dificuldade de aproveitar esse potencial no lote, passou-se a permitir que ele fosse utilizado em outro imóvel, oferecendo-se ao proprietário, assim, uma forma de gozar os direitos decorrentes do

domínio de uma forma que não exigisse a exploração daquele mesmo terreno[2]. Trata-se de uma estrutura pautada pela noção de proporcionalidade: de fato, para alcançar os fins pretendidos – por exemplo, de preservação –, não há necessidade de retirar do proprietário o potencial construtivo referente ao bem, bastando considerá-lo em separado da propriedade do imóvel, o que implica a possibilidade de que seja utilizado outro local[3].

Segundo essa concepção, o proprietário, nas hipóteses de doação, limita-se a preservar seus direitos precedentes sobre o potencial construtivo. Ao transferi-lo para outro terreno, fica desonerado de adquirir potencial construtivo para ali construir acima do aproveitamento básico; o terreno em si, contudo, é transferido gratuitamente ao Município. Em relação a este, portanto, trata-se realmente de uma doação, estando presente o atributo da liberalidade[4]; em relação ao potencial, nada se altera, exceto a flexibilização quanto à forma de exercício de tal direito. O Município, nesse modelo, teria apenas o papel de autorizar a transferência e efetuar sua escrituração ou controle[5].

Fosse esse o contexto da doação com transferência de potencial construtivo em âmbito municipal, embora afastada a possibilidade de impor ao Município a aceitação do negócio[6], seria mais restrito o âmbito de possíveis questionamentos quanto à economicidade relativa ao recebimento da doação, pois exatamente o mesmo direito de construir seria exercido no imóvel receptor. Naturalmente, seria necessário ajustar o potencial construtivo caso ele fosse transferido para um lote situado em região distinta, situação em que provavelmente os valores de terreno seriam diversos. Esse ajuste seria feito por meio de uma fórmula de equivalência – por exemplo, o valor venal para fins de ITBI ou o valor de referência para outorga onerosa do direito de construir[7]. O valor do potencial em si, contudo, não seria alterado. Sendo o potencial construtivo apenas uma parcela dos direitos totais originalmente abarcados pela propriedade do bem, seria improvável que a doação com transferência de potencial construtivo gerasse um proveito econômico, em favor do doador, maior que o próprio valor do bem. Por isso, é usual falar em uma *compensação* em favor do proprietário, e não no pagamento de algo que se assemelhe a um *preço*[8].

No entanto, não é essa a situação que se coloca na regulação paulistana atual. No regime estabelecido pela Lei n. 16.050/14, o potencial construtivo a ser transferido é modificado por um fator de incentivo em caso de doação de áreas para as finalidades ali estipuladas (art. 127, § 1º). No caso das áreas doadas para instalação de parques, por exemplo, o fator é de 1,4. Na hipótese de melhoramentos viários para implantação de corredores de ônibus, o fator é de 2. Já para a realização de programas de construção de Habitação de Interesse Social, é estabelecido o fator 1,9. Apenas no caso de programas de regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda, o fator é inferior a 1, sendo estabelecido em 0,8. Apenas por isso, o potencial a ser utilizado em outro terreno não é exatamente o potencial original, mas um potencial majorado ou reduzido, conforme o caso, segundo esse fator.

Além disso, o cálculo do potencial efetivo a ser utilizado no terreno receptor, a partir da sucessiva aplicação das fórmulas para declaração e transferência do potencial construtivo, acaba sendo calculado por meio da multiplicação e divisão da área do terreno doado pelo seu coeficiente de aproveitamento máximo (CA_{máx} e CA_{maxcd}, referidos nas fórmulas estabelecidas nas cabeças dos artigos 127 e 128 da referida lei).

A utilização do coeficiente de aproveitamento máximo para fins de transferência não se sustenta, por si, na sistemática do Estatuto da Cidade e do próprio Plano Diretor, pois é apenas o potencial básico, e não o máximo, que pertence ao proprietário do terreno – o potencial adicional é da titularidade do Município, conforme reconhecido no art. 116, *caput*, da lei municipal – e que assim poderia ser objeto de utilização em outro imóvel[9]. Não obstante, isso não traz consequências práticas relevantes em si, uma vez que o potencial efetivamente transferido decorre da multiplicação e divisão da área do terreno por um mesmo coeficiente. Fosse referido o potencial básico, o resultado seria o mesmo: o potencial transferido corresponderia à área do lote doado, ajustada segundo o valor da outorga onerosa da região e modificado pelo fator de incentivo.

Isso produz um efeito significativo, contudo, nos casos em que o coeficiente de aproveitamento básico é inferior a 1, pois a transferência de direito de construir acaba possibilitando o repasse, para outro lote, de potencial equivalente à área do terreno, embora potencial construtivo básico nesse terreno seja inferior a isso. É o que ocorre nas áreas de ZEPAM, em que o coeficiente básico – coincidente com o máximo – é igual a 0,1. Nesses casos, havendo doação com transferência de potencial construtivo, esse potencial efetivamente transferido, equivalente à área do lote, acaba sendo dez vezes maior que o original.

Nesse contexto de sobrepostos incentivos, surge, de fato, a possibilidade de que o potencial transferido valha mais que o próprio bem. Na verdade, em muitos casos, não se transfere o mesmo potencial, mas um potencial significativamente majorado, que poderia ser denominado, na feliz terminologia adotada pela antiga Lei n. 13.885/04, *potencial construtivo virtual* (art. 2º, XXXIV, “f”). De fato, nos casos de bens enquadrados como ZEPAM para a implantação de parques, o potencial transferido seria de 14 vezes o potencial real, de modo que o potencial virtual, decorrente do incentivo, equivaleria a 13 vezes a área do lote.

Diante disso, pode-se compreender a disposição do Plano Diretor Estratégico segundo a qual a transferência deve ser resultado de uma decisão de mérito, ou seja, discricionária, que justifique o interesse público na medida (art. 126, § 1º, da Lei n. 16.050/14). A análise da economicidade da transferência, que integra a avaliação do interesse público exigida pelo Plano Diretor Estratégico, deve ser vista, assim, a partir da combinação entre os dispositivos, ambos aplicáveis ao caso, como um limite prático para tais incentivos. O incentivo permite majorar o potencial construtivo, aumentando o interesse do proprietário pela doação, mas não a ponto de impor ao Município que faça um pior negócio ao aceitar essa doação, em vez de expropriar o bem. Se os incentivos dados pela legislação urbanística foram excessivos, não será o caso de recebimento de doação, mas de desapropriação.

Feita essa contextualização, parece possível enfrentar a questão da adequação dos critérios propostos por SMDU-AJ. Em primeiro lugar, as observações acima apresentadas afastam a necessidade de uma adequação recíproca de valores; na verdade, a aferição dos valores deve ser feita apenas da perspectiva da Municipalidade, para o fim de evitar que esta receba em doação o bem numa situação em que a transferência de direito de construir acaba por ser menos vantajosa que a aquisição onerosa do bem. Trata-se de um limite que decorre da necessidade de preservar o interesse público e que não impede que o particular, pela liberalidade que caracteriza esse contrato, faça uma doação ao Município em que o potencial transferido tenha valor de mercado inferior ao do próprio bem.

Não se trata, ressalte-se, de amputar as qualidades da transferência como instrumento urbanístico. Na verdade, como se observou, a sistemática do Estatuto não prevê a obrigatoriedade dos incentivos e nem por isso o instituto é considerado, *a priori*, inútil[10]. Com efeito, há inúmeras situações em que a liquidez ou a efetiva possibilidade de aproveitamento de um bem são afetadas, ou mesmo em que os custos de manutenção do bem se tornam inviáveis, podendo o proprietário ter interesse em, ao menos, manter para si o potencial construtivo do imóvel[11].

Em função disso, parece de certa forma excluída a necessidade de considerar o valor do deságio em eventual negociação do potencial construtivo para garantir a atratividade do negócio, pois não cabe ao Município garantir que o instrumento seja efetivamente interessante para o particular em todas as situações, nem se pode afastar, no caso, o atributo da liberalidade, por se tratar de uma doação.

De todo modo, sob a perspectiva estrita do limite aplicável ao Município, caberia considerar o fato de que o valor do potencial construtivo, vendido a mercado, alcançaria um retorno inferior ao de sua avaliação, feita apenas segundo os critérios de contraprestação para a outorga onerosa do direito de construir. Daí a questão relativa à possibilidade de que essa avaliação passe a levar em conta o deságio praticado no mercado nesse tipo de negociação.

No entanto, parece tormentoso analisar o assunto sob essa perspectiva. Na verdade, o deságio não

decorre apenas da natureza do bem, pois está relacionado a contingências que envolvem não somente aspectos de liquidez – que também se verificariam em relação ao imóvel doado caso fosse oferecido no mercado para venda –, mas a própria situação financeira do alienante. Não há como afirmar que esse desconto, para fins de venda, em relação ao valor de avaliação, decorra exatamente da natureza do potencial construtivo, e não de quaisquer outros fatores.

Ademais, grande parte do deságio decorre dos custos de transação, que simplesmente não existem no caso da venda de potencial construtivo adicional por meio da outorga onerosa do direito de construir. Não haveria sentido que a Municipalidade remunerasse, de alguma forma, esses custos, se ela tem condições de eliminá-los por completo.

Por outro lado, não se impõe ao doador essa transferência a terceiros. O titular dos direitos pode, ele próprio, utilizar o potencial construtivo em outro terreno, sem que seus direitos sofram deságio algum. É certo que a obtenção do potencial construtivo não implica a possibilidade de sua imediata utilização, uma vez que seria necessário, para tanto, percorrer o rito de desenvolvimento e aprovação de um projeto. No entanto, parece muito difícil avaliar o custo decorrente do “carregamento” desses direitos durante esse período; na verdade, esse custo só pode ser efetivamente medido pelo particular, que o suporta.

Não parece possível afirmar, ademais, a necessidade de considerar os incentivos da lei como uma autorização para uma transferência de potencial que seja em certa medida mais onerosa para o Município que a aquisição onerosa do bem. A sistemática de incentivos, na ausência de uma norma geral federal a respeito, carece de um método claro que indique até que ponto se pretende efetivamente optar por uma renúncia financeira, como ocorre no caso dos incentivos fiscais. Na ausência de uma definição clara a esse respeito, e consideradas as previsões de que o potencial adicional é um bem público municipal (art. 116, *caput*, da Lei n. 16.050/14) e de que a doação com transferência do direito de construir deve atender ao interesse público (art. 126, § 1º, da mesma lei), não há como concluir que haveria uma faixa de incentivo em que o Município poderia deixar de fazer o melhor negócio com o objetivo de incentivar um determinado comportamento.

Na verdade, como visto, os fatores de incentivo devem ser compreendidos como mecanismos para que a doação com transferência de direito de construir seja em certa medida mais atrativa ao possível doador, mas não um fundamento para que a doação seja para ele um negócio melhor do que seria a venda do bem à Municipalidade. Em tese, um instrumento desse tipo poderia ser imprescindível se não houvesse a possibilidade de recurso à desapropriação. Contudo, sendo possível retirar compulsoriamente o bem do patrimônio privado, é preciso avaliar a conveniência e oportunidade de sua aquisição por meio da alternativa de doação com transferência de potencial construtivo.

Se o potencial transferível tiver um valor econômico significativamente maior que o do próprio bem a ser doado, parece aceitável que se acrescentem outras benfeitorias no bem, que possam fazer aumentar-lhe o valor. Estando demonstrado que o Município não faz um mau negócio e que o acréscimo diz respeito, de algum modo, ao próprio bem a ser doado, não parece haver motivo para deixar de utilizar a transferência do direito de construir, ressalvada a impossibilidade de que esses casos sejam processados como desapropriações, conforme apontado em parecer anterior desta Assessoria neste mesmo expediente.

De outra parte, levar em conta os custos ou riscos da desapropriação – ponto mencionado ligeiramente em manifestação anterior desta Coordenadoria, e que cabe agora aprofundar – constitui uma opção a ser analisada com cautela. De fato, não há motivo para entender que o recebimento de doação com transferência de potencial construtivo tenha peculiaridades que recomendem reconhecer-lhe vantagens que nunca foram reconhecidas às desapropriações amigáveis [\[12\]](#). Pode parecer útil ao Município evitar os custos de um processo de desapropriação, mas isso não justificaria que a parcela referente a esses custos fosse simplesmente apropriada pelo particular, que receberia pelo bem, nessa hipótese, um valor superior ao da avaliação.

Também deve ser considerada com cautela a questão do risco de uma avaliação desfavorável numa hipotética desapropriação. É de se pressupor que a atuação de DESAP já ocorra de modo a administrar esse risco, em favor da Municipalidade, da forma mais eficiente possível. Por outro lado, é normal que a Municipalidade, como grande ligante que é, enfrente esses riscos pela média dos inúmeros casos levados a juízo – dessa sorte, não há necessidade de evitar um revés nesta ou naquela ação, pois ele será compensado pelo êxito em outras demandas.

Na verdade, as possíveis vantagens decorrentes da doação com transferência de potencial construtivo devem ser identificadas a partir daquilo que é típico deste instituto, que é o fato de o bem ser imediatamente incorporado ao patrimônio municipal em função de uma possibilidade futura de utilização do direito de construir, e não por meio do cumprimento de um ciclo financeiro completo, que envolveria a arrecadação dos recursos, a operação orçamentária e o desembolso presente de recursos em pecúnia.

Para o Município, a obtenção do bem por doação com transferência de direito de construir implica uma antecipação de receitas, na forma de bem imóvel, pois, caso se pretendesse realmente efetuar a desapropriação do terreno, no momento presente, com recursos do FUNDURB, seria preciso retirar recursos de outro investimento, esperando-se que, no futuro, outros empreendimentos viessem a adquirir potencial construtivo, recompondo, assim, o caixa do fundo[13].

Cabe às autoridades responsáveis pela análise da economicidade da doação com transferência do direito de construir avaliar seria a depreciação admissível pelo fato de o ônus financeiro pela obtenção do bem ser suportado em potencial construtivo, e não em pecúnia. Isso certamente poderia ter sido regulado em lei, até mesmo com a adoção de um parâmetro objetivo a respeito. No entanto, da falta de uma previsão legal a respeito apenas se pode extrair que esse aspecto *também integra a esfera de apreciação discricionária*. De fato, não havendo um parâmetro previsto em lei, compete às autoridades municipais, ao efetuar a referida declaração relativa à avaliação da economicidade do ato, apontar que a doação implicaria antecipação de receitas, demonstrando fundamentadamente que, nessa medida, seria aceitável alguma depreciação na comparação com o valor de avaliação o potencial construtivo transferido.

Trata-se, é claro, de um fundamento relevante, relacionado à disponibilização mais breve possível de equipamentos e serviços públicos à população, aspecto que certamente compõe o cenário de uma decisão política a respeito, que permita auferir, em favor da coletividade, os benefícios almejados com a própria existência do instituto urbanístico. No entanto, não é possível avançar mais, na presente análise, limitada a aspectos jurídico-formais, em relação à fundamentação dessa avaliação discricionária, que cabe tão somente aos agentes políticos municipais.

Sob essa perspectiva, cabe aqui resumir as conclusões alcançadas no tocante aos critérios propostos por SMDU-AJ, sob uma perspectiva *exclusivamente jurídico-formal*. Essas ponderações não retiram, é claro, o caráter discricionário da decisão relativa ao recebimento do bem, restringindo-se a considerar questões jurídicas subjacentes à fundamentação a ser adotada, notadamente no que diz respeito à compreensão do instituto da transferência do direito de construir.

Em síntese, é possível afirmar que não há fundamento jurídico para afirmar que a doação com transferência de potencial construtivo seria um negócio jurídico bilateral e sinalagmático, sendo aceitável que as prestações não sejam absolutamente equivalentes entre si. No tocante ao Município, é preciso que, para fins de aferição de economicidade, seja levado em conta o valor do potencial construtivo transferível em comparação com o valor que seria pago em uma hipotética desapropriação, podendo ser também considerada a doação de benfeitorias ao imóvel. Por fim, é aceitável o recebimento, em doação, de um bem que tenha valor de avaliação inferior ao do potencial construtivo transferível, não pelo caráter consensual do instituto, nem pelos custos e riscos de eventual processo de desapropriação, mas pela conveniência e oportunidade de antecipação de recursos, opção que pode ser adotada fundamentadamente pelas autoridades municipais, sob sua responsabilidade, sem que esteja delimitada por outros aspectos jurídicos que não o fim a ser

alcançado, que é a realização do interesse público.

Nessa linha, ainda que, em virtude da consulta formulada, tenham sido consideradas questões jurídicas subjacentes à fundamentação a ser adotada, é preciso ressaltar que a presente análise apenas reitera as observações desta Assessoria quanto ao caráter discricionário da decisão relativa ao recebimento de bens imóveis em doação, com transferência de potencial construtivo, em decorrência do regime traçado pelo Plano Diretor Estratégico.

No mais, não parece haver impedimentos à realização de uma negociação com os eventuais interessados, sobretudo na hipótese de acréscimo de objetos a serem doados. Sendo possível esse acréscimo de bens e serviços à doação, a negociação chega a ser uma consequência lógica, pois a definição unilateral desses objetos poderia prejudicar a viabilidade de encontrar alternativas que possam ser favoráveis para ambas as partes.

No entanto, não há regras operacionais a serem atendidas sob o aspecto jurídico-formal a esse respeito. Nessa linha, eventual negociação deve pautar-se pelos princípios constitucionais da impessoalidade, da publicidade e da moralidade, bem como pela necessária fundamentação dos atos praticados e pela compatibilidade com os objetivos e diretrizes do planejamento urbanístico. Assim, estando em curso a análise de uma determinada doação e identificado que o potencial construtivo decorrente da aplicação da transferência do direito de construir poderia ultrapassar em excesso o valor do próprio bem, poderia ser dado início a uma fase de discussão, com o proponente, a respeito desses outros possíveis objetos, recomendando-se que sejam registradas formalmente as comunicações e propostas envolvidas.

As demais questões apresentadas, contudo, não parecem suficientemente caracterizadas de forma a ensejar uma resposta consistente sob uma perspectiva consultiva. De fato, eventual fixação de um limite de potencial construtivo a ser transferido só poderia ter sua higidez jurídica avaliada a partir dos fundamentos técnicos e jurídicos adotados na construção dessa proposta. Da mesma forma, ainda que o chamamento público seja um instrumento jurídico bastante disseminado, útil e normalmente viável, não é possível afirmar sua viabilidade de modo abstrato, seja porque ele dependeria da própria admissibilidade, ainda não analisada, da fixação de limites de potencial construtivo – que gerariam uma competição –, seja porque não parecem ainda desenhados os critérios que poderiam ser avaliados num procedimento dessa espécie.

Cumprir observar, ademais, que o uso desses instrumentos parece ter sido cogitado apenas para o fim de uma possível *alteração* dos procedimentos em vigor. Dessa sorte, a inviabilidade de uma resposta a respeito não prejudica, de modo algum, a situação dos expedientes que tratam de propostas de doação com transferência de potencial construtivo, que poderão ser tramitados normalmente, segundo as normas em vigor.

Diante do exposto, analisados os quesitos formulados, com a análise jurídica dos critérios que poderiam fundamentar a decisão a respeito da oportunidade e conveniência do recebimento de bens em doação, com transferência de potencial construtivo, sugere-se o retorno do presente à origem, para o devido prosseguimento.

JOSÉ FERNANDO FERREIRA BREGA

PROCURADOR ASSESSOR – AJC

OAB/SP 173.027

PGM

RODRIGO BRACET MIRAGAYA
PROCURADOR ASSESSOR CHEFE SUBSTITUTO- AJC
OAB/SP 227.775
PGM

[1] Marques Neto, Floriano de Azevedo. *Outorga onerosa do direito de construir (solo criado)*. In: Dallari, Adilson Abreu; Ferraz, Sérgio (coord.). *Estatuto da Cidade – comentários à Lei Federal n. 10.257/2001*, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 238.

[2] Segundo observado pela doutrina norte-americana, os programas de transferência de direito de construir – *Transferable Development Rights* – são frequentemente incorporados aos programas de gestão do desenvolvimento urbano porque oferecem a alternativa de separar a necessidade de preservar um terreno específico e o direito do proprietário de explorá-lo. A vantagem da transferência de direito de construir seria que ele oferece uma forma de beneficiar proprietários de terrenos aptos à exploração econômica que não seja a exploração daquele terreno ou o pagamento, com recursos públicos, para compensar o efeito econômico adverso de regulações relativas ao uso da terra (cf. Juergensmeyer, Julian Conrad; Roberts, Thomas E. *Land use planning and development regulation law*. St. Paul: Thomson/West, 2003, p. 374.

[3] Não se trata, assim, de uma forma de indenização, como entendido por alguns (cf. Maria Cristina Biazão Manzato. *Transferência do direito de construir com uma das formas de indenização do tombamento* (mestrado em direito). São Paulo: PUC, 2007, p. 176), mas de uma maneira de evitar um sacrifício desnecessário, já que é possível manter o potencial construtivo na esfera patrimonial do proprietário, alterando-se apenas o local de sua utilização.

[4] Aproximando a doação com transferência do direito de construir e a doação remuneratória prevista no art. 540 do Código Civil, cf. Costa, José Maria da. *Transferência do direito de construir*. In: Alvim, José Manoel de Arruda; Cambler, Everaldo Augusto (coord.), *Estatuto da Cidade*. São Paulo, RT, 2014, p. 387.

[5] Sotto, Debora. *Mais-valia urbanística e desenvolvimento urbano sustentável: uma análise jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 221.

[6] Cf. Aparecido Júnior, José Antonio. *Propriedade urbanística & edificabilidade: o plano urbanístico e o potencial construtivo na busca de cidades sustentáveis*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 114.

[7] Cf. Furtado, Fernanda; Rabello, Sonia e Bacellar, Isabela. *Transferência do Direito de Construir: Caderno Técnico de Regulamentação e Implementação*. Brasília: Ministério das Cidades, 2017, p. 49.

[8] Nas palavras de Maria Cristina Biazão Manzato, em estudo específico sobre o tema: “Para esses casos, a doação do imóvel ao Poder Público, isentando seu proprietário de tais encargos, com a transferência do direito de construir, pode se tornar proposta atraente e viável economicamente, uma vez que a transmissão da propriedade, sob a ótica do doador, não será efetivamente gratuita, pois terá ele uma compensação financeira advinda da utilização do coeficiente de aproveitamento em outro imóvel, sem a necessidade de outorga onerosa, ou, ainda, pela alienação desse potencial” (op. cit., p. 176). Entendendo-se essa compensação como indenização, esta teria um caráter apenas parcial (Costa, José Maria da. *Op. cit.*, p. 429).

[9] Sobre o potencial básico do lote como objeto da transferência do direito de construir, cf. Furtado,

Fernanda; Rabello, Sonia e Bacellar, Isabela. *Op. cit.*, p. 22 e 45; Libório, Daniela Campos. *Transferência do direito de construir: questões sobre sua aplicabilidade e pertinência*. In: Revista Trimestral de Direito Público, n. 58, p. 98; Costa, José Maria da. *Op. cit.*, pp. 381 e 393.

[10] Como observam Furtado, Rabello e Bacellar: "Assim, nesses casos, se não houver acordo quanto à TDC oferecida pelo poder público ao proprietário como eventual encargo da doação, esta poderá não se realizar, já que não é imprescindível, mas apenas desejável" (*op. cit.*, p. 29).

[11] Conforme já se notou: "Poder-se-ia perguntar por que, ou em que situações um proprietário de imóvel urbano desejaria doar seu imóvel, e receber em troca, como eventual encargo da doação, o direito de construir básico correspondente ao seu terreno, para exercê-lo em outro local ou aliená-lo. A resposta seria a deque pode haver situações nas quais ele já não possa, ou não queira, manter o imóvel" (Furtado, Fernanda; Rabello, Sonia e Bacellar, Isabela. *Op. cit.*, p. 29).

[12] Na verdade, o caráter consensual não constitui um predicativo exclusivo da doação com transferência do direito de construir, sendo possível obter o mesmo resultado por meio de uma desapropriação amigável (art. 167, I, 34, da Lei n. 6.015/73) – para a qual concorreria, de igual modo, a vontade do proprietário de desfazer-se do bem.

[13] Não há como negar, neste ponto, uma similitude em relação à questão do deságio verificado nas alienações de potencial construtivo no mercado ou dos custos decorrentes do "carregamento" do potencial construtivo até sua efetiva utilização. De fato, a partir da doação com transferência de direito de construir, fica o Município com o bem que lhe oferece utilidade imediata, ao passo que o particular deve tentar viabilizar uma destinação para o potencial transferido. No entanto, a perspectiva adotada, neste ponto, é tão somente a do Município: trata-se de avaliar até que ponto vale a pena incorrer em algum custo para a antecipação de receitas, e não de avaliar as condições de negócio em que se encontra o particular. Nessa visão, a economicidade não se avaliaria em função das contingências aferíveis somente pelos doadores, mas em função dos benefícios obtidos pelo Município com a antecipação de receita, obtida na forma de bem imóvel.



Documento assinado eletronicamente por **Jose Fernando Ferreira Brega, Procurador(a) do Município**, em 04/06/2021, às 10:12, conforme art. 49 da Lei Municipal 14.141/2006 e art. 8º, inciso I do Decreto 55.838/2015



Documento assinado eletronicamente por **Rodrigo Bracet Miragaya, Procurador(a) do Município**, em 04/06/2021, às 10:14, conforme art. 49 da Lei Municipal 14.141/2006 e art. 8º, inciso I do Decreto 55.838/2015



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site <http://processos.prefeitura.sp.gov.br>, informando o código verificador **030848931** e o código CRC **D0658D93**.



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

PGM/Coordenadoria Geral do Consultivo

Viaduto do Chá, 15, - Bairro Centro - São Paulo/SP - CEP 01020-900

Telefone:

Encaminhamento PGM/CGC Nº 030849478

INTERESSADO: Oregon Investimentos Imobiliários Ltda.

ASSUNTO: Desapropriação amigável com transferência de potencial construtivo.

Cont. da Informação n. 666/2021 – PGM.AJC

PGM

Senhora Procuradora Geral

Com o entendimento da Assessoria Jurídico-Consultiva desta Coordenadoria Geral do Consultivo, que acolho, em que foram respondidos os quesitos apresentados em consulta formulada por SMDU, encaminho-lhe o presente, com proposta de remessa à Pasta consulente.

CAYO CÉSAR CARLUCCI COELHO

PROCURADOR DO MUNICÍPIO

COORDENADOR GERAL DO CONSULTIVO

OAB/SP 168.127

PGM



Documento assinado eletronicamente por **Cayo Cesar Carlucci Coelho, Procurador(a) do Município**, em 04/06/2021, às 10:20, conforme art. 49 da Lei Municipal 14.141/2006 e art. 8º, inciso I do Decreto 55.838/2015



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site <http://processos.prefeitura.sp.gov.br>, informando o código verificador **030849478** e o código CRC **B4CCD8EA**.



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

PGM/Coordenadoria Geral do Consultivo

Viaduto do Chá, 15, - Bairro Centro - São Paulo/SP - CEP 01020-900

Telefone:

Encaminhamento PGM/CGC Nº 030849596

INTERESSADO: Oregon Investimentos Imobiliários Ltda.

ASSUNTO: Desapropriação amigável com transferência de potencial construtivo.

Cont. da Informação n. 666/2021 – PGM.AJC

SMUL

Senhor Secretário

Com a análise efetuada pela Coordenadoria Geral do Consultivo, que endosso, relativa à consulta apresentada, que trata de aspectos que poderiam ser considerados no sopesamento da decisão discricionária quanto ao recebimento de doações com transferência de potencial construtivo, encaminho-lhe o presente, para prosseguimento.

MARINA MAGRO BERINGHS MARTINEZ

PROCURADORA GERAL DO MUNICÍPIO

OAB/SP 169.314

PGM



Documento assinado eletronicamente por **Marina Magro Beringhs Martinez, Procurador(a) Geral do Município**, em 04/06/2021, às 13:18, conforme art. 49 da Lei Municipal 14.141/2006 e art. 8º, inciso I do Decreto 55.838/2015



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site <http://processos.prefeitura.sp.gov.br>, informando o código verificador **030849596** e o código CRC **9C0D079C**.