



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 033122733

EMENTA Nº 12.180

Projeto de Intervenção Urbana do Ginásio do Ibirapuera. Previsão de uso de potencial construtivo adicional. Outorga onerosa do direito de construir. Bem municipal. Inviabilidade de cobrança (Ementa n. 12.003 – PGM-AJC). Encargo em favor do Estado que não altera a natureza do bem, sem prejuízo da atuação do Município, na qualidade de proprietário ou regulador, em relação ao aproveitamento da área.

INTERESSADA: Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano

ASSUNTO: Outorga onerosa do direito de construir. Projeto de Intervenção Urbana do Ginásio do Ibirapuera.

Informação n. 989/2020 - PGM-AJC

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

COORDENADORIA GERAL DO CONSULTIVO

Senhor Coordenador Geral

O presente foi iniciado a partir de questionamentos das gerências de Planejamento e Projetos Urbanos e de Estruturação de Projetos da Diretoria de Desenvolvimento da São Paulo Urbanismo, surgidos no desenvolvimento do Projeto de Intervenção Urbana (PIU) para o Complexo Desportivo Constâncio Vaz Guimarães (PIU Ginásio do Ibirapuera), objeto do SEI n. 6066.2020/0001263-2, especificamente quanto à incidência de outorga onerosa do direito de construir.

Segundo informações da Gerência de Planejamento e Projetos Urbanos da São Paulo Urbanismo, o Complexo Desportivo Constâncio Vaz Guimarães, conhecido como Complexo Ginásio do Ibirapuera, é um equipamento público gerido pelo Governo do Estado de São Paulo, o qual, em vista de suas características urbanísticas excepcionais, foi classificado como ZOE – Zona de Ocupação Especial pela Lei n. 16.402/2016, devendo, assim, ser objeto de um PIU para a definição de parâmetros específicos de parcelamento, uso e ocupação do solo adequados às suas especificidades (art. 15, § 1º, da referida lei). A Lei Estadual n. 17.099/19 autorizou o Executivo estadual a conceder o complexo à iniciativa privada, por um período de até 35 anos. No entanto, o lote em que se situa o ginásio pertence ao Município. A Lei n. 16.050/14, em seu art. 171, isenta de pagamento de outorga onerosa de potencial construtivo adicional as novas construções ou reformas com ampliação de área construída em bens públicos reversíveis da administração pública direta e indireta. Em vista disso, o

Governo do Estado questionou a dispensa de contrapartida financeira, no âmbito do SEI relativo ao PIU, tendo DEUSO entendido que o projeto se enquadraria na hipótese de dispensa de contrapartida. Afirma a Gerência que a concessão do complexo, concebida integralmente pelo Estado, faria reverter em favor deste os edifícios ao final do contrato. Além disso, observa que os usos previstos não são incentivados por fator social, segundo o Plano Diretor Estratégico (PDE), e que, de acordo com o art. 116 do referido plano, o potencial construtivo adicional é um bem jurídico dominical, de titularidade da Prefeitura, com funções urbanísticas e socioambientais. Assim, questiona a razoabilidade da aplicação do art. 171 da Lei n. 16.402/16 (doc. 030004096).

A Gerência Jurídica da São Paulo Urbanismo entende que a gratuidade do potencial adicional, associada à reversibilidade dos bens, nos termos do referido art. 171, só teria razão quando se tratar de bem reversível à Municipalidade, já que não poderia o Município pagar a si mesmo. Isso apenas ocorreria se o montante incorporado ao lote retornasse ao patrimônio municipal, para seu uso e gozo futuro. Se a dispensa de pagamento de outorga fosse estendida a outros entes públicos, seriam eles também titulares do potencial adicional, contrariando o disposto no PDE, com a previsão de um incentivo independente do uso ou da função pública, em prejuízo do recebimento de receitas pelo FUNDURB. A intenção do PDE seria beneficiar usos com funções públicas, e não os entes públicos em si, como ocorreria no caso, em que a reversibilidade se dará em benefício do Estado de São Paulo. Seria factível um modelo de negócio interfederativo, com a participação direta da Municipalidade, que poderia ofertar gratuitamente o potencial em troca de algum benefício, mas essa hipótese não foi considerada na concessão em questão. Não há perspectiva de que os imóveis em questão voltem a ser usados pelo Município ao final da concessão, a menos que a relação entre os entes públicos venha a ser alterada. O complexo esportivo está na posse do ente estadual desde 1944, ocasião em que foi reservada área específica em terreno transferido à Municipalidade para a instalação escolar e esportiva da Diretoria de Esportes, podendo o Estado construir e fazer funcionar na mesma a citada instalação, de acordo com o Decreto-lei estadual n. 13.291/43. Por tais razões, não seria razoável a aplicação direta do benefício estabelecido no art. 171 da Lei n. 16.402/16 ao caso (doc. 030298811).

DEUSO observou que as questões urbanísticas devem ser avaliadas na elaboração do PIU, tendo a Coordenadoria efetuado anteriormente uma leitura simples e direta do art. 171 da Lei n. 16.402/16. Apontou, ainda, que a contrapartida pelo potencial construtivo adicional é modulada pelos fatores social e de planejamento, a fim de viabilizar determinados usos e incentivar certas localizações, podendo levar à gratuidade da outorga do potencial quanto equivalem a zero. Por outro lado, o projeto em questão prevê a criação de um centro esportivo e cultural, com exploração econômica pelo concessionário, o que reforçaria o questionamento quanto à razoabilidade da dispensa de outorga onerosa do direito de construir. Não obstante, a questão fundamental diria respeito à titularidade da área do complexo, que se sobrepõe à questão dos usos propostos. Por fim, destacou a necessidade de uma análise conjunta entre a gratuidade decorrente do referido art. 171 e a natureza do potencial construtivo adicional. De todo modo, ponderou que a questão deve ser avaliada do ponto de vista jurídico (doc. 030818834).

PLANURB observou que a localização do imóvel não enseja aplicação de fator de planejamento favorável e que apenas parte das atividades a serem instaladas no local ensejariam a gratuidade da outorga onerosa em razão do fator social. Assim, somente estas deveriam ser contempladas pela isenção da contrapartida. Propôs igualmente, contudo, encaminhamento à PGM, após manifestação de SMDU-AJ (doc. 030871206).

SMDU-AJ observou que o art. 171 da Lei n. 16.402/16 acrescentou uma nova hipótese de fator de planejamento àquelas que constaram da Lei n. 16.050/14, isentando de pagamento pela outorga onerosa de potencial construtivo adicional e impondo que a ampliação de área construída com ou sem mudança de uso ocorra em bem público reversível da administração pública direta ou indireta. O dispositivo, assim, não condiciona a gratuidade aos usos a serem instalados, mas à utilização do potencial em bem público reversível, cabendo analisar se estariam abrangidos os bens de quaisquer

entidades da administração pública direta e indireta ou apenas da administração pública do Município de São Paulo. A interpretação literal levaria à conclusão de que o dispositivo alcançaria os bens de quaisquer reversíveis de quaisquer entidades federativas, dada a ausência de distinção a respeito no dispositivo em questão. No entanto, sendo o potencial construtivo um bem jurídico dominical, de titularidade da Municipalidade, não seria aceitável que ele fosse outorgado gratuitamente a outro ente da federação, sem benefício alguma para a Urbe e em prejuízo da arrecadação do FUNDURB. Além disso, a outorga gratuita implicaria vantagem competitiva indevida, incompatível com os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa, a empreendedores privados. Por isso, a interpretação sistemática do dispositivo levaria à exclusão do benefício no caso de bens públicos reversíveis de outras entidades federativas. No caso em questão, embora se trate de bem municipal, o bem reverterá ao usufruto do Estado de São Paulo ao final da concessão, de modo que não incide o benefício, ficando isentos de contrapartida apenas os usos enquadrados no fator social zero, nos termos do PDE. Por fim, observou que poderia ser admissível, em tese, que o pagamento da contrapartida fosse realizado não em dinheiro, mas em *in natura*, na forma de benefícios urbanísticos gerados pela recuperação do complexo esportivo, mediante a demonstração da viabilidade e vantajosidade econômico-financeira da operação, propondo a manifestação da PGM a esse respeito (doc. 030892572).

Em vista disso, SMDU encaminhou o expediente à PGM (doc. 030917271), sendo ele remetido, depois, a esta Coordenadoria (doc. 031517369).

Foi solicitada a CGPATRI juntada da escritura correspondente Transcrição n. 35.293, do 1º Cartório de Registro de Imóveis, tendo sido anexado tal registro (doc. 032626509). Posteriormente, obtivemos por meio do Gabinete da PGM a escritura correspondente, também providenciada por CGPATRI, que foi juntada ao presente (doc. 033113037).

É o breve relatório.

Em precedente analisado por esta Assessoria, relativo à discussão sobre a cobrança de outorga onerosa no caso dos terminais urbanos situados em bens municipais, assim se fez constar:

Não obstante, ainda que a análise sob a perspectiva do regime da concessão, à luz da Lei n. 16.211/15, seja suficiente para respaldar a incidência do disposto no art. 171 da Lei n. 16.402/16, não é essa a perspectiva que parece a mais adequada para a solução da questão.

Na verdade, embora a lei se refira a bens públicos reversíveis, o que sugere alguma remissão ao regime de concessão de serviços públicos, a dispensa do pagamento de outorga onerosa parece mais relacionada ao fato de que o potencial construtivo adicional permanecerá no futuro com o próprio Poder Público, por força de tal reversão. Nessa linha, não haveria sentido em cobrar outorga onerosa pelo potencial construtivo se este está acedendo ao próprio bem, que continuará no domínio municipal após o término do contrato.

Assim compreendida a dispensa do pagamento de outorga onerosa, não parece relevante que o bem seja ou não indispensável à prestação do serviço em questão. O elemento que justifica a regra excepcional não é a integração do potencial construtivo na prestação efetiva do serviço público, mas a manutenção do bem no domínio público, acrescido desse potencial adicional, ao término da concessão. A lei reconhece a possibilidade de que o bem público esteja em poder de terceiros, mas, tendo em conta a reversão ao patrimônio municipal, estabelece que a outorga onerosa não será cobrada nesse caso (Ementa n. 12.003 – PGM-AJC).

Portanto, a questão antecedente a ser respondida diz respeito a se, em vista da titularidade do bem, seria cabível, no caso, o pagamento de outorga onerosa do direito de construir. De fato, se o potencial construtivo adicional, embora utilizado, continua na titularidade do Município, ele não é objeto de *outorga* a terceiro, sendo descabido pagamento para que seja apenas acrescido a um determinado terreno municipal.

Daí a necessidade de analisar a situação específica do imóvel em questão. Trata-se, com efeito, de bem recebido pelo Município em doação pelo Município com base no Decreto-Lei estadual n. 13.291/43, para o fim de completar o Parque do Ibirapuera e proporcionar ambiente arquitetônico e paisagístico ao monumento das Bandeiras, assim como a estabelecer ligação do parque com a Avenida Brasil (art. 2º, III). Parte da área, contudo, situada na sua extremidade superior, medindo 105.340 m², foi reservada para a instalação escolar e esportiva da Diretoria de Esportes, que o Estado poderia construir e fazer funcionar, sem outra restrição que não a de manter o aspecto do parque e apresentar seus projetos à aprovação arquitetônica e paisagística da Prefeitura para harmonização do conjunto (art. 2º, § 1º). Ficou vedado, no mais, que se desse ao imóvel uso diverso do prescrito, devendo não somente o Município promover os trabalhos para aproveitamento do bem, mas também o Estado, na parcela reservada à Diretoria de Esportes, parcela que reverteria ao Município, incorporando-se ao parque, caso não aproveitada para o fim previsto (art. 2º, § 2º).

Esse arranjo foi reproduzido na escritura lavrada entre as partes (doc. 033113037), que constitui o fundamento para que, até hoje, o imóvel seja ocupado pelo Poder Público Estadual. Tecnicamente, parece haver uma espécie de encargo, a ser suportado pelo Município, imposto por ocasião da doação. Esse encargo, embora perpétuo, não torna o Estado titular de direitos reais – já que estes são previstos de modo taxativo em lei e estão sujeitos a registro –, mas de um direito pessoal, decorrente de contrato, a ser exercido em relação à própria Municipalidade.

A questão da propriedade, contudo, não seria definitiva sob a perspectiva do entendimento adotado por SMDU-AJ. Segundo ali sustentado, para que se justificasse o benefício previsto no art. 171 da Lei n. 16.402/16, seria preciso que o bem pudesse ser aproveitado, pelo Município, na prática, ao final da concessão, ainda que o potencial construtivo acesse, por força da atividade edilícia, ao bem municipal.

Com o devido respeito a tal entendimento, não parece possível acompanhá-lo.

Com efeito, a questão relativa ao benefício prático decorrente do aproveitamento do bem não deve ser considerada como elemento determinante, sob uma perspectiva jurídica, para a definição da questão aqui envolvida. De fato, o potencial construtivo, caso outorgado, não deixará o patrimônio municipal e fará aumentar o valor do bem em favor do Município, titular do domínio.

Sob este aspecto, vale notar que estão em curso tratativas para a realização de permutas entre o Município e o Estado para a regularização de ocupações recíprocas (SEI n 6011.2019/0000667-3), de modo que, caso o bem em questão venha a ser permutado, já depois da obtenção do potencial construtivo e de sua conversão em área edificada, o valor correspondente a este deverá ser considerado na avaliação do bem.

A mais relevante objeção a esse argumento é evidente: o Município poderia fazer um *mau negócio* ao permitir que fosse permitido ao Estado utilizar gratuitamente esse potencial construtivo, juntamente com o terreno, por tempo indefinido. Nessa linha, se suportar o encargo decorre da própria doação original, isso não se imporia em relação ao potencial construtivo, que precisaria oferecer alguma utilidade ao Município. Isso, contudo, não diz respeito diretamente à exigibilidade da outorga onerosa, mas à própria decisão de admitir que o Estado, como beneficiário do encargo, aumente, a seu critério, o aproveitamento do bem municipal. Em relação a essa decisão, o acréscimo de potencial construtivo ao terreno é apenas acessória.

Na verdade, a decisão relevante diz respeito à viabilidade de aceitar que o beneficiário do encargo promova edificação no terreno. Essa decisão deve ser tomada pela Municipalidade, na qualidade de proprietária, não somente com base nos termos do contrato que originou o encargo, mas também em vista de seus interesses, sob uma perspectiva de gestão patrimonial. Nessa linha, seria apropriado que a Municipalidade aproveitasse a ocasião para, em seu favor, modificar ou extinguir o arranjo existente. Seria possível, por exemplo, instituir uma concessão administrativa de uso, com prazo determinado, em lugar do encargo atualmente existente. Seria também possível efetuar as permutas

já mencionadas, o que levaria à alienação onerosa do potencial construtivo adicional, caso já incorporado ao terreno.

Observe-se, ademais, que nem sequer se encontra vedada a outorga de benefícios gratuitos ao Estado, desde que isso se faça no exercício dos poderes de titular do domínio, segundo o regime jurídico correspondente. O que não parece aceitável é uma omissão em relação ao exercício desses poderes, que levaria a uma concordância passiva com a concessão a ser outorgada e com a consequente execução de edificações no imóvel municipal, tendo como compensação o pagamento de outorga onerosa pelo fato de essas edificações não atenderem ao interesse municipal.

Além disso, não se pode deixar de levar em conta o próprio projeto urbanístico desenvolvido para o local, que é de responsabilidade da Urbe, na qualidade de ente responsável pela regulação urbanística. Do ponto de vista da inserção urbana, portanto, é de se considerar que o projeto será adequado e que o uso do potencial construtivo estará justificado pelo interesse público. Assim, sendo a utilização do potencial adicional decorrente de um projeto desenvolvido pela própria Municipalidade, presume-se que estariam a ser desempenhadas as funções urbanísticas e socioambientais correspondentes (art. 116), as quais, aliás, não estão estritamente relacionadas ao recebimento de uma contrapartida em dinheiro, tendo em conta as várias situações em que esta é dispensada pela lei.

Assim, não é possível afirmar que a utilização do potencial construtivo adicional ocorreria em prejuízo da Urbe, porque ele, de fato, acederia ao bem, segundo as regras aplicáveis ao instituto. Na configuração jurídica atual é o encargo que, desde logo, impediria o uso e a fruição do bem imóvel diretamente pela Urbe, com o acréscimo de potencial construtivo, levando a uma falsa impressão de que essa desvantagem decorreria unicamente da ausência de pagamento por esse potencial. Mas a desvantagem não está relacionada ao pagamento da outorga, e sim ao encargo em questão. Um hipotético pagamento da outorga, por sua vez, não remediaría o fato de que o bem em questão não é atualmente aproveitado pelo Município, apesar de proprietário, nem tornaria meritório um projeto que não atendesse ao interesse municipal sob a perspectiva urbanística.

A concessão pretendida pelo Estado não alteraria esse panorama, pois o bem continuaria sob o controle do outro ente, sem que o Município pudesse auferir os benefícios práticos decorrentes da qualidade de titular do domínio. Vale notar, sem embargo, que não seria possível falar em benefícios diretos por parte do concessionário, sobretudo porque a operação seria intermediada pelas avaliações correspondentes ao objeto concedido e, depois, submetida a certame licitatório. Com isso, o concessionário pagaria ao Estado pelo privilégio de exploração que lhe seria outorgado, segundo o regime aplicável.

Isso afasta, por si, qualquer questionamento quanto à possibilidade de que o concessionário logre benefícios que não assistiriam à concorrência. Na verdade, a exploração de tal objeto presume-se aberta a qualquer interessado. Assim, eventual vantagem decorrente da desnecessidade de recolhimento de outorga onerosa para o exercício de uma atividade edilícia seria meramente aparente, pois esse elemento deve ser considerado nos estudos econômicos a serem realizados e que serão levados em conta pelos licitantes na elaboração de sua proposta. Por isso, seria o Estado – num primeiro momento e caso mantido o contexto jurídico atual – que capturaria o benefício decorrente da desnecessidade de pagamento pela outorga onerosa, não cabendo cogitar uma vantagem competitiva indevida ou uma violação à livre concorrência.

Isso não afasta – reitere-se – a possibilidade de que o Município aufera os benefícios correspondentes, decorrentes da valorização de seu imóvel pelo acréscimo de área construída. Esses benefícios, passíveis de avaliação desde o momento da construção, poderão ser realizados, na prática, a partir de novos entendimentos a serem realizados com o Estado, especialmente em caso de permuta que solucione as pendências patrimoniais entre os entes ou de qualquer alternativa que gere uma perspectiva de aproveitamento prático do bem pelo Município.

De todo modo, sob a perspectiva da aplicação do art. 171 da Lei n. 16.402/16, não há como negar que

o bem em questão pertence ao Município, levando à desnecessidade de recolhimento da outorga onerosa do direito de construir, independentemente da análise quanto à aplicabilidade do dispositivo em relação a bens de outras esferas federativas, e sem embargo da possibilidade de que o ente local venha a atuar, como proprietário e como regulador, em vista da realização de seus interesses e os da coletividade paulistana, passando a obter os benefícios correspondentes aos direitos edílios acrescidos ao seu bem.

Assim sendo, caso acolhido o entendimento aqui desenvolvido, sugere-se o retorno do presente a SMDU, para o devido prosseguimento.

JOSÉ FERNANDO FERREIRA BREGA
PROCURADOR ASSESSOR – AJC
OAB/SP 173.027
PGM

De acordo.

TICIANA NASCIMENTO DE SOUZA SALGADO
PROCURADORA ASSESSORA CHEFE – AJC
OAB/SP 175.186
PGM



Documento assinado eletronicamente por **Jose Fernando Ferreira Brega, Procurador(a) do Município**, em 15/09/2020, às 17:23, conforme art. 49 da Lei Municipal 14.141/2006 e art. 8º, inciso I do Decreto 55.838/2015



Documento assinado eletronicamente por **TICIANA NASCIMENTO DE SOUZA SALGADO, Procurador Chefe**, em 15/09/2020, às 17:43, 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 **033122733** e o código CRC **155F7888**.



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 033123325

INTERESSADA: Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano

ASSUNTO: Outorga onerosa do direito de construir. Projeto de Intervenção Urbana do Ginásio do Ibirapuera.

Cont. da Informação n. 989/2020 – PGM.AJC

PGM

Senhora Procuradora Geral

Encaminho-lhe o presente, com o entendimento da Assessoria Jurídico-Consultiva desta Coordenadoria Geral do Consultivo, que acolho, no sentido da inexigibilidade de cobrança de outorga onerosa no caso em exame, tendo em vista a titularidade municipal do bem envolvido.

TIAGO ROSSI

PROCURADOR DO MUNICÍPIO

COORDENADOR GERAL DO CONSULTIVO

OAB/SP 195.910

PGM



Documento assinado eletronicamente por **Tiago Rossi, Coordenador(a) Geral**, em 16/09/2020, às 13:46, 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 **033123325** e o código CRC **1B0100CA**.



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 033123441

INTERESSADA: Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano

ASSUNTO: Outorga onerosa do direito de construir. Projeto de Intervenção Urbana do Ginásio do Ibirapuera.

Cont. da Informação n. 989/2020 – PGM.AJC

SMDU

Senhor Secretário

Em atenção à consulta formulada, encaminho-lhe o presente, com a análise efetuada pela Coordenadoria Geral do Consultivo, que endosso, no sentido da inexigibilidade do pagamento da outorga onerosa no caso em questão, tendo em vista a titularidade municipal do bem envolvido.

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 16/09/2020, às 15:07, 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 **033123441** e o código CRC **4172639F**.