

Cadernos Jurídicos

Ano 23 - Número 62 - Abril/Junho de 2022

Direito Urbanístico



Escola Paulista da Magistratura
São Paulo, 2022

Transferência do direito de construir: princípios fundamentais, competência para aplicação do instrumento e previsão no plano diretor municipal

Alexandre Levin¹

Procurador do Município de São Paulo

Sumário: 1. Considerações iniciais – 2. Princípios jurídicos que fundamentam a TDC – 2.1 Concertação público-privada no processo de urbanização – 2.2 Justa distribuição dos ônus da atividade urbanística – 2.3 Proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico – 3. As duas espécies de TDC previstas no Estatuto da Cidade: com e sem doação do imóvel cedente – 4. Diferença quanto à competência da Administração para aprovar a TDC com e sem doação do imóvel cedente – 4.1 Competência para deferir pedido de TDC com doação de imóvel – 4.2 Competência para deferir pedido de TDC sem doação de imóvel – 5. Previsão no plano diretor municipal – 6. Registro da TDC nas matrículas dos imóveis cedente e receptor – 7. Considerações finais – Referências.

Resumo: A Transferência do Direito de Construir (TDC) é instrumento jurídico de política urbana previsto no Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001, art. 35), realizável mediante concertação público-privada, que tem como princípios fundamentais a justa distribuição dos ônus da atividade urbanística e a proteção do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico dos Municípios brasileiros (Lei nº 10.257/2001, art. 2º, inc. IX e XII). A Lei Federal nº 10.257/2001 permite que o proprietário de imóvel urbano, devidamente autorizado pelo Poder Público Municipal, transfira para outro imóvel de sua propriedade ou aliene a terceiros potencial construtivo não utilizado, como uma forma de compensar a imposição de tombamento ou o uso do seu imóvel para uma atividade de interesse coletivo – como a implantação de um parque ou um corredor de ônibus, por exemplo. A lei federal prevê duas espécies de TDC: aquela em que a transferência do potencial construtivo se dá a partir da doação do imóvel ao Município e aquela em que a transferência ocorre sem doação. Há diferenças quanto à competência da Administração para deferir a TDC, a depender da espécie que se pretende aplicar. Neste artigo, busca-se tratar dessas diferenças, diretamente relacionadas à amplitude da discricionariedade de que goza o Poder Público para deferir ou não o pedido do interessado. Além disso, o artigo aborda a necessidade de previsão do instrumento no plano diretor municipal e de registro da TDC nas matrículas dos imóveis cedentes e receptores, como uma medida de segurança jurídica e de controle sobre o potencial construtivo já transferido e efetivamente utilizado.

Palavras-chave: Transferência do direito de construir. Instrumento jurídico de concertação público-privada. Competência discricionária da Administração Municipal. Previsão no plano diretor municipal.

¹ Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC-SP. Professor de direito administrativo e ambiental da Escola Paulista de Direito (EPD). Atualmente exercendo o cargo de Assessor Jurídico na Secretaria Municipal de Urbanismo e Licenciamento.

Abstract: The Transfer of the Right to Build (TDC) is a legal instrument of urban policy provided for in the City Statute (Law no. 10.257/2001, art. 35th), burden of urban activity and the protection of cultural, historical, artistic, landscape and archaeological heritage of Brazilian municipalities (Law nº 10.257/2001, art. 2nd, inc. IX and XII). Federal Law No. 10,257/2001 allows the owner of an urban property, duly authorized by the Municipal Government, to transfer it to another property owned by him or to dispose of unused constructive potential to third parties, as a way of offsetting the imposition of tipping or the use of your property for an activity of collective interest – such as the implementation of a park or a bus corridor, for example. Federal law provides for two types of TDC: one in which the transfer of construction potential takes place from the donation of the property to the Municipality and one in which the transfer occurs without donation. There are differences as to the competence of the Administration to grant the TDC, depending on the type to be applied. In this article, we seek to address these differences, directly related to the breadth of discretion enjoyed by the Public Power to grant or not the request of the interested party. In addition, the article addresses the need for the instrument to be foreseen in the municipal master plan and for the registration of the TDC in the registrations of assigning and receiving properties, as a measure of legal certainty and control over the constructive potential already transferred and effectively used.

Keywords: Transfer of the right to build. Legal instrument for public-private consultation. Discretionary competence of the Municipal Administration. Forecast in the municipal master plan.

1. Considerações iniciais

A *transferência do direito de construir* (TDC) é instrumento de política urbana previsto no Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001, art. 4º, inc. V, o). A lei federal prescreve regras gerais sobre o instituto, incidentes em todo o território nacional, mas sua aplicação depende de previsão no Plano Diretor e em lei municipal específica, nos termos do art. 35 da Lei nº 10.257/2001².

Os dispositivos do Estatuto da Cidade sobre a TDC são consideravelmente genéricos (Lei nº 10.257/2001, art. 35), o que confere aos municípios ampla margem de liberdade

² O Plano Diretor Estratégico do município de São Paulo, por exemplo, prevê as condições e parâmetros para a aplicação da TDC no território paulistano (Lei Municipal nº 16.050/2014, arts. 122 a 133). Por sua vez, a Lei Municipal nº 16.402/2016, que disciplina o parcelamento, o uso e a ocupação do solo no município de São Paulo (Lei do Zoneamento Urbano), prevê a TDC originada de imóvel enquadrado como Zona Especial de Preservação Cultural – ZEPEC (art. 24). O Decreto Municipal nº 57.536/2016 regulamenta a TDC nos casos em que *não há doação do imóvel cedente ao Município*, nos termos dos arts. 124 e 125 do Plano Diretor paulistano. Já o Decreto Municipal nº 58.289/2018 regulamenta a transferência do direito de construir *com doação de imóvel*, nos termos dos artigos 123, 126, 127, 128, 130 e 131 do Plano Diretor Estratégico. Vale notar que a modalidade de TDC decorrente de doação do imóvel ao Poder Público municipal está prevista no Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001, art. 35, §1º). Nota-se, ainda, que, não obstante o Estatuto da Cidade se referir a *lei municipal*, as duas modalidades de TDC (com ou sem doação de imóvel) estão disciplinadas, no âmbito do município de São Paulo, como visto, por decretos (Decretos Municipais nº 57.536/2016 e 58.289/2018), e não por leis municipais, como prevê o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001, art. 35, caput e §2º). Não há, na hipótese, qualquer contrariedade à lei federal, já que as regras fundamentais para aplicação da TDC, inclusive aquela decorrente de doação de imóvel à urbe, estão previstas na Lei Municipal nº 16.050/2014 (Plano Diretor Estratégico).

para regulamentar o instituto. A autonomia municipal para dispor sobre o instrumento tem fundamento constitucional (CF, art. 30, inc. VIII), visto ser o Município o principal executor da política urbana (CF, art. 182, caput).

Não obstante, a Urbe, ao prescrever as regras específicas sobre a TDC, deve atender às diretrizes que informam sua aplicação, especialmente aquela que impõe a justa distribuição dos ônus decorrentes do processo de urbanização (Lei nº 10.257/2001, art. 2º, inc. IX) e a que determina que a política urbana deve visar à *proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, e do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico* (Lei nº 10.257/2001, art. 2º, inc. XII).

Além disso, o legislador municipal deve editar regras que viabilizem o tratamento isonômico aos proprietários interessados em fazer uso da transferência de potencial construtivo, a criar critérios objetivos para analisar o pleito formulado pelo titular do domínio que pretende fazer uso da TDC e para calcular o quantum transferível em cada caso.

A incompreensão acerca dos seus fundamentos principiológicos pode levar à aplicação inadequada dessa importante ferramenta de política urbana, caso os Municípios editem leis locais sobre TDC contrárias às diretrizes de política urbana, fixadas na legislação federal (Lei nº 10.257/2001, art. 2º).

No item seguinte trataremos dos princípios jurídicos que embasam a aplicação da TDC, para, em seguida, discorrer sobre as regras gerais que disciplinam o instrumento (Lei nº 10.257/2001, art. 35).

2. Princípios jurídicos que fundamentam a TDC

O Estatuto da Cidade permite que a lei municipal, baseada no plano diretor, autorize o proprietário de imóvel urbano, privado ou público, a exercer em outro local, ou alienar o direito de construir previsto na legislação urbanística, nos casos em que o imóvel for considerado necessário para: a) a implantação de equipamentos urbanos e comunitários³; b) a preservação do patrimônio histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural; e c) a efetivação de programas de regularização fundiária, urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e habitação de interesse social (Lei nº 10.257/2001, art. 35, inc. I a III)⁴.

³ Exemplo de equipamento urbano viabilizado pela TDC é o *Parque Augusta – Prefeito Bruno Covas*, localizado na área central da cidade de São Paulo. Disponível em: <https://bit.ly/39vWtY3>. Acesso em: 27 jan. 2022. A criação do *Parque Augusta* está prevista no Plano Diretor do Município de São Paulo (Lei Municipal nº 16.050/2014) Quadro 7 – *Parques Municipais existentes e propostos* (anexo à lei), no Distrito da Sé.

⁴ O Plano Diretor do Município de São Paulo prevê, com mais detalhes, os objetivos da TDC: I – preservação de bem de interesse histórico, paisagístico, ambiental, social ou cultural; II – execução de melhoramentos viários para a implantação de corredores de ônibus; III – implantação de parques planejados situados na Macrozona de Estruturação e Qualificação Urbana; IV – preservação de áreas de propriedade particular, de interesse ambiental localizadas em ZEPAM, situadas na Macrozona de Estruturação e Qualificação Urbana, que atendam os parâmetros estabelecidos na LPUOS (Lei de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo); V – programas de regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda; e VI – programas de provisão de Habitação de Interesse Social (Lei nº 16.050/2014 do Município de São Paulo, art. 123). O Estatuto da Cidade prevê que a TDC pode ser utilizada para fins de implantação de equipamentos urbanos e comunitários (Lei nº 10.257/2001, art. 35, inc. I), e o plano diretor paulistano fornece dois exemplos de equipamentos que podem ser viabilizados pelo instrumento: os *corredores de ônibus* e os *parques urbanos*. De todo o modo, o PDE paulistano seguiu, ao definir as finalidades da TDC, o que determina a norma geral de direito urbano prevista no Estatuto – como não poderia deixar de ser, diante do dispositivo constitucional que fixa a competência legislativa concorrente em matéria urbanística (CF, art. 24, inc. I).

Há algumas diretrizes de política urbana que servem de fundamento ao dispositivo, todas elas previstas no Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001, art. 2º)⁵.

2.1 Concertação público-privada no processo de urbanização

A primeira diretriz é a que prevê a *cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social* (Lei nº 10.257/2001, art. 2º, inc. III). Nesse sentido, figura a TDC como instrumento de um método urbanístico denominado *urbanismo concertado*⁶, que corresponde a uma concepção de urbanismo caracterizada pela colaboração entre particulares e Poder Público, com vistas à consecução de objetivos que não podem ser alcançados sem ajuda mútua⁷.

A implantação de equipamentos urbanos e comunitários e a efetivação de programas de regularização fundiária (Lei nº 10.257/2001, art. 35, inc. I e III), medidas que visam ao incremento da ordem urbanística, são viabilizadas pela possibilidade de transferir potencial construtivo dos imóveis por elas atingidos para outros imóveis localizados em outras áreas da cidade. Assim, a Administração Municipal pode implantar um parque urbano em terreno particular sem desembolsar recursos do erário: a contrapartida passa a ser a transferência da área edificável, que substitui a indenização decorrente de um possível – mas muito custoso – processo de desapropriação⁸.

Da mesma forma, a possibilidade de transferir, ou alienar, o direito de construir não utilizado permite que a Administração proceda a regularização de favelas ou loteamentos clandestinos situados em áreas privadas. Ao invés de decretar a desapropriação por interesse social (Lei nº 4.132/1962, art. 2º, inc. IV) e adquirir os terrenos mediante indenização aos proprietários – processo que pode durar muitos anos e resultar em longas brigas judiciais –, o Poder Público pode ajustar com os titulares do domínio a transferência do imóvel ao patrimônio público em troca da possibilidade de alienar o potencial construtivo não utilizado a terceiros.

⁵ A Lei nº 10.257/2001 (art. 2º) elenca as diretrizes gerais da política urbana. Consideramos que se trata de rol de princípios jurídicos extraídos do sistema autônomo de normas de direito urbanístico. Sobre a questão, Ricardo Marcondes Martins, após destacar que, em face da leitura combinada dos arts. 24, I e 30, I, da Constituição, a competência em matéria urbanística é concorrente, afirma que à União é reservada a edição de diretrizes em matéria urbana, e que diretriz, nesse sentido, é sinônimo de *norma geral* (MARTINS, Ricardo Marcondes. As normas gerais de direito urbanístico. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 20, dez./jan./fev. 2009/2010, p. 12). Concordamos com o autor. O termo *diretrizes gerais* utilizado pelo art. 182 da Constituição Federal é empregado no sentido de norma geral. Nessa direção, a União, no exercício da competência constitucionalmente assegurada, expede diretrizes (ou normas gerais) de direito urbanístico que podem ser prescritas por meio de princípios ou de regras. No nosso entendimento, a União, ao editar a Lei nº 10.257/2001 (norma geral de direito urbanístico), estabeleceu em seu art. 2º um rol de *princípios de direito urbanístico*, não obstante ter utilizado o termo *diretrizes gerais*, em sentido contrário, portanto, ao extraído da Constituição.

⁶ Antonio Carceller Fernandez explica que a expressão *urbanismo concertado* deve ser compreendida dentro de um contexto mais amplo de *administração concertada*. Nas palavras do autor, o conceito teve origem na planificação econômica francesa, como uma terceira via, superando as opções que dominavam a sociedade na segunda metade do século XX: o capitalismo e o socialismo. Trata-se de um sistema no qual as decisões do Poder Público harmonizam-se com as dos sujeitos econômicos, visando atingir resultados ótimos. A Administração, sem abdicar de suas funções nem renunciar aos seus poderes, pretende conseguir o concurso voluntário, a livre adesão dos particulares, a partir da convicção de que somente desse modo poderão ser alcançados os objetivos fixados. Intenta-se obter a colaboração da iniciativa privada para complementar ou substituir uma gestão pública impotente para fazer frente por si só às necessidades da sociedade (FERNANDEZ, Antonio Carceller. *Instituciones de Derecho Urbanístico*. 2. ed. Madrid: Montecorvo, 1981, p. 278.).

⁷ LEVIN, Alexandre. Autonomia do Direito Urbanístico e seus princípios fundamentais. *Revista Brasileira de Direito Urbanístico – RBDU*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan./jul. 2016.

⁸ A desapropriação por utilidade pública, nesse caso, seria realizada com fundamento no Decreto-lei nº 3.365/41, art. 5º, i.

Desse modo, a Administração adquire o bem, sem dispêndio de recursos do erário, e efetiva o processo de regularização fundiária, por meio de doação ou concessão das áreas à população de baixa renda que ocupa o local. Os proprietários, impedidos de edificar no imóvel em face da ocupação, são ressarcidos com a venda do potencial construtivo não utilizado, ou mesmo com sua aplicação em outro imóvel de sua propriedade. Não é por outro motivo que a TDC é prevista como instrumento de regularização fundiária, ao lado de institutos como a desapropriação por interesse social, a concessão de uso especial para fins de moradia (CUEM) e a concessão do direito real de uso (CDRU) pela Lei Federal de Regularização Fundiária (Lei nº 13.465/2017, art. 15, inc. VIII)⁹. Vê-se que a TDC contribui para suprir a crônica falta de recursos financeiros que atinge as Administrações Municipais brasileiras: a concertação público-privada permite que os melhoramentos no espaço urbano sejam realizados sem a necessidade de desapropriar imóveis de terceiros.

Sabe-se que, em razão do aumento do preço de mercado da terra urbana, os valores das indenizações em processos expropriatórios estão cada dia mais elevados, o que muitas vezes impede que as ações de incremento no espaço urbano sejam efetivadas. Com a TDC, os proprietários dos imóveis sobre os quais são implementados os melhoramentos urbanísticos são ressarcidos por meio da alienação de um bem intangível, mas bastante valorizado pelo mercado: o potencial construtivo.

A doutrina aceita, hoje, de forma pacífica, a separação entre o direito de propriedade e o direito de construir sobre o terreno objeto de domínio¹⁰. É a lei municipal, mais especificamente o plano diretor, que mensura o direito de edificar sobre o imóvel, por meio da definição de coeficientes de aproveitamento básico e máximo aplicáveis para a área em que o bem se situa. Caso o proprietário não consiga edificar no seu terreno em razão da existência de uma favela ou outro tipo de ocupação por população de baixa renda, ou porque o imóvel será destinado para a construção de um equipamento público (como um parque urbano, por exemplo), pode o seu direito de construir ser aplicado

⁹ Na hipótese da TDC utilizada para fins de regularização fundiária, aplica-se, também, a diretriz de política urbana que prevê a regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais (Lei nº 10.257/2001, art. 2º, inc. XIV).

¹⁰ Hely Lopes Meirelles, em obra clássica, explica que o fundamento do direito de construir está no direito de propriedade, visto que, desde que se reconhece ao proprietário o poder legal de usar, gozar e dispor de seus bens (Código Civil, art. 1.228), reconhecido está o direito de construir, visto que no uso, gozo e disponibilidade da coisa se compreende a faculdade de transformar-la, edificá-la, beneficiá-la, enfim, com todas as obras que lhe favoreçam a utilização ou lhe aumente o valor econômico. No entanto, prossegue o autor, embora amplo, o direito de construir não é absoluto, porque as relações de vizinhança e o bem-estar coletivo impõem ao proprietário certas limitações a esse direito (...). E, em arremate, explica que, a partir da Constituição de 1988, as limitações ao direito de construir não decorrem apenas do art. 1.299 do Código Civil, mas sim da própria Lei Maior, que outorga competência ao Município para promover o adequado ordenamento do solo urbano, mediante o controle de seu parcelamento, uso e ocupação (art. 30, inc. VIII) (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 9. ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Adilson Abreu Dallari, Daniela Libório Di Sarno. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 30-32). Sobre o tema, Maria Magnólia Lima Guerra explica que a nova concepção do direito de construir, autônomo na sua configuração jurídica, torna-o suscetível de ser negociado, independentemente da propriedade do solo que serve de suporte à edificação, isto porque direito de propriedade e direito de construir passam a constituir classes distintas de direito (GUERRA, Maria Magnólia Lima. *Aspectos jurídicos do uso do solo urbano*. Fortaleza: Imprensa Universitária da UFC, 1981, p. 72). São vários os instrumentos de política urbana criados a partir da separação entre o direito de propriedade e o direito de construir sobre o lote urbano: direito de superfície, outorga onerosa do direito de construir, transferência do direito de construir, operações urbanas consorciadas, dentre outros. Esses institutos são previstos e regulados em caráter geral pelo Estatuto da Cidade (art. 4º; arts. 21 a 24; arts. 28 a 31; e arts. 32 a 34-A). Pode-se afirmar que a atividade urbanística estatal é fundamentada, em grande parte, nessa distinção, já que a fixação de coeficientes de edificação e ocupação dos terrenos urbanos é o seu principal mecanismo. É por meio dele que o Poder Público estimula ou desestimula, via plano diretor, a construção de imóveis nas diferentes áreas da cidade, levando em consideração a infraestrutura instalada em cada área.

em outro imóvel, de sua propriedade ou de terceiros. Transfere-se, assim, o potencial construtivo não utilizado, como uma forma de compensar o titular do direito de propriedade, que se viu impedido de exercer um dos seus poderes, qual seja, o de edificar até o limite previsto na lei municipal que institui o plano diretor.

2.2 Justa distribuição dos ônus da atividade urbanística

A TDC também pode ser efetivada nos casos em que o imóvel é objeto de tombamento, por ser considerado de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural (Lei nº 10.257/2001, art. 35, inc. II). O tombamento de imóveis – que está indicado pelo Estatuto da Cidade como um instrumento de política urbana (Lei 10.257/2001, art. 4º, inc. V, d) – impede, em regra, que o proprietário exerça seu direito de edificar no imóvel até o limite máximo de aproveitamento previsto no plano diretor ou na lei de zoneamento municipal. Isso porque a coisa tombada não pode ser destruída, demolida ou mutilada, nem, sem prévia autorização especial do órgão competente¹¹, ser reparada, pintada ou restaurada (Decreto-lei nº 25/1937, art. 17). O dono do imóvel não pode demolir a construção tombada existente no seu imóvel para destinar o terreno à construção de um edifício residencial ou comercial, por exemplo.

Desse modo, o tombamento é mecanismo de intervenção do Estado na propriedade privada que, em regra, resulta na redução do valor de mercado do imóvel tombado. O preço é afetado em virtude da restrição imposta pelo ato estatal de tombamento: pouca gente terá interesse em adquirir um imóvel que não pode ser modificado e sobre o qual não poderá ser utilizado todo o coeficiente de aproveitamento previsto pelo plano diretor para a área em que o bem se situa.

Com o intuito de atender ao interesse de toda a sociedade na conservação de imóveis de valor ambiental, cultural, histórico, artístico, paisagístico ou arqueológico – em atenção à diretriz de política urbana que impõe sua proteção (Lei nº 10.257/2001, art. 2º, inc. XII) e ao mandamento constitucional que obriga o Poder Público, com a colaboração da comunidade, a proteger o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação (CF, art. 216, §1º) –, a administração pública cria restrição ao direito do proprietário de construir no seu imóvel. A ação administrativa em defesa do interesse coletivo, nesse caso, pode gerar um prejuízo individual ao titular do domínio; um dano patrimonial que, devidamente comprovado quanto à sua existência e extensão, deve ser ressarcido pelo Estado¹².

¹¹ Vale lembrar que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios *proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos* (CF, art. 23, inc. III). Assim, a TDC pode decorrer de tombamento imposto por órgãos competentes de todas as instâncias federativas; o procedimento que autoriza as transferências, no entanto, deve ser realizado, exclusivamente, pelo Município. Afinal, todo o processo é regido pelo plano diretor municipal e por lei municipal específica (Lei nº 10.257/2001, art. 35, caput). Nesse sentido, Diogenes Gasparini explica que o *Município é o único ente federado com poderes para disciplinar essas transferências* (GASPARINI, Diogenes. *O Estatuto da Cidade*. São Paulo: NDJ, 2002, p. 193).

¹² Há discussão doutrinária sobre o dever do Estado de indenizar o proprietário em caso de tombamento de imóvel. Maria Sylvania Zanella Di Pietro afirma que o *tombamento é sempre uma restrição parcial, não impedindo ao particular o exercício dos direitos inerentes ao domínio; por isso não dá, em regra, direito à indenização; para fazer jus a uma compensação pecuniária, o proprietário deverá demonstrar que realmente sofreu algum prejuízo em decorrência do tombamento* (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 181). No mesmo sentido, José dos Santos Carvalho Filho assevera que *somente se o proprietário comprovar que o ato de tombamento lhe causou prejuízo, o que não é a regra, é que fará jus à indenização*. O autor complementa, ainda, que, a depender da singularidade da situação, pode

Aplica-se, ao caso, a diretriz de política urbana que impõe ao Poder Público o dever de distribuir de forma justa *os benefícios e os ônus decorrentes do processo de urbanização* (Lei nº 10.257/2001, art. 2º, inc. IX). Caso a Administração realize obra pública que promova a valorização extraordinária de imóveis localizados no seu entorno, deverá recuperar os investimentos que causaram a valorização reflexa¹³ (Lei nº 10.257/2001, art. 2º, inc. XI), por meio da aplicação de instrumentos de política urbana como, por exemplo, a contribuição de melhoria (Lei nº 10.257/2001, art. 4º, inc. IV, b). Por outro lado, se a atividade estatal causa um prejuízo específico para proprietários urbanos determinados, a Administração deve indenizá-los, tendo em vista, inclusive, o comando constitucional que prevê que a responsabilidade do Estado por danos causados a terceiros é objetiva, isto é, independe da existência de dolo ou culpa por parte do agente estatal (CF, art. 37, §6º).

Portanto, o Estado deve indenizar o proprietário ainda que o prejuízo tenha sido causado por um ato legítimo, devidamente previsto constitucional e legalmente, como o tombamento (CF, art. 216, §1º; Decreto-lei nº 25/1937 e Lei nº 10.257/2001, art. 4º, inc. V, d). O proprietário atingido pelo tombamento não deve suportar sozinho os ônus decorrentes de um ato administrativo que beneficia toda a coletividade, mas que gera um prejuízo extraordinário e individualizável. Não se trata de mera limitação administrativa geral – como, por exemplo, as regras constantes da lei de zoneamento municipal, que impõe restrições construtivas a todas as propriedades imobiliárias existentes em determinado Município –, mas sim de uma restrição ao direito de construir do proprietário do imóvel tombado, individualmente considerado. Os proprietários dos imóveis localizados no mesmo bairro, caso também não sejam objeto de tombamento, poderão usufruir de

o ato de tombamento gerar vantagens decorrentes da valorização do bem – fornece como exemplo o *tombamento de edificações em avenida central da cidade, utilizadas por lojas comerciais de diversos ramos; o tombamento, nesse caso, alia-se ao aspecto urbanístico, ensejando a atração de maior número de consumidores* (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 847). Em sentido contrário, Celso Antônio Bandeira de Mello defende que, *na esmagadora maioria dos casos de tombamento pelo Patrimônio Histórico, quando são atingidos algum ou alguns especificados bens (...), há uma individualização do bem objeto de ato imperativo da Administração que traz consigo um prejuízo econômico manifesto para o proprietário* (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 895). Concordamos com o autor neste particular: a grande maioria dos tombamentos afeta negativamente o conteúdo econômico do direito de propriedade, em vista da restrição ao aproveitamento econômico do imóvel tombado. Também Carlos Ari Sunfeld defende que o tombamento, considerado como sacrifício de direito do titular e não como mera limitação administrativa, é indenizável pelo Estado (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 110-111). Para Diogenes Gasparini, se o prejuízo decorrente do ato de tombamento ocorrer e for avaliável economicamente, a indenização é devida, *podendo até mesmo ser total, ou seja, equivalente ao valor do bem, se o tombamento esvaziar o valor econômico da propriedade*. Ainda de acordo com o autor, *esse prejuízo pode ser abrangido com a possibilidade da venda do direito de construir incidente sobre o bem tombado, desde que haja legislação (Plano Diretor, lei específica) instituindo-a e regulando-a, conforme disciplinado pelo art. 35 do Estatuto da Cidade* (GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 751). Na realidade, os autores citados defendem, ao fim e ao cabo, a mesma coisa: se o tombamento causar prejuízo individualizável, o proprietário deve ser indenizado pela Administração. Trata-se da aplicação da regra constitucional que prevê que a responsabilidade do Estado por danos causados a terceiros é objetiva, ou seja, independe de dolo ou culpa do agente; dessa forma, mesmo um ato estatal autorizado por lei, como o tombamento, pode ensejar indenização, se o dano for individual e devidamente quantificável (CF, art. 36, §6º). O STJ já reconheceu o dever do Estado de indenizar o proprietário de imóvel tombado. Na hipótese, a Corte equiparou o tombamento à desapropriação indireta, já que o conteúdo econômico da propriedade foi totalmente esvaziado (STJ, REsp 220983-SP; Rel. Min. José Delgado; 1. Turma; DJ 15.8.2000; DO 25.9.2000).

¹³ A expressão é empregada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Para o autor, *os proveitos de qualquer investimento realizado com o produto do esforço coletivo devem ser também coletivos. Em consequência, o proveito acessório, produto de esforço coletivo, não pode aceder gratuita, mas onerosamente, ao imóvel privado* (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Introdução ao direito ecológico e ao direito urbanístico: instrumentos jurídicos para um futuro melhor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 140-141).

todo o coeficiente de edificação previsto em lei para a área¹⁴, mas o dono do bem tombado não, já que não pode alterar a área construída.

Fácil perceber que a situação é contrária ao princípio da justa distribuição dos ônus da atividade urbanística (Lei nº 10.257/2001, art. 2º, inc. IX), que é fundamentado no princípio da isonomia, constitucionalmente assegurado (CF, art. 5º, caput)¹⁵. O Estado não pode conferir tratamento desigual a cidadãos em situações equivalentes: o sacrifício do direito de construir causado pelo ato de tombamento deve ser indenizado, já que proprietários vizinhos, em idênticas condições, não sofrem a mesma restrição e podem construir em seus terrenos até o limite máximo de edificação previsto na legislação municipal.

De modo diverso, as limitações à propriedade imobiliária urbana impostas pelo plano diretor municipal e/ou lei de zoneamento não são indenizáveis, já que impostas mediante norma geral e abstrata, que atinge todos os proprietários de imóveis localizados na zona urbana de determinado Município¹⁶.

O instrumento da transferência do direito de construir possibilita que o proprietário do imóvel tombado seja ressarcido pela venda do potencial construtivo, que não pode ser utilizado no seu terreno em razão do ato de tombamento. A indenização não sai, portanto, integralmente dos cofres públicos. Outros proprietários de imóveis, situados, inclusive, em outras áreas da cidade, podem comprar potencial construtivo do dono do imóvel tombado; o preço pago fará as vezes de ressarcimento pelos danos decorrentes da ação estatal.

2.3 Proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico

A TDC não só representa economia de recursos públicos, mas também contribui para a proteção do patrimônio ambiental, cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico presente em nossas cidades.

A lei impõe ao proprietário o dever de conservar a coisa tombada, mas, em muitos casos, o dono do imóvel não dispõe de recursos para tanto. Nessas hipóteses, pode ele

¹⁴ O Decreto-lei nº 25/1937 prevê efeitos decorrentes do tombamento sobre os imóveis localizados na *vizinhança da coisa tombada*. Nos termos do art. 18, os proprietários de imóveis vizinhos precisam de autorização do órgão público competente se pretenderem edificar construção que impeça ou reduza a visibilidade da coisa tombada. Pode-se até mesmo cogitar indenização nesses casos, em decorrência dos efeitos indiretos do tombamento; mas a redução do conteúdo econômico, aqui, não é a mesma observada no imóvel tombado.

¹⁵ Carlos Ari Sunfeld explica que os sacrifícios de direito impostos pelo Estado, como o tombamento, *retiram de um ou alguns indivíduos possibilidades de fruição garantidas à generalidade dos que se encontram na mesma situação. Tais direitos são suprimidos em benefício da sociedade. Tem-se assim prejuízo individual em proveito coletivo, que deve ser reparado pelo Poder Público. De outro modo, os ônus para atendimento dos interesses públicos seriam lançados sobre poucos, e não divididos entre todos, em clara afronta à isonomia. O princípio da igualdade, assegurado pelo art. 5º, caput, do Texto Constitucional impõe, destarte, o ressarcimento* (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito...* Op. cit., p. 110).

¹⁶ Sobre a natureza do tombamento, há quem o considere modalidade de servidão administrativa (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso...* Op. cit., p. 893; GASPARINI, Diogenes. *Direito...* Op. cit., p. 750). Outros não consideram o tombamento espécie de servidão, mas sim categoria específica de intervenção do Estado na propriedade privada, pelo fato de não haver a *coisa dominante*, como na servidão (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito...* Op. cit., p. 189). Vale ressaltar, no entanto, que, de acordo com a melhor doutrina, o importante é estabelecer a diferença entre limitações administrativas e demais formas de restrição do direito de propriedade privada, já que as primeiras não obrigam o Poder Público a indenizar o proprietário dos bens afetados, por serem limitações de caráter geral, enquanto as outras modalidades de intervenção devem ser indenizadas, por serem restrições de caráter individual (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso...* Op. cit., p. 895).

comunicar ao órgão competente que não possui capacidade financeira para proceder às obras necessárias à conservação e reparação do bem; recebida a comunicação, o Poder Público executará as obras, com recursos do erário, ou promoverá a desapropriação do imóvel (Decreto-lei nº 25/1937, art. 19, §1º).

Especialmente nas áreas centrais das grandes e médias cidades brasileiras, não são raros os casos em que imóveis de valor histórico e cultural, tombados pelos órgãos de proteção, permanecem em situação de abandono. Os donos desses imóveis, com frequência, não dispõem de recursos para manter esses bens em bom estado de conservação. E o Poder Público, sempre à volta com problemas financeiros, também, no mais das vezes, não assume o seu dever de manutenção.

A TDC contribui para evitar esses problemas, já que o proprietário do imóvel tombado pode alienar o potencial construtivo não utilizado em razão do tombamento e, com isso, obter os recursos necessários para a conservação do bem. O tombamento, nesse caso, serve de fonte de recursos para o dono do imóvel protegido; o dano causado pelo ato estatal é compensado pela venda do direito de construir, a tornar desnecessário o pagamento de indenização pelo Poder Público. Todos ganham nesse caso: a coletividade, interessada na proteção do patrimônio histórico e cultural; o proprietário do bem tombado, que auferirá renda com a TDC; e a Administração Pública, que não precisa arcar com os custos indenizatórios decorrentes do ato protetivo.

Nos casos em que a TDC é autorizada com vistas à preservação de imóvel tombado, a legislação municipal pode exigir que o proprietário beneficiado preserve o bem, a manter as características que fundamentaram o ato protetivo. Não faz sentido que a transferência seja permitida e os recursos não sejam aplicados para a conservação do bem tombado – o objetivo do instrumento, afinal, é contribuir para a preservação do patrimônio cultural da cidade.

Nessa direção, a Lei de Zoneamento do Município de São Paulo prevê que *a transferência do direito de construir originada de qualquer imóvel enquadrado como ZEPEC (Zona Especial de Preservação Cultural) fica condicionada à recuperação e manutenção dos atributos que geraram o seu enquadramento como ZEPEC* (Lei nº 16.402/2016 do Município de São Paulo, art. 24, §1º). No mesmo sentido, o plano diretor paulistano, que permite que imóveis enquadrados como ZEPAM (Zona Especial de Proteção Ambiental) transfiram seu potencial construtivo básico, condiciona a transferência à *celebração de Termo de Compromisso Ambiental – TCA, que deverá ser averbado na matrícula do imóvel, no qual o proprietário do imóvel cedente assume as obrigações de preservação das características da área, e são definidas as sanções cabíveis previstas pela legislação ambiental no caso de descumprimento das obrigações assumidas* (Lei nº 16.050/2014 do Município de São Paulo, art. 124, inc. II e §1º, inc. II).

A transferência do direito de construir derivada de tombamento ambiental (Lei nº 10.257/2001, art. 35, inc. II), como a prevista pelo plano diretor paulistano, pode ser entendida como um *instrumento econômico* de política ambiental (Lei nº 6.938/81, art. 9º, inc. XIII)¹⁷. A proteção ambiental, nesse caso, é premiada com a possibilidade de alienar o

¹⁷ Romeu Thomé classifica os instrumentos econômicos da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81, art. 9º, inc. XIII) como *mecanismos complementares para a efetividade das políticas econômicas ambientalmente corretas*. Indica como exemplos desses instrumentos: a servidão ambiental, o ICMS ecológico e o seguro ambiental (SILVA, Romeu Faria Thomé da.

potencial construtivo não utilizado em função do tombamento – um estímulo para o proprietário conservar as qualidades ambientais do bem, que justificaram a medida protetiva¹⁸.

Conclui-se, dessa forma, que a TDC constitui instrumento jurídico que prestigia a diretriz de política urbana que impõe a *proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico* (Lei nº 10.257/2001, art. 2º, inc. XII).

3 As duas espécies de TDC previstas no Estatuto da Cidade: com e sem doação do imóvel cedente

O Estatuto da Cidade prevê, ainda que não expressamente, duas espécies de transferência do direito de construir. A primeira delas é a TDC decorrente da implantação de equipamentos urbanos e comunitários ou de processos de regularização fundiária e construção de habitação social (Lei nº 10.257/2001, art. 35, inc. I e III). A TDC, nesses casos, pressupõe a doação do imóvel ao Município, visto que a implantação de equipamentos urbanos, como um parque ou uma unidade de saúde, depende da transferência da propriedade para a Administração. Ao invés de desapropriar, o Município utiliza sua competência para autorizar a TDC, de forma a promover o ressarcimento do proprietário pela perda do domínio, ainda que de forma indireta, já que a compensação decorre da compra do potencial construtivo por terceiros.

O proprietário também é compensado se exercer seu direito de construir em outro lote de sua propriedade (Lei nº 10.257/2001, art. 35, caput), porque, nesse caso, pode edificar até o limite máximo construtivo do imóvel sem pagar outorga onerosa.

A espécie de TDC ora tratada está prevista no Estatuto da Cidade, que atribui ao Poder Público a faculdade de permitir a transferência de potencial construtivo nos casos em que o imóvel é doado ao Município, para os fins previstos nos incisos I a III do art. 35 do Estatuto (Lei nº 10.257/2001, art. 35, §1º). Note que o inc. II do dispositivo faz menção à preservação do imóvel para fins *de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural*, o que, em geral, é realizado por meio do tombamento, que constitui modalidade de intervenção estatal em que o imóvel permanece no patrimônio do interessado. Entretanto, nada impede que essas finalidades sejam atingidas por meio da doação do imóvel ao Poder Público, que funciona, nessa hipótese, como um substituto à desapropriação¹⁹.

Manual de direito ambiental. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 215). Indicamos, além desses, a TDC, nos casos em que se origina de tombamento ambiental.

¹⁸ A Lei nº 12.349/1997, do Município de São Paulo, que aprova a *Operação Urbana Centro* fala expressamente em *incentivar a restauração de imóveis já tombados e dos que vierem a ser tombados pelo Poder Público na vigência desta Lei e contidos na área da Operação Urbana Centro*, por meio da transferência do seu potencial construtivo (art. 7º). A lei ressalta o papel da TDC como *incentivo* à proteção de construções de valor histórico, cultural, paisagístico e ambiental. A primeira lei paulistana que dispôs sobre a TDC, já revogada, também se referia ao instrumento como um *incentivo* à preservação de imóveis de caráter histórico ou de excepcional valor artístico, cultural ou paisagístico (Lei nº 9.725/1984, do Município de São Paulo, já revogada).

¹⁹ A desapropriação também pode ser utilizada como um instrumento de preservação do patrimônio cultural (CF, art. 216 §1º; Decreto-lei nº 3.365/41, art. 5º, k).

Há casos em que a importância do imóvel como bem cultural, somada à impossibilidade de manutenção do bem pelo seu dono, leva a Administração a decretar sua expropriação²⁰. A doação em troca da TDC, nessa hipótese, evita o dispêndio dos recursos públicos que serviriam para indenizar o expropriado.

Outra espécie de TDC é aquela em que o bem permanece no domínio do interessado, como no caso de tombamento do imóvel pelo órgão competente, visando à defesa do patrimônio histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural (Lei nº 10.257/2001, art. 35, inc. II). Nessa hipótese, o imóvel não é transferido ao patrimônio público, e o seu titular recebe estímulos em forma de transferência de potencial construtivo, alienando-o ou utilizando-o em outro imóvel de sua propriedade.

Há, portanto, duas espécies de TDC: a) aquela efetivada nos casos em que há doação do imóvel cedente, e b) aquela realizada nas hipóteses em que não há doação do imóvel cedente. Em termos mais singelos: a) TDC com doação e b) TDC sem doação. Na primeira, o imóvel cedente (que cede o potencial construtivo para outro) é doado ao Município, em troca da possibilidade de utilizar o instrumento, enquanto, na segunda, o imóvel cedente permanece no domínio do interessado²¹.

A importância dessa classificação está no fato de que existe diferença relevante quanto à competência da Administração Municipal para aprovar a TDC, a depender da espécie que se quer efetivar. Vamos a ela.

4. Diferença quanto à competência da Administração para aprovar a TDC com e sem doação do imóvel cedente

A diferença entre a TDC com e sem doação do imóvel cedente está na competência do Município para autorizar a transferência do direito de construir: a discricionariedade do Município para deferir o pedido de TDC com doação do imóvel cedente é bem mais ampla do que aquela aplicável aos casos de TDC sem doação.

No exercício de sua competência discricionária, a Administração Pública toma decisões de acordo com critérios de conveniência e oportunidade. Diante de uma dada circunstância que o obrigue a tomar qualquer decisão, o Poder Público preferirá uma das decisões possíveis, todas elas incluídas no leque de opções que lhe confere a lei. Não há o reconhecimento de direito subjetivo do interessado, que lhe garanta o deferimento do seu pleito: a Administração tomará a medida mais conveniente e oportuna, nos limites da discricionariedade que lhe confere a legislação²².

²⁰ Há também casos em que o tombamento se transforma em verdadeira desapropriação indireta, em face do esvaziamento do conteúdo econômico do bem tombado. Nessas hipóteses, o imóvel passará para a propriedade pública, via indenização em ação própria (STJ, REsp 220983-SP; Rel. Min. José Delgado; 1ª Turma; DJ 15.8.2000; DO 25.9.2000).

²¹ No Plano Diretor do Município de São Paulo (Lei nº 16.050/2014), a diferença entre as duas espécies de TDC está bem demarcada. Os arts. 124 e 125 referem-se à hipótese de transferência do direito de construir sem doação do imóvel cedente, enquanto os arts. 126 e 127 regulam a TDC com doação do imóvel cedente ao Município.

²² Maria Sílvia Zanella Di Pietro define a discricionariedade administrativa como *a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito* (DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 41).

4.1 Competência para deferir pedido de TDC com doação de imóvel

Diante do pedido do interessado para doar imóvel ao Município em troca da possibilidade de alienar ou transferir potencial construtivo, o Município não tem apenas uma decisão possível: pode ou não deferir o pleito. Aprovará a TDC se for conveniente e oportuno aceitar a doação, para destinar os imóveis a uma das finalidades previstas no Estatuto da Cidade (art. 35). O imóvel do interessado pode ser necessário para implantar um corredor de ônibus ou um parque urbano, por exemplo, o que torna a TDC conveniente para a Administração. Além disso, diante da falta de recursos financeiros para expropriar o bem, pode ser oportuno para o Poder Público utilizar a transferência do potencial construtivo como uma forma de ressarcir o proprietário pelos prejuízos decorrentes da restrição do direito de edificar sobre o seu imóvel.

Note que o Estatuto da Cidade não prevê a existência de direito subjetivo do interessado ao deferimento do seu pedido de transferência. O Estatuto prescreve que lei municipal, baseada no plano diretor, pode autorizar a transferência, *quando o imóvel cedente for considerado necessário*²³ para umas das finalidades indicadas no seu art. 35 (Lei nº 10.257/2001, art. 35, caput e incs. I a III). A lei federal também prevê que o Município pode estabelecer, por lei, as condições relativas à aplicação da transferência do direito de construir (Lei nº 10.257/2001, art. 35, §2º). O Poder Público municipal possui ampla margem de discricionariedade para reger o instrumento em seu território, a estabelecer requisitos mais ou menos amplos para o deferimento da TDC.

O Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo (PDE), por exemplo, confere ampla discricionariedade ao órgão competente para aceitar ou não a doação do imóvel cedente, em troca da TDC. Dispõe o PDE que *nos casos em que a doação for proposta pelo proprietário para uma das finalidades descritas nos incisos do “caput”, deverá ser avaliada a conveniência e o interesse público no recebimento da área* (Lei nº 16.050/2014, do Município de São Paulo, art. 126, §1º)²⁴. A proposta do interessado deve ser analisada sob vários ângulos: I) o melhoramento é mesmo necessário e deve ser implementado? II) o imóvel é mesmo necessário para a execução do melhoramento? III) o imóvel precisa ser adquirido naquele momento? IV) aquele imóvel é o mais apropriado para a execução do melhoramento? V) vale a pena para o Município, do ponto de vista financeiro, deferir a TDC e abrir mão da receita proveniente do pagamento de outorga onerosa do direito de

²³ Veja que o texto do dispositivo faz uso de um conceito jurídico indeterminado: a *necessidade*. A Administração local vai decidir, caso a caso, se o imóvel é mesmo necessário à implantação dos equipamentos públicos e se é oportuno recebê-lo em doação. Sobre o tema, Maria Sylvia Zanella Di Pietro ressalta que *a lei pode usar de determinadas cláusulas expressas que reconheçam a discricionariedade administrativa e pode usar de conceitos indeterminados, a serem aplicados pela Administração, com certa margem de liberdade para interpretá-los* (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade...* Op. cit., p. 74). É o caso: a autoridade competente decidirá, com ampla margem de liberdade, se o imóvel é necessário para implementar o melhoramento urbano, ou se este pode ser instalado em outro local.

²⁴ O Decreto nº 58.289/2018, do Município de São Paulo, que regula a TDC com doação de imóvel, prevê ampla liberdade à Administração para aceitar ou não o pedido de transferência de potencial construtivo em troca da doação. Diferentes órgãos são instados a se manifestar sobre o pedido – Secretaria de Obras se a doação estiver relacionada à implantação de corredores de ônibus; Secretaria de Habitação se a doação se relacionar à provisão de habitação social; Secretaria do Verde e Meio Ambiente, se a doação se relacionar à implantação de parques urbanos – e, se não atendido o prazo para manifestação dessas Pastas, o processo será indeferido por falta de interesse da Administração. Ao final, a Secretaria de Urbanismo e Licenciamento elabora documento *contendo a avaliação final acerca da conveniência, economicidade e interesse público no recebimento da doação*. Esse documento é encaminhado, em seguida, ao Chefe de do Executivo municipal que decidirá por aceitar ou não a proposta, com ampla margem de discricionariedade também (Decreto nº 58.289/2018 do Município de São Paulo, arts. 4º a 6º).

construir, já que o interessado, de posse do potencial transferido via TDC, pode construir até o coeficiente de aproveitamento máximo em outro terreno, sem pagar pelo solo criado?

Esse último ponto merece uma abordagem mais aprofundada.

Já que a TDC implica transferência de potencial construtivo, é de se perguntar, primeiramente: qual o coeficiente de aproveitamento passível de transferência do imóvel cedente para o receptor? O coeficiente básico ou o coeficiente máximo²⁵?

O Estatuto da Cidade nada diz sobre a questão, de modo que a resposta estará no plano diretor de cada Município que pretenda utilizar a TDC.

O Plano Diretor do Município de São Paulo, por exemplo, permite que se utilize, para o cálculo do coeficiente transferível, o limite máximo de edificação aplicável ao imóvel cedente.

A lei paulistana, de fato, ao estabelecer a equação aplicável para calcular o *potencial construtivo passível de transferência* (PCpt), prevê que a área do terreno do imóvel doado (Atc) será multiplicada por seu coeficiente de aproveitamento máximo (CMax) e por um fator de incentivo à doação (Fi) (Lei nº 16.050/2014 do Município de São Paulo, art. 127)²⁶. Assim, no imóvel receptor poderá ser utilizado um potencial construtivo significativo: o seu proprietário poderá edificar uma metragem considerável, sem precisar pagar o preço da outorga do direito de construir²⁷.

²⁵ O Estatuto da Cidade, ao regular a outorga onerosa do direito de construir, dispõe que *o plano diretor poderá fixar áreas nas quais o direito de construir poderá ser exercido acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário* (Lei nº 10.257/2001, art. 28, caput). O plano diretor fixa coeficientes de aproveitamento básicos – únicos ou diferenciados para cada área de cidade – e coeficientes máximos para cada região, *considerando a proporcionalidade entre a infraestrutura existente e o aumento de densidade esperado em cada área* (Lei nº 10.257/2001, art. 28, §§ 1º a 3º). O proprietário que quiser construir até o coeficiente básico nada precisa pagar ao Município; mas, se quiser edificar até o limite máximo, precisa arcar com a outorga onerosa do direito de construir. Trata-se de um dos principais instrumentos de política urbana: por meio dele, o Poder Público municipal pode estimular ou desestimular a verticalização e/ou os tipos de uso dos imóveis urbanos nas diferentes áreas da cidade, levando em consideração a infraestrutura existente. Pode estimular, por exemplo, a construção de habitação social – que pode ser isenta do pagamento de solo criado – ou a verticalização em regiões dotadas de considerável infraestrutura de transportes. Já tivemos a oportunidade de afirmar que a outorga onerosa do direito de construir *permite que as melhorias na ordem urbanística sejam financiadas justamente por aqueles beneficiados pelo processo de urbanização: os proprietários de imóveis urbanos*. O objetivo é fazer com que os benefícios decorrentes do processo de urbanização sejam devidamente distribuídos (Lei nº 10.257/2001, art. 2º, inc. IX) (LEVIN, Alexandre. Outorga onerosa do direito de construir: fundamentos principiológicos, natureza jurídica e disciplina normativa. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDUA*, Belo Horizonte, ano 16, n. 96, p. 9/20, nov./dez. 2017).

²⁶ O PDE do Município de São Paulo estabelece fatores de incentivo para a doação de imóveis, conforme a finalidade de transferência: I – 2,0 (dois) para melhoramentos viários para implantação de corredores de ônibus; II – 1,9 (um e nove décimos) para programas de construção de Habitação de Interesse Social; III – 0,8 (oito décimos) para programas de regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda; IV – 1,4 (um e quatro décimos) para implantação de parques (Lei nº 16.050/2014 do Município de São Paulo, art. 127, §1º). Já na hipótese de TDC sem doação do imóvel cedente, é o coeficiente básico do imóvel cedente que entra no cálculo do total passível de transferência (Lei nº 16.050/2014 do Município de São Paulo, art. 125).

²⁷ Cabe observar que, de acordo com o PDE do Município de São Paulo (Lei nº 16.050/2014, art. 128) *a quantidade de metros quadrados que é retirada do imóvel cedente não é idêntica àquela recebida pelo imóvel receptor. Em outras palavras: não é porque o imóvel cedente aliena 300m² que o imóvel receptor necessariamente receberá esses 300m² – ele poderá receber uma quantidade maior ou menor, dependendo de sua localização. Isso acontece porque, na concepção da TDC do PDE-2014, o valor do metro quadrado de potencial construtivo varia de acordo com o local para o qual será transferido, levando em consideração a escala de investimento público voltado à implantação de infraestrutura já disponibilizada para o local* (SOUZA, Amanda Paulista de; PERETTO, Flávia Taliberti; SEO, He Nem Kim Seo. O Parque Augusta e a multiplicação do potencial construtivo: a TDC para a implantação de parques municipais no PDE-SP de 2014. *Revista Brasileira de Estudos Urbanos e Regionais*, Rio de Janeiro, v. 23, e202102, 2021. DOI: <https://doi.org/10.22296/2317-1529.reurb.202044>. Acesso em: 4 fev. 2022). Com efeito, a fórmula para o cálculo do quantitativo que pode ser utilizado no imóvel receptor está prevista no art. 128 do PDE do Município de São Paulo; a fórmula é aplicável tanto para TDC com doação como para TDC sem doação. De todo o modo, essas considerações não infirmam a tese de que a competência para decidir pela TDC com doação é

Perceba que a doação deve ser vantajosa do ponto de vista financeiro para a Administração: o valor indenizatório destinado a eventual desapropriação do imóvel a ser doado deve ser, a princípio, maior do que o valor do solo criado do qual o Poder Público abrirá mão. Vale lembrar que os recursos obtidos com o pagamento de outorga onerosa também são destinados à implantação de melhoramentos urbanísticos (Lei nº 10.2157/2001, art. 31). O Poder Público deixará de arrecadar quantias significativas se utilizar a TDC de forma indiscriminada, sem levar em conta a perda da receita decorrente do pagamento de outorga onerosa²⁸.

Pode-se até cogitar a hipótese de o montante indenizatório ser menor, mas aí é preciso motivar a doação pelo fato de não dispor o Município, naquele momento, de recursos para desapropriar o bem e de ser a aquisição urgente para o melhoramento que se quer executar. Caso já tenha sido expedido decreto de utilidade pública ou de interesse social que abranja o imóvel cedente, a doação pode se transformar em desapropriação amigável – a indenização pela perda do bem expropriado é paga, nesse caso, ainda que parcialmente, via TDC. O proprietário concorda com a desapropriação, mas exige, como contrapartida, a possibilidade de transferir potencial construtivo²⁹.

Enfim, o Município deve sopesar todos esses fatores, antes de aceitar o imóvel em doação e deferir a transferência do seu potencial construtivo para outro imóvel. Por isso, a competência para decidir sobre o pleito do interessado na TDC com doação de imóvel é amplamente discricionária.

4.2 Competência para deferir pedido de TDC sem doação de imóvel

A competência para decidir sobre pedido de transferência do direito de construir sem doação de imóvel também é discricionária, mas essa espécie de TDC apresenta características que restringem a margem de liberdade da Administração Municipal para deferi-la.

A TDC sem doação de imóvel é destinada, em especial, para as situações em que o imóvel cedente é tombado, por ser *considerado de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural* (Lei nº 10.257/2001, art. 35, inc. II). Não há transferência de domínio, apenas imposição de restrições ao direito de edificar. A intervenção do Poder Público na propriedade pode causar diminuição do seu conteúdo econômico, a gerar a obrigação de ressarcir o proprietário. E o ressarcimento pode ser realizado, como visto, por meio da aplicação da TDC.

amplamente discricionária; ao contrário, o Município deverá levar em conta também, na decisão, a quantidade de potencial a ser utilizada no(s) imóvel(is) receptor(es), com a consequente perda de receita que poderia ser aferida com o pagamento de outorga onerosa nessas áreas.

²⁸ É por essa razão que a Lei de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo do Município de São Paulo (LPUOS), determina que o Conselho Gestor do Fundo de Desenvolvimento Urbano – FUNDURB deve ser ouvido nos casos de TDC de imóveis enquadrados como ZEPEC (Zona Especial de Preservação Cultural) (Lei nº 16.402/2016 do Município de São Paulo, art. 24, §4º). O FUNDURB é o destinatário, no Município de São Paulo, dos valores pagos a título de outorga onerosa do direito de construir (Lei nº 16.050/2014 do Município de São Paulo, art. 115, parágrafo único), e o seu Conselho Gestor dispõe sobre a aplicação dos recursos do fundo (Lei nº 16.050/2014 do Município de São Paulo, art. 339). O órgão deve ser ouvido, portanto, nos casos de TDC, visto que a transferência resultará na perda de arrecadação com a outorga onerosa: o interessado aplicará o potencial transferido da ZEPEC e não pagará o valor da outorga.

²⁹ O PDE do Município de São Paulo faz expressa referência à possibilidade de TDC nos casos de desapropriação amigável, e estabelece que *nos casos de desapropriação amigável, com a concordância do proprietário, os bens poderão ser indenizados exclusivamente mediante a transferência do potencial construtivo calculado nos termos do art. 127* (Lei nº 16.050/2014 do Município de São Paulo, art. 126, §2º).

Pode ser que o tombamento atinja vários imóveis vizinhos, ou mesmo um bairro inteiro³⁰. Os proprietários atingidos pelo tombamento devem ser tratados de forma isonômica pelo Município: os critérios legais aplicáveis para decidir sobre a TDC devem ser objetivos, a fim de que a Administração não conceda o benefício a um proprietário, mas indefira o pedido de outro que esteja em condições equivalentes às do primeiro.

As características da espécie de TDC aqui tratada permitem concluir que a margem de discricionariedade do Poder Público para decidir sobre o seu deferimento não é tão ampla como no caso de TDC com doação de imóvel ao Poder Público.

Não se trata de competência vinculada ou de reconhecer o direito subjetivo do interessado à transferência do potencial construtivo do imóvel tombado, visto que o Estatuto da Cidade estabelece ampla liberdade para o Município disciplinar, por lei, a aplicação do instrumento em seu território (Lei nº 10.257/2001, art. 35, caput e §2º). A legislação local pode estabelecer que a decisão sobre o pedido de TDC seja proferida no exercício da competência discricionária do Poder Público; conceitos indeterminados podem compor os prescritivos legais que regulam o instrumento em âmbito municipal, a permitir que a decisão seja fundamentada em critérios de conveniência e oportunidade da Administração.

Não obstante, a Administração Municipal deve tratar isonomicamente pedidos de TDC de proprietários que se encontrem em situações análogas. Proprietários de imóveis tombados que sejam contíguos, ou que se situem em uma mesma área urbana inteiramente tombada, devem ser tratados de forma similar: a transferência do potencial construtivo, a princípio, deve ser a todos eles deferida.

Claro que a lei local pode prever condições específicas que, se não observadas, levem ao indeferimento do pedido de TDC. A Lei de Zoneamento do Município de São Paulo, por exemplo, estabelece que

O valor pecuniário correspondente à totalidade do potencial construtivo transferido no período referente aos últimos 12 (doze) meses em relação às transferências do direito de construir sem doação nos termos do art. 124 da, de 31 de julho de 2014 – PDE, não poderá exceder a 5% (cinco por cento) do valor total arrecadado no FUNDURB no mesmo período, considerando a data do pedido da certidão de transferência de potencial construtivo (Lei nº 16.402/2016, art. 24, §5º).

O dispositivo tem sua razão de ser: o deferimento da TDC impede que novos valores ingressem no Fundo Desenvolvimento Urbano, já que os proprietários dos imóveis receptores utilizam o potencial adquirido para construir acima do coeficiente de aproveitamento básico, a tornar desnecessário o pagamento da outorga onerosa. Como dito, quanto maior o potencial transferido via TDC, menor o montante arrecadado a título de outorga onerosa pelo Município. Assim, no Município de São Paulo, os quantitativos transferidos via TDC sem doação de imóvel não podem ser superiores a cinco por cento do total arrecadado pelo FUNDURB nos últimos doze meses – a maior fonte de arrecadação do fundo é a outorga

³⁰ Nesse sentido, o Plano Diretor do Município de São Paulo prevê que as Zonas Especiais de Preservação Cultural (ZEPEC) são porções do território destinadas à preservação, valorização e salvaguarda do patrimônio cultural, e podem ser constituídas tanto por imóveis (Bens Imóveis Representativos – BIR) como por áreas urbanas (Áreas de Urbanização Especial – AUE; Áreas de Proteção Paisagística – APPa); e Área de Proteção Cultural – APC) (Lei nº 16.050/2014 do Município de São Paulo, arts. 61-63).

onerosa³¹ e a TDC não pode substituí-la por completo, sob pena de tornar desnecessário o seu pagamento pelos interessados em construir acima do coeficiente básico.

Trata-se, no entanto, de requisito objetivo: a TDC sem doação de imóvel não será aprovada, no Município de São Paulo, se a totalidade de potencial construtivo transferida mediante esse instrumento já tiver superado 5% (cinco por cento) do total arrecadado pelo FUNDURB nos últimos doze meses, considerando a data do pedido da certidão de transferência de potencial construtivo.

Isso não quer dizer que a competência para decidir sobre a TDC sem doação de imóvel seja vinculada. O Estatuto da Cidade não prevê requisitos objetivos para atribuir ao interessado o direito subjetivo à transferência do potencial construtivo (Lei nº 10.257/2001, art. 35), ao contrário do que faz com a usucapião – por meio deste instrumento, regulado pelo art. 9º do Estatuto da Cidade, o possuidor que cumprir os requisitos legais tem direito subjetivo a adquirir a propriedade do imóvel urbano³².

Nada impede, portanto, que a legislação municipal preveja condições subjetivas para que seja reconhecido o direito à TDC sem doação do imóvel. O Plano Diretor do Município de São Paulo, por exemplo, prevê que os imóveis urbanos enquadrados como Zonas Especiais de Preservação Ambiental (ZEPAM)³³ podem transferir seu potencial construtivo básico, desde que haja autorização do Conselho Gestor do FUNDURB e parecer favorável da Secretaria do Verde e Meio Ambiente – SVMA. Além disso, a TDC, nesse caso, fica condicionada à celebração de Termo de Compromisso Ambiental – TCA, *no qual o proprietário do imóvel cedente assume as obrigações de preservação das características da área, e são definidas as sanções cabíveis previstas pela legislação ambiental no caso de descumprimento das obrigações assumidas* (Lei nº 16.050/2014 do Município de São Paulo, art. 124, §1º, incs. I e II)³⁴. Vê-se que a margem de liberdade do Poder Público municipal para decidir o pedido de TDC é, aqui, mais ampla, em especial porque as obrigações constantes do Termo de Compromisso Ambiental podem variar caso a caso, a depender da vegetação presente e da localização do imóvel, dentre outros fatores.

Sem embargo, é possível afirmar que, na hipótese de TDC sem doação, a margem de discricionariedade da Administração é menor do que na TDC com doação do imóvel.

Na TDC sem doação, ainda que a lei municipal atribua considerável margem de liberdade para a Administração deferir ou não o pedido de transferência, inexistente a possibilidade de tratamento desigual a interessados que se encontrem em situações equivalentes.

Já na TDC com doação do imóvel, como o Poder Público tem um grau de liberdade maior para decidir, imóveis vizinhos podem receber tratamento diverso – o Município pode aceitar a doação de um dos imóveis e rejeitar a do outro. Como visto, são muitos

³¹ Há outras fontes de financiamento do FUNDURB (Lei nº 16.050/2014 do Município de São Paulo, art. 337), mas os recursos provenientes do pagamento da outorga onerosa constituem parcela significativa do total.

³² Os requisitos para a usucapião especial urbana têm assento no Texto Constitucional (CF, art. 183).

³³ As Zonas Especiais de Proteção Ambiental (ZEPAM) são definidas pelo Plano Diretor do Município de São Paulo como *porções do território do Município destinadas à preservação e proteção do patrimônio ambiental, que têm como principais atributos remanescentes de Mata Atlântica e outras formações de vegetação nativa, arborização de relevância ambiental, vegetação significativa, alto índice de permeabilidade e existência de nascentes, entre outros que prestam relevantes serviços ambientais, entre os quais a conservação da biodiversidade, controle de processos erosivos e de inundação, produção de água e regulação microclimática* (Lei nº 16.050/2014 do Município de São Paulo, art. 69).

³⁴ Nos termos do Decreto nº 57.536/2016 do Município de São Paulo, o Termo de Compromisso Ambiental deve ser firmado com a Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente.

os aspectos a serem considerados na análise do pleito: técnicos, financeiros, temporais. Não é possível, na hipótese de TDC com doação, estabelecer critérios legais objetivos para a análise do pleito do interessado.

De modo que a competência para decidir o pedido de TDC com doação do imóvel está em grau mais elevado na “escala da discricionariedade” do que a competência atribuída ao Município para decidir o pedido de TDC sem doação.

Não nos esqueçamos que uma das diretrizes que fundamentam a transferência do direito de construir é a justa distribuição dos ônus da atividade urbanística. Os ônus não seriam distribuídos de forma justa se proprietários em situações equivalentes fossem tratados de forma desigual.

O tratamento isonômico aos proprietários de imóveis tombados, por parte da Administração Municipal, vai ao encontro, também, de outra diretriz que fundamenta a TDC: a proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico (Lei nº 10.257/2001, art. 2º, inc. XII). Como visto, os donos dos imóveis podem obter, com a transferência do potencial construtivo, os recursos necessários à manutenção do bem protegido. É importante que o instrumento seja regulado por meio de critérios objetivos, a fim de atrair o maior número possível de interessados, sejam proprietários dos imóveis cedentes, sejam investidores que adquiram o potencial cedido.

5. Previsão no plano diretor municipal

O Estatuto da Cidade exige que a transferência do direito de construir seja prevista no plano diretor municipal, para que possa ser aplicada como ferramenta de política urbana. Assim como faz com diversos outros instrumentos urbanísticos, a Lei Federal estabelece que a utilização da TDC deve estar regulada em *lei municipal, baseada no plano diretor* (Lei nº 10.257/2001, art. 35, caput).

Com efeito, a aplicação dos instrumentos jurídico-urbanísticos depende, salvo raras exceções, da sua previsão no plano diretor municipal. Assim, o parcelamento, edificação e utilização compulsórios de imóveis urbanos (Constituição Federal, art. 182, §4º; Lei nº10.257/2001, arts. 5º e 6º), o direito de preempção (Lei nº10.257/2001, art. 25), a outorga onerosa do direito de construir (Lei nº10.257/2001, arts. 28 a 31), a operação urbana consorciada (Lei nº10.257/2001, arts. 32 a 34-A), dentre outros, somente podem ser aplicados se lei municipal, baseada no plano diretor, expressamente regular sua utilização.

Trata-se de aplicação do *princípio da reserva de plano*: o plano diretor é o *instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana* (CF, art. 182, §1º) e faz o papel de guia da política urbana levada a cabo pela Administração³⁵. A norma preceitua que o planejamento urbano deve ser unificado em um único documento.

As principais orientações e instrumentos do planejamento urbano local devem estar inseridos no plano diretor. As principais decisões sobre organização do espaço urbano devem constar da lei que o institui. Por isso, qualquer outro diploma local sobre

³⁵ Victor Carvalho Pinto explica que o princípio da reserva de plano “consiste na exigência de que as medidas que possam vir a afetar a transformação do território constem dos planos urbanísticos, como condição para que possam ser executadas” (PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. São Paulo: RT, 2005, p. 217).

matéria urbanística deverá encontrar respaldo na lei que prevê o plano diretor. Assim, por exemplo, uma lei municipal somente pode criar uma operação urbana consorciada se houver previsão para tanto na lei que institui o plano diretor. Da mesma forma, a outorga onerosa do direito de construir somente pode ser aplicada se prevista no plano; nesse caso, lei municipal específica, fundamentada na lei do plano, pode estabelecer condições a serem observadas para o uso da outorga³⁶.

Também o uso da TDC depende de previsão no plano diretor e em lei municipal específica. A lei municipal que institui o plano diretor estabelece regras genéricas sobre o instituto, enquanto outra lei local, cujo objeto é somente a TDC, detalhará seu processo de aplicação (Lei nº 10.257/2001, art. 35, §2º).

Trata-se do mesmo mecanismo aplicável a outros instrumentos urbanísticos, como a operação urbana consorciada (Lei nº 10.257/2001, art. 35 a 34-A) – a lei do plano diretor escolhe quais instrumentos podem ser utilizados na execução da política urbana, enquanto a lei específica minudencia o emprego da ferramenta.

O Estatuto da Cidade concede ao Município uma margem considerável de liberdade para regulamentar a TDC, mas a legislação local não pode deixar de tratar de pontos essenciais para sua efetiva aplicação: a fórmula do cálculo do potencial a ser transferido do imóvel cedente e do potencial que poderá ser utilizado nos imóveis receptores; as autoridades competentes para decidir sobre o pedido de transferência; o procedimento de expedição da declaração de potencial construtivo passível de transferência e da certidão de transferência de potencial construtivo³⁷, dentre outros.

Apesar da discricionariedade de que goza a Administração Municipal para escolher entre utilizar ou não a TDC, caso opte pela sua aplicação, deve pautá-la em critérios legais objetivos, a evitar o uso anti-isonômico do instrumento e a trazer segurança jurídica e confiança aos interessados em utilizá-lo.

6. Registro da TDC nas matrículas dos imóveis cedente e receptor

Outra regra constante do Estatuto que prestigia o princípio da segurança jurídica é a que impõe que seja a transferência do potencial construtivo realizada mediante escritura pública (Lei nº 10.257/2001, art. 35, caput). A norma vai ao encontro da prescrição do Código Civil que diz ser a lavratura de escritura pública requisito de validade dos negócios jurídicos que visem à transferência de direitos reais (Código Civil, art. 108). Embora o Estatuto da Cidade não preveja expressamente, a escritura deve ser averbada junto às matrículas do imóvel cedente e do imóvel receptor, visto que os direitos reais, transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis (Código Civil, art. 1.227)³⁸.

³⁶ Já afirmamos que todas as leis municipais sobre organização do espaço urbano devem estar fundamentadas na lei que prevê o plano diretor: caso seus textos sejam contrários ao plano, serão inválidas (LEVIN, Alexandre. Plano diretor como instrumento jurídico fundamental de organização do espaço urbano. *Fórum de Dir. Urbano e Ambiental – FDU*, Belo Horizonte, ano 17, n. 99, p. 9-33, maio/jun. 2018).

³⁷ O Decreto nº 57.536/2016, do Município de São Paulo, prevê que a *Declaração de Potencial Construtivo Passível de Transferência* declara o potencial construtivo passível de transferência pelo imóvel emissor, enquanto a *Certidão de Transferência de Potencial Construtivo* certifica a transferência do potencial construtivo para o imóvel receptor (art. 4º, incs. I e II).

³⁸ GASPARINI, Diogenes. *O Estatuto...* Op. cit., p. 193-194. Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho, *deve o contrato, formalizado pela escritura pública, ser levado ao cartório de registro de imóveis para inscrição desse fato jurídico. A razão*

A transferência do potencial construtivo deve ser realizada mediante escritura pública, a ser registrada tanto na matrícula do imóvel cedente como na matrícula do imóvel receptor³⁹. O registro permite o controle sobre a quantidade de potencial construtivo transferida do imóvel emissor e efetivamente utilizada no imóvel receptor. Como visto, o potencial adquirido substitui o pagamento de outorga onerosa, já que o proprietário adquirente não precisará pagar pelo solo criado, caso pretenda construir até o coeficiente de aproveitamento máximo, definido pelo plano diretor. Assim sendo, o Poder Público Municipal deve ter o controle sobre o quanto de potencial já foi utilizado em cada imóvel, para saber o quanto de receita de outorga onerosa ele já renunciou e se há ainda algum potencial a ser adquirido pelo proprietário, via pagamento da outorga.

O registro da TDC nas matrículas dos imóveis emissores e receptores serve, também, para proteger os eventuais adquirentes desses imóveis – dessa forma, podem os compradores saber o quanto poderão construir sobre o lote, já que uma parte do potencial já foi transferida para outra área. A quantidade de potencial construtivo utilizável influi, certamente, na decisão pela compra do bem e no preço a ser pago, e o terceiro adquirente, a partir do registro, não pode alegar, posteriormente, que não conhecia a TDC realizada.

Interessante notar que o registro da transferência deve ser realizado ainda que imóvel emissor e receptor pertençam ao mesmo proprietário. O Estatuto da Cidade permite ao dono de imóvel tombado alienar o potencial não utilizado ou transferi-lo para outro imóvel de sua propriedade (Lei nº 10.257/2001, art. 35, caput). Nesse caso, também deve haver registro do potencial transferido dos imóveis envolvidos, tanto para controle da Administração sobre os coeficientes já empregados quanto para a ciência por parte de terceiros interessados em adquiri-los.

7. Considerações finais

A diferença fundamental entre as duas espécies de transferência do direito de construir está relacionada à amplitude da discricionariedade de que goza a Administração Pública Municipal para analisar o pedido formulado pelo interessado.

Na TDC com doação, a competência discricionária da Administração é mais ampla, visto que são muitos os fatores que devem ser levados em conta no momento de aceitar ou não o bem doado, em troca da transferência de potencial construtivo. O Poder Público deve verificar se o imóvel objeto da doação é, de fato, o mais apropriado para executar o melhoramento urbanístico que se quer implantar, e se o momento é o mais oportuno para a aquisição do imóvel via doação.

Ainda, a doação deve ser vantajosa do ponto de vista financeiro para a Administração: o valor indenizatório destinado a eventual desapropriação do imóvel a ser doado deve ser, a princípio, maior do que o valor do solo criado do qual o Poder Público abrirá mão. Afinal, os recursos obtidos com o pagamento de outorga onerosa também são destinados à implantação de melhoramentos urbanísticos (Lei nº 10.2157/2001, art. 31). O Poder Público

é simples: refletindo-se o contrato sobre o direito de propriedade, cumpre dar-se ao fato jurídico por ele criado efeito 'erga omnes', que é exatamente a função do registro no cartório imobiliário (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 233).

³⁹ Exigências que constam do Decreto nº 57.536/2016 do Município de São Paulo, que regulamenta a Transferência do Direito de Construir nos casos em que não há doação do imóvel cedente (art. 12, §§1º a 4º).

deixará de arrecadar quantias significativas se utilizar a TDC de forma indiscriminada, sem levar em conta a perda da receita decorrente do pagamento de outorga onerosa por parte dos interessados em construir acima do coeficiente básico de aproveitamento do lote. Esses interessados farão uso do potencial transferido via TDC e não pagarão o preço da outorga aos cofres públicos.

Pode-se até cogitar de hipótese em que o montante indenizatório seja menor, mas aí é preciso motivar a doação pelo fato de não dispor o Município, naquele momento, de recursos para desapropriar o bem, e de ser a aquisição urgente para o melhoramento que se quer executar. Caso já tenha sido expedido decreto de utilidade pública ou de interesse social que abranja o imóvel cedente, a doação pode se transformar em desapropriação amigável – a indenização pela perda do bem expropriado é paga, nesse caso, ainda que parcialmente, via TDC. O proprietário concorda com a desapropriação, mas exige, como contrapartida, a possibilidade de transferir potencial construtivo.

Enfim, o Município deve sopesar todos esses fatores, antes de aceitar o imóvel em doação e deferir a transferência do seu potencial construtivo para outro imóvel. Por isso, a competência para decidir sobre o pleito do interessado na TDC *com doação* de imóvel é amplamente discricionária.

A competência para decidir sobre pedido de transferência do direito de construir *sem doação* de imóvel também é discricionária, mas essa espécie de TDC apresenta características que restringem a margem de liberdade da Administração Municipal para deferir-la.

Na TDC sem doação, ainda que a lei municipal atribua considerável margem de liberdade para a Administração deferir ou não o pedido de transferência, inexistente a possibilidade de tratamento desigual a interessados que se encontrem em situações equivalentes.

Isso não quer dizer que a competência para decidir sobre a TDC sem doação de imóvel seja vinculada. O Estatuto da Cidade não prevê requisitos objetivos para atribuir ao interessado o direito subjetivo à transferência do potencial construtivo (Lei nº 10.257/2001, art. 35), ao contrário do que faz com a usucapião – por meio deste instrumento, regulado pelo art. 9º do Estatuto da Cidade, o possuidor que cumprir os requisitos legais tem direito subjetivo a adquirir a propriedade do imóvel urbano.

Não obstante, a Administração Municipal deve tratar isonomicamente pedidos de TDC de proprietários que se encontrem em situações análogas. Proprietários de imóveis tombados que sejam contíguos ou que se situem em uma mesma área urbana inteiramente tombada, devem ser tratados de forma similar: a transferência do potencial construtivo, a princípio, deve ser a todos eles deferida.

De modo que a competência para decidir o pedido de TDC com doação do imóvel está em grau mais elevado na “escala da discricionarietà” do que a competência atribuída ao Município para decidir o pedido de TDC sem doação.

O Estatuto da Cidade concede ao Município uma margem considerável de liberdade para regulamentar a TDC, mas a legislação local não pode deixar de tratar de pontos essenciais para sua efetiva aplicação: a fórmula do cálculo do potencial a ser transferido do imóvel cedente e do potencial que poderá ser utilizado nos imóveis receptores; as autoridades competentes para decidir sobre o pedido de transferência; o procedimento de expedição da declaração de potencial construtivo passível de transferência e da certidão de transferência de potencial construtivo, dentre outros.

Apesar da discricionariedade de que goza a Administração Municipal para escolher entre utilizar ou não a TDC, caso opte pela sua aplicação, deve pautá-la em critérios legais objetivos, a evitar o uso anti-isonômico do instrumento e a trazer segurança jurídica e confiança aos interessados em utilizá-lo.

Referências bibliográficas

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.
- FERNANDEZ, Antonio Carceller. *Instituciones de Derecho Urbanístico*. 2. ed. Madrid: Montecorvo, 1981.
- GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GASPARINI, Diogenes. *O Estatuto da Cidade*. São Paulo: Editora NDJ, 2002.
- GUERRA, Maria Magnólia Lima. *Aspectos jurídicos do uso do solo urbano*. Fortaleza: Imprensa Universitária da UFC, 1981.
- LEVIN, Alexandre. Autonomia do Direito Urbanístico e seus princípios fundamentais. *Revista Brasileira de Direito Urbanístico – RBDU*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan./jul. 2016.
- LEVIN, Alexandre. Plano diretor como instrumento jurídico fundamental de organização do espaço urbano. *Fórum de Dir. Urbano e Ambiental – FDU*, Belo Horizonte, ano 17, n. 99, p. 9-33, maio/jun. 2018.
- LEVIN, Alexandre. Outorga onerosa do direito de construir: fundamentos principiológicos, natureza jurídica e disciplina normativa. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU*, Belo Horizonte, ano 16, n. 96, p. 9-20, nov./dez. 2017.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. As normas gerais de direito urbanístico. In: *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 20, dez./jan./fev. 2009/2010.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 9. ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Adilson Abreu Dallari, Daniela Libório Di Sarno. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Introdução ao direito ecológico e ao direito urbanístico: instrumentos jurídicos para um futuro melhor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. São Paulo: RT, 2005.
- SILVA, Romeu Faria Thomé da. *Manual de direito ambiental*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.
- SOUZA, Amanda Paulista de; PERETTO, Flávia Taliberti; SEO, He Nem Kim Seo. O Parque Augusta e a multiplicação do potencial construtivo: a TDC para a implantação de parques municipais no PDE-SP de 2014. *Revista Brasileira de Estudos Urbanos e Regionais*, Rio de Janeiro, v. 23, e202102, 2021. DOI: <https://doi.org/10.22296/2317-1529.reurb.202044>. Acesso em: 4 fev. 2022.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.