O direito do urbanismo e a transferência do direito de construir: requisitos de limitação nas leis locais

*Luiz Henrique Antunes Alochio**

1. Introdução

Não são raras as vezes em que o direito do urbanismo, especialmente no Brasil, defronta-se com instrumentos jurídicos de alta relevância para a solução de problemas sociais. Igualmente não é raro que os juristas sejam chamados para a avaliação de questões urbanísticas, necessitando, para tanto, fazer uso de conceitos próprios dessa disciplina jurídica especial — direito urbanístico ou direito do urbanismo; porém, também é comum que os juristas não se recordem que, a exemplo de toda disciplina jurídica, essa ordem jurídica parcial contém instrumentos e princípios próprios para sua atuação, mas que estão conexos com uma ordem jurídica geral. Esse esquecimento é até certo ponto escusável, tendo em conta, em primeiro lugar, que o direito do urbanismo é uma disciplina ainda recente.[1] Em

* Doutorando em direito da cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Uerj), mestre em direito tributário e empresarial pela Universidade Candido Mendes (Ucam-RJ), procurador do município de Vitória, ES, professor da Universidade Federal do Espírito Santo (voluntário) nos cursos de arquitetura/urbanismo e engenharia ambiental. E-mail: <alochio@alochio.adv.br>.

[1] Sobre o tema, Salvia e Teresi (2002) referem que "*sino agli inizi del XX secolo le norme legislative propriamente urbanistiche erano scarse e frammentarie*". Anteriormente havia, contudo, séculos de regulamentos comunais sobre o uso do espaço urbano. D'Angelo (2006) fala, até mesmo, que a primeira "*legge urbanistica generale è stata approvata il 17 agosto 1942* (l.n. 1150)", considerando a legislação de 1865 e normas

segundo lugar, o direito do urbanismo é uma disciplina extremamente aberta aos impactos das complexidades ou já das hipercomplexidades do mundo contemporâneo. Na interpretação de Herkenhoff Filho (1981), a tarefa do jurista, na esfera de atuação do direito do urbanismo, não será uma simples "prescrição de comportamentos" mas não perder a "dimensão social de sua atividade". A complexidade, adere Herkenhoff Filho (1981:74), encontra-se no direito do urbanismo, ao passo em que paralelamente à preocupação com sua dimensão social, essa disciplina ainda trata de problemas macrossociais que exigem um direito amplo, um direito síntese ou encruzilhada, que vem perpassando, e é perpassado, por diversas outras disciplinas jurídicas, e por influxos de outras ciências.

Em outra ocasião já tivemos oportunidade de dizer que "dentro de um direito que pretende resolver problemas macrossociais o *operador* não poderá estar infenso — pois já não é imune — a relações com outros ramos do direito, ou outras ciências".

Nem a teoria nem a dogmática dessa ordem jurídica parcial parecem encontrar-se, no Brasil, preparadas para avaliar os instrumentos jurídicos urbanísticos, a ponto de definir-lhes as possibilidades e seus alcances, sem que pequenas confusões metodológicas sejam praticadas. Com isso, muitas vezes se perde um melhor uso do instrumental[2] jurídico; e, em outras tantas, o instrumento é utilizado de forma excessiva, amedrontando o destinatário final da norma jurídica.

É preciso sempre ter em mente que o direito do urbanismo, quando direito encruzilhada, não deixa de ser direito. O necessário apego à transdisciplinaridade não pode fazer com que, dentro de uma busca por solução jurídica, sejam obliterados os métodos e princípios jurídicos. Tal ponderação não é um suspiro positivista; ocorre que, a exemplo do que advertia Tipke (1972), não se pode tolerar a vagabundagem do chamado direito livre (*freirechtlichem vagabundieren*) de onde se retiram das mangas soluções de afogadilho e interpretações novidadeiras, sem

sucessivas (até 1942) como de aplicação restrita e escassa. Em Portugal, Colaço Antunes (2002) vincula as regras de direito urbanístico aos períodos pós "pré-urbanismo". Ainda em Portugal, Cordeiro (1995) é mais explícito: "É ainda instável, mesmo na doutrina estrangeira, a definição de direito do urbanismo, traduzindo afinal a juventude deste ramo do direito, maior ou menor consoante os ordenamentos jurídicos, mas em qualquer caso, julga-se, longe ainda sua maioridade". O mesmo encontramos em Lebreton (1993), que vincula o *droit de l'urbanisme* francês como surgido efetivamente após a I Guerra Mundial. E onde também encontramos: "*Naissance tardive. — Il fallut attendre le lendemain de la première guerre mondiale que le droite français ne se contentât plus d'une approche frangmentaire de l'occupation du sol, au travers du régime de l'alignement des voies publiques ou de polices administratives spéciales telles que celles des établissements classés dangereux, incommodes ou insalubres ou des monuments historiques. En instituant un régime de planification urbaine, les pouvoirs publics ouvrirent alors la voie d'une approche synthétique de l'occupation spatiale. Le droit de l'urbanisme naissit, comme une nouvelle branche du droit public, reconnaissable à son objet qui, d'abord limité à l'organisation spatiale des villes, embrasse, au terme d'une remarqueble expansion, les différents modes d'utilisation du sol*".

[2] Caso da outorga onerosa do direito de construir, também denominada de solo criado, que saudada como a "grande novidade" do Estatuto das Cidades — apensar de não ser novidade — acabou, na enorme maioria dos municípios brasileiros, nem mesmo sendo cogitada de ser aplicada.

um devido esteio jurídico e sem uma necessária maturação. O desapego ao normativismo absoluto é uma questão louvável. Situação bem distinta é o total esquecimento de que existem métodos e regras jurídicas, que previamente devem ser postos à testabilidade, antes de partirmos para o discurso fácil em que se transformou a vulgarização de uma "princípio-terapia",[3] invariavelmente acompanhada das mais retumbantes justificativas econômicas ou sociais.[4]

Novamente referimos para deixar patente que não esperamos do direito do urbanismo um purismo de qualquer espécie, nunca. Essa ordem jurídica é aberta, salutarmente, à transdisciplinaridade. Basta, contudo, um simples cuidado: tanto é nefasto esquecermos as demais disciplinas jurídicas e outras ciências, quanto é aviltante amesquinhar as regras, a dogmática, a teoria e os princípios próprios do direito, sob o pretexto — míope — de assim estarmos realizando um discurso transdisciplinar.

Partindo dessas questões iniciais, avaliaremos um aspecto da prática jurídica do instituto das transferências de direito de construir (doravante TDC ou transferência).[5] Não haverá uma explanação profunda sobre toda a questão das TDCs. Apenas faremos exposição sobre nossa discordância a respeito da inclusão do valor venal como elemento de limitação de transferência desses potenciais de cons-

---

[3] Boa parte dos chamados raciocínios "principiológicos", ou "ponderativos", não tem passado de "deslealdade argumentativa". Um exemplo disso são algumas ações judiciais que se avolumam nos tribunais (por exemplo, as que visam fornecimento de medicamentos). Toma-se isoladamente um bloco de princípios (dignidade humana e saúde) e, de outro, um elemento fático (alguém está doente). Conclusão: existe *direito ao fornecimento irrestrito do medicamento*. *Concessa venia*, isso não é ponderação! É uma forma simplória e grotesca de *raciocínio de subsunção*! Isso é o suprassumo de uma *visão positivista*, apenas travestida de ponderação! Na argumentação ponderativa, não se parte de uma conclusão prévia! Não se busca a *justificação* de uma posição *já tomada a priori*. Constroem-se as hipóteses, levando-se em conta as variantes decorrentes da *complexidade* da vida real. Variantes estas fragorosamente esquecidas nos casos das ações judiciais aqui referidas (tanto pelos autores, quanto pelos julgadores — e não adiantam os embargos de declaração!). Variantes que poderiam mudar o rumo de alguns julgados. Por exemplo: 1) É caso de violação do direito à saúde, ou o autor está escolhendo marca de remédio? 1.1) Qual o motivo de o medicamento disponível não valer para o caso? 2) É caso de negativa de atendimento ou, na verdade, busca-se o Judiciário para simples *burla à ordem de agendamentos* (com prazo razoável)?

[4] Nos textos dos juristas ditos urbanistas, não raras vezes encontramos informações do tipo: "a propriedade mudou"; não existe "direito de construir inerente à propriedade", sem, contudo, encontrarmos elementos coesos que fundem essa posição. A não ser a adoção de uma opção política que se busca justificar juridicamente. Isto não é ser transdisciplinar.

[5] Faremos uso da expressão "transferência do direito de construir", tal qual o art. 4º, inc. V, alínea "o" do Estatuto das Cidades. Porém, alguns autores preferem a expressão "transferência de potencial construtivo", explicando que não há um direito de construir, mas tão só, uma faculdade. Não ingressaremos em explorações hohfeldianas para distinguir direitos e faculdades. Mas, em dado momento, as faculdades resguardam também uma relação de direito: opor-se à negativa de construção sem razão. Logo, quem detém o direito/faculdade de construir mantém uma relação com um dever correlato de um terceiro (ainda que seja a administração pública). Logo, a distinção absoluta entre direitos e faculdades, aqui — repetindo: essa é nossa opção, ainda que haja divergências — não teria razão de ser. Só que a distinção não é meramente acadêmica: ela contém efeitos práticos, tais como a necessidade de respeito (ou não) quanto ao prazo de vigência de uma licença edilícia. Por defendermos que haja um direito de construir, sustentamos, por decorrência lógica, haver um direito subjetivo ao respeito ao prazo de vigência das licenças (com ou sem obra iniciada). Assim, caminhamos na contramão da posição do STF sobre o assunto; assim a discussão acadêmica fica mais excitante.

trução entre zonas distintas do Plano Diretor Urbano (PDU). Aliás, critério este que vinha sendo uma praxe velada no discurso dos planejadores urbanos, e posteriormente positivada nas legislações que foram editadas a respeito.

2. Transferência de direito de construir: noção geral

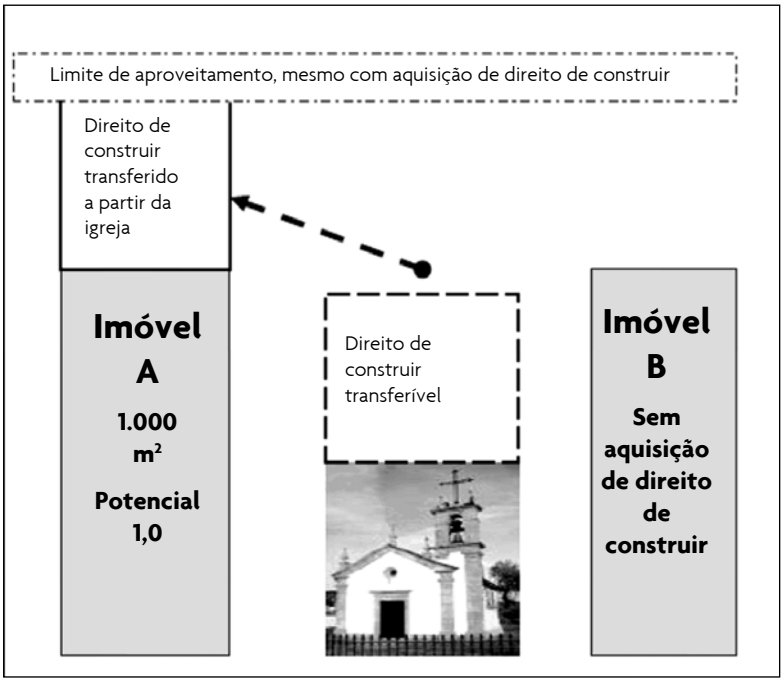
Parece que a doutrina jurídico-urbanística brasileira gosta de (re)inventar o ovo de Colombo. Temos uma necessidade premente de achar que criamos a roda. É basicamente o que está acontecendo com as discussões sobre a chamada transferência de direito de construir (ou transferência de potenciais construtivos ou de coeficientes de construção). Infelizmente, o discurso nacional a respeito da transferência tem-se esquecido da verdadeira essência a partir da qual esse instituto foi desenvolvido. Não é raro encontrar discussão sobre as TDCs a partir do Estatuto da Cidade ou, quando muito, a partir das discussões nacionais nos seminários Cepam sobre o solo criado. Mas é preciso ir além, até por uma razão fundamental: há elementos anteriores que merecem ser avaliados. Em suma, a TDC não é criação nossa.[6]

A TDC pretendeu, desde a sua gênese, trazer o mercado ou a iniciativa privada — na pessoa dos proprietários individualmente atingidos por uma desapropriação ou afetação de seus imóveis por alguma obra ou utilidade pública, com a designação como valor histórico etc. — para uma parceria. Quando o assunto fosse a construção da qualidade de vida urbana, a TDC seria uma alternativa ao uso simplório da desapropriação, para salvaguarda de diversos interesses da cidade e de seus habitantes, inserindo-se nesse contexto a necessidade de realização de obras viárias, a proteção ao patrimônio cultural, a proteção e a preservação ambiental, entre inúmeras hipóteses. A transferência sempre foi uma busca de mitigação dos custos urbanísticos, após o reconhecimento da incapacidade dos cofres públicos de absorverem esses custos; ou da impropriedade desses custos serem redistribuídos na arrecadação geral de impostos. Não é essencial que as finanças públicas estejam totalmente impossibilitadas para o processamento da desapropriação; porém, é necessário que o custo justifique a opção pelas TDCs. Se o valor do imóvel for ínfimo, a ponto de permitir sua desapropriação sem maiores problemas para o município, o mais lógico seria a não adoção da TDC, incorporando-se o direito de construir ou potencial construtivo ao "banco de potenciais" ou "estoque" municipal.[7]

---

[6] Inclusive, há, além de uma rica produção doutrinária, uma série de precedentes jurisprudenciais em outros países que bem poderiam ser invocados (com as cautelas do direito comparado). Sobre os precedentes, consultar Bredin.

[7] Fica aqui uma crítica: quantos municípios manterão um banco de potencial, devidamente escriturado, de preferência com auditoria e certificação privada para gerar garantia aos investidores? Quantos, dos mais de 5.600 municípios, terão uma administração ética ao ponto de não sucumbir à tentação de, ven-



Portanto, o poder público deve ater-se a esse pormenor: a adoção da TPC decorre — ou deveria decorrer — logicamente de uma insuficiência financeiro-orçamentária do poder público, impedindo-lhe — ou tornando extremamente custoso — o uso da desapropriação pura e simples do bem, com prévia e justa indenização integral em dinheiro. Mediante a adoção da TDC, chama-se a sociedade (na figura do proprietário individualmente afetado), para uma parceria.[8] O proprietário reduz o valor do pagamento em dinheiro pela "desapropriação" de um bem de

do seu banco de potenciais rareando, acabar criando *ex lege* e *ex nihilo* mais potenciais, ao invés de comprá-los no mercado. A geração desenfreada *ex nihilo* de potenciais aniquila toda a validade das políticas de solo criado, de transferências de potenciais e de bônus de construção. Fazemos um paralelo com a geração desenfreada de papel-moeda, que gera inflação. A criança *ex nihilo* gera a perda de interesse e perda de confiança em vários instrumentos ubanísticos.

[8] A doutrina estrangeira reconhece hipóteses de TDC que não sejam voluntárias, mas, obrigatórias, nas quais a adesão pelo particular não pode ser objetada. Nesse aspecto, consultar Tavares. No texto, encontramos: "*TDR programs can be voluntary or mandatory. Mandatory TDR programs have the advantage of forcing preservation of lands threatened by development, although they may generate stronger opposition by landowners. Voluntary programs are less effective, but may still be successful if the program design includes the appropriate incentives to the TDR market. Development rights (DR) are issued by government and distributed to landowners in the preservation areas based on one or several possible criteria (Barrows and Prengruber, 1976; Machemer et al., 1999): acreage, previous zoning, unit-for-an-equivalent-unit, measure of monetary loss (market land values, assessed value, difference between market value and restricted value, and difference between 'maximum restricted value' and restricted value under TDR)*". É preciso lembrar que as *mandatory* TDRs no Brasil encontrariam o empecilho da previsão constitucional de prévia e justa indenização em dinheiro.

interesse público. Em contrapartida recebe do poder público (ao lado de eventual parcela em dinheiro) um potencial construtivo, um "certificado" de "direito de construir" para poder, posteriormente, transformar em receita por meio de venda no mercado, mediante a devida averbação registral; ou ainda, poderá o detentor desse "certificado" optar por fazer uso ele mesmo daquele "direito de construir", agora em outro imóvel.

Logo, o poder público deve, ao máximo, esquecer-se do seu discurso de "prerrogativa", ou de "poder", pois a transferência é uma ambiência de parceria.[9] Aquilo que a doutrina mais recente do direito do urbanismo europeu denomina contratualização urbanística. Como visto, um discurso de parceria diante da constatação do custo que a proteção urbanística gera, e com o qual o poder público não teria como arcar sozinho (ou, oneraria ainda mais os impostos gerais).

A técnica de TDC teve sua gênese jurídica — ou melhor, sua formulação mais famosa, pois não se pode precisar o exato nascimento de uma ideia[10] — no chamado Plano de Chicago, quando John J. Costonis preconizava pelo menos três modalidades de intervenção na propriedade, envolvendo o dito "direito de construir":

- uma visão fiscal (uma *special assessment*[11] a título negativo);
- uma visão de bônus de potencial construtivo (*zonning bonuses*);
- uma visão de transferência de potenciais de construção (*development rights transfer*).

Particularmente sobre a transferência, a dicção em língua inglesa é mais coerente que a nomenclatura adotada no Brasil. Fala-se no direito americano em uma transferência de direito de "desenvolver" *(development)*. Explicamos nossa posição. No Brasil, ao se referir a "direito de construir" a doutrina jurídico-urbanística busca dissociar de forma absoluta o "direito de construir" do "direito de propriedade", como se isso, *ipso facto* autorizasse o poder público a cobrar pelo primeiro, gerenciando-o como se fosse uma concessão (Victor Carvalho Pinto, apud Alfonsin et al., 2002). Não se pode desconsiderar a questão, mesmo separando-se o "direito de

[9] A TDC não se impõe como ato de império. Ele se oferece, como um ato contratualizado. Para não gerarmos confusão, pois falar em contratualização urbanística no Brasil ainda gera a impressão de venda da qualidade de vida urbana, diremos que a TDC é uma bilateralização, ao invés da unilateralidade do poder de polícia e da desapropriação. É uma conjugação de vontades. A maior tarefa da administração não será, então impor a TDC mas sim "o esclarecimento acerca do potencial construtivo ao público-alvo (...) pois a primeira reação que surge, frente ao que se desconhece, é a desconfiança, mormente quando se trata de atingir o patrimônio particular. (...) Evidente que, para o êxito dessa empreitada, foi decisivo o surgimento de um mercado que buscou e acolheu o índice construtivo recebido pelos proprietários em troca de suas áreas" (Barcellos e Uzon, 2002:417).

[10] Autores localizam as TDCs já a partir de 1916, na legislação de zoneamento de Nova York. Ou, pelo menos, nas buscas de revisão da legislação, conforme Hanly-Forde e outros.

[11] Em tradução livre: uma "contribuição", como as nossas contribuições de melhoria. Acontece que a *special assessment* proposta em Chicago continha um caráter negativo. Algo como uma contribuição pela sobrecarga na infraestrutura urbana gerada pelo empreendimento privado.

construir" ou "de plantar", do "direito de propriedade", como decorre, não apenas do Estatuto da Cidade mas do novo Código Civil, no direito de superfície, a fruição do "ato" de construir seria decorrente da própria propriedade (para o proprietário do imóvel que não alienar a superfície), e não decorrente de uma concessão pública. Os direitos foram dissociados, porém isso não implica que algum deles tenha sido publicizado em sua titularidade.

Já havia Costonis antevisto sobre a complexidade dos *development rights transfer* — DRT (equivalente à transferência do direito de construir), quando afirmava que a DRT era mais complexa do que a simples cessão de um "bônus" adicional para aproveitamento pelo proprietário. A intenção da *development rights transfer* é diminuir a pressão que as áreas de baixa densidade (que em geral abrigam os *landmarks*), e passam a ser transformadas em áreas de alta densidade que prometem um maior retorno econômico.[12]

Todos que tiveram oportunidade de ler qualquer obra a respeito da outorga onerosa do direito de construir já conhecem, ainda que de passagem, algum comentário sobre os estudos de Costonis (1974) a respeito da preservação de prédios de valor histórico na cidade de Chicago. Quanto ao seu livro de referência sobre o assunto, pensamos que a doutrina nacional pratica certos equívocos, em especial quando alguns autores tentam vincular a experiência do *space adrift* a uma forma específica de atuação. Isso é uma escolha indevida, uma interpretação parcial da obra, pois Costonis não apresenta uma exclusiva vertente para o instituto. Para diferenciar *development rights transfer* dos *bônus (zonning bonuses)*, Costonis esclarece que a ideia dos bônus é simplesmente para servir de incremento adicional para a "densidade de aproveitamento" de um imóvel, como um *quid pro quo* pela inclusão no projeto do empreendedor de algumas "amenidades". Tais amenidades serviriam para enriquecer a qualidade de vida urbana: praças, áreas de lazer, acessos ao metrô e até mesmo um teatro. [13,14]

---

[12] Segundo Costonis (1974): *"Assume, for example, that Smith, our friend from chapter 1, owns a landmark in Greenville containing 100,000 square feet of rentable floor area on the same 20,000-square-foot lot used in the foregoing example. As a rationnal investor, Smith will be sorely tempted to tear down his landmark (the low-desity use) and replace it with a luildinh (the right-density use) 0 containing the full 200,000 square feet allocated to the site. Under the development rights transfer technique advocated in the Chicago Plan, however, Smith would be permitted to transfer his lot's 100,000 square feet of unused development rights, to other sites within the area. Owners of these sites will presumably be prepared to pay Smith the cash value of the development rights because the latter enable them to build proportionately larger and hence more profitable structures on their sites".*

[13] Costonis (1974:30): *"Zoning bonuses are simply additional increments of density granted as a quid pro quo for the inclusion in the developer's project of one more specified amenities, such as plazas, arcades, subway concourses, or even theaters. (...) The following example is illustrative. Suppose that Greenville wishes to encourage developers to include arcades in their downtown developments. Under the Greenville zoning ordinance, the determined by multiplying the area of the lot by a factor known as a floor area ratio (FAR), the product being the number of rentable square feet that may be included in the stricture. A developer owning a 20,000-square-foot lot in a zoning district having a FAR of 10, for example, may construct an office building".*

[14] "Os bônus são simplesmente o incremento na densidade de construção possível como um *quid pro quo* (compensação) pela inclusão, no projeto de construção, de um dos benefícios de interesse público

Não bastando isso, devemos ainda ter em mente que a experiência de Chicago foi pautada na busca de proteção para os edifícios de valor histórico e paisagístico, ou *landmarks*, sem os quais as cidades, no afã de buscarem crescimento, acabam extinguindo suas características próprias, perdendo seu ponto de contato com o passado. Como Biddle adverte em sua introdução à obra de Costonis, "*the historic buildings that provide us with visual evidence of our past are being demolished or allowed to fall into such disrepair that eventual salvation becomes impossible*".[15]

Da experiência alienígena retiramos a preocupação constitucional como um dado de relevância comum, tanto nos Estados Unidos, quanto no Brasil, que nos remete ao *substantive due process of law*. Eis a preocupação de Costonis (1974:160), perfeita para nosso sistema constitucional: "*Development rights transfers under the Chicago Plan might also encounter challenge on the substantive due process ground of arbitrariness*".[16]

Outra preocupação que pode ser compartilhada em nossa experiência é a necessidade de, na instituição de tão importantes formas de intervenção na propriedade, não se deixar de convocar para as etapas de discussão todas as partes interessadas, em especial os proprietários a serem atingidos. A partir dessas cautelas, o Plano de Chicago estabeleceu a noção de um banco municipal de potencial construtivo (*municipal development rights bank*), visando assegurar a preservação dos edifícios de valor histórico com um mínimo de custo. Assim, os órgãos locais (*city councils*) incumbidos da organização das regras do *space adrift* começaram estabelecendo um ou mais distritos de transferência de potencial construtivo, que deveriam coincidir com as áreas onde os *landmarks* estariam concentrados.

Com a inserção de um edifício de valor histórico em particular no plano, o proprietário do imóvel atingido é autorizado a transferir o potencial construtivo eventualmente excedente de sua propriedade, para que outros imóveis possam usufruí-lo nos distritos onde seja possível a aplicação de tais potenciais. Os proprietários ainda podem receber benefícios fiscais, pois, com a perda ou transferência do potencial construtivo, o valor da propriedade é reduzido, levando consigo o valor dos tributos sobre a propriedade.

---

previamente fixados, tais como praças, arcádias (áreas de lazer), acessos ao metrô, ou até mesmo áreas para teatro. (...) O exemplo seguinte ilustra um caso. Suponhamos que Greenville deseje encorajar os construtores e empreendedores privados a incluir arcadas em seus projetos no centro da cidade. Sob o ordenamento da zona urbana de Greenville, determina-se a multiplicação a área da gleba através da inclusão de um fator conhecido como FAR, sendo o produto desta operação o número de metros quadrados rentáveis que poderão ser adicionados na estrutura a ser construída. Um construtor proprietário de 20.000 pés-quadrados de área, dentro de um distrito deste programa, teria um FAR igual a 10, por exemplo, o que lhe permitiria a construção de um edifício de escritórios" (tradução nossa).

[15] "Os edifícios de valor histórico que nos fornecem uma evidência visual de nosso passado estão sendo demolidos ou foram deixados em tal estado de ruína que a eventual tentativa de recuperação torna-se impossível" (tradução nossa).

[16] "A transferência de direitos de construir sob o Plano de Chicago também encontra desafios sob o enfoque do campo do devido processo na prevenção da arbitrariedade" (tradução nossa).

Tal como no Brasil, a adoção desse instrumento de planejamento urbano impediria o reaproveitamento — ou que se voltasse a conceder por ato do governo local — do potencial construtivo da propriedade originalmente atingida, bem como obrigaria o atual proprietário e futuros adquirentes a manter o edifício em estado de proteção. No Estatuto da Cidade veio a previsão da averbação da transferência de direito de construir no assento de registro notarial da propriedade imobiliária.

Vimos até agora um caso em que o proprietário aceita a imposição dos *development transfers rights*. Porém, se não ocorrer a anuência do proprietário, os governos locais podem agir da seguinte forma: "*In that case the city council could invoke its eminent domain powers to acquire a preservation restriction and the landmark's associated development rights*".[17]

Nesse particular, começamos a nos aproximar da visão de *solo criado* de Grau (1983), pois, no caso acima referido, os "potenciais construtivos" adquiridos mediante desapropriação ingressariam num "banco de potenciais construtivos" do município. Ao lado desses potenciais *desapropriados*, integram o *banco municipal* aqueles outros potenciais oriundos de doações de proprietários privados ou os potenciais próprios do município, decorrentes de suas propriedades imobiliárias. Quanto aos potenciais próprios do município devemos advertir:

- os governos locais não criam simplesmente potenciais construtivos. O potencial construtivo que um município possui corresponde, inicialmente, à exclusiva quantidade de potenciais correspondentes às suas próprias propriedades;
- se os prédios municipais já forem iguais ou já estiverem ultrapassando o limite de uso de potencial construtivo, o governo local não terá *potencial construtivo próprio* para alienar no mercado, nem poderá criar, *ex nihilo*, potenciais a esmo,[18] sob pena de violar o sentido de toda a organização, seja do *solo criado*, seja das *transferências*, seja dos *bônus*;
- na falta de *potenciais* próprios, compete aos governos locais adquirir por compra e venda, ou por desapropriação, potenciais de construção da iniciativa privada.

Cientes da precaução anterior, através do banco de potenciais construtivos, os governos locais colocam no "mercado" tais potenciais, para que sejam adquiridos pela iniciativa privada, com vistas ao emprego em distritos previamente estabelecidos.

Assim, com o ingresso de valores pela venda dos potenciais, o Plano de Chicago consegue distribuir os custos da preservação dos monumentos históricos —"*(...) re-*

[17] "Neste caso (onde não ocorre a anuência do proprietário) o conselho municipal poderia invocar o seu poder de exercitar o domínio eminente (desapropriação) para impor a restrição adquirindo, em conjunto, os direitos de construir" (tradução nossa).

[18] De acordo com Costonis (1974), as cidades apenas poderiam criar *ex nihilo* nos casos de "bônus", e não no caso de "potencial construtivo".

distribute preservation costs in a manner that should make landmark retention practicable for municipalities and landmarks owners alike[...]".[19] Como explicação mais própria para o tema, compete-nos ainda deixar patente que Costonis apresenta os dois principais efeitos do Plano de Chicago. O primeiro, o ingresso de valores; e um segundo, no caso dos municípios que não possuem condições orçamentárias para a manutenção de um banco de potencial — especialmente quando os governos locais não puderem arcar com as necessárias desapropriações —, quando os detentores privados de potencial construtivo acabam por negociar esses direitos no mercado imobiliário. Em casos que os proprietários de monumentos históricos — ou de prédios com valor paisagístico, ou que sejam passíveis de outros usos em favor da coletividade — que detêm potencial construtivo, alienam diretamente aos que precisam de tais direitos, com total liberdade de escolha do comprador e do valor. Portanto, converte-se o potencial construtivo em *"(...) hard cash by authorizing their sale for use on non-landmark sites(...)*".[20]

Na visão de Costonis (1974), todos serão donos do bolo e comerão suas partes. Porém, o custeio pelo orçamento geral de certas facilidades que atendam apenas aos proprietários que pretendem construir acaba gerando alguns problemas: o primeiro, que os orçamentos se tornam sobrecarregados; o segundo, que não é adequado financiar obras públicas demandadas exclusivamente por criações de espaços privados — por exemplo: um shopping center recém-construído, que demanda uma obra pública de alteração do traçado viário —, onerando a todos os moradores da cidade por conta de obras que foram demandadas por uns poucos (o dono do *shopping* e seus clientes). Assim como as Cortes avaliam os efeitos do poder de polícia sobre um proprietário isolado na busca de uma solução urbanística de interesse geral — não seria justo desapropriar um edifício de valor histórico, pelo interesse geral que nele reside, sem que se indenizasse o proprietário —, igualmente deve-se verificar que uma intervenção no espaço urbano, cuja necessidade foi criada por ato de apenas um proprietário — ainda que no uso legal de sua propriedade —, acabaria tendo seus custos indevidamente rateados para os demais componentes da sociedade (Costonis, 1974:14). É o outro lado da moeda jurídico-urbanística: ao lado da justa indenização temos a afetação das mais valias.

Segundo Costonis (1974:38), procedimentos como esse desenvolvem-se nos seguintes termos: "*Illustrative of the first approach is the municipal practice of requiring developers to absorb the costs of public facilities the need for which is created by their devel-*

[19] "(...) redistribuir os custos da preservação de forma a tornar a retenção de propriedades viável tanto para os Municípios quanto para os proprietários de edifícios com valor histórico e paisagístico (...)" (tradução nossa).

[20] "(...) dinheiro acessível (pagamento à vista), mediante a autorização de venda para o uso em locais onde não exista o problema de preservação de edifícios de valor histórico e paisagístico (...)" (tradução nossa).

opments".[21] Nesses casos, por exemplo, um construtor de 150 unidades residenciais reservaria — *set aside*[22] — uma quantidade de terreno para a construção de um certo benefício público. Se não quisesse arcar com essa obrigação *moto proprio*, pagaria um valor previamente estabelecido, reversível a um fundo local — um fundo de recreação, *verbi gratia*. Já o advertia Costonis (1974:38):

> *This approach has its roots in the special assessment technique under which the city charges landowners for the costs of local improvements, such as curbs, gutters, and sidewalks, that are necessitated by and that uniquely benefit their specific properties.*[23]

Lai (1988) apresenta-nos algumas decisões dos tribunais americanos a respeito de problemas típicos de intervenção na propriedade, com fins de limitação urbanística. De particular interesse para nossa pesquisa, expõe-nos a seguinte ponderação:

> *Where a public planning program is successful in creating social benefits, a distinction can be drawn in apportioning its costs between those 'general' benefits that are enjoyed by community as a whole and 'special' benefits that accrue to particular property owners in the program area. In the first instance, the cost of the public is normally net through general revenues assessed from the entire community; in the second case, the cost may be distributed to the beneficiary landowners in proportion to the special advantage received.*[24]

Portanto, como fazer para o custo urbanístico ser distribuído em razão do princípio da igualdade, na forma preconizada por Correia (2001), em brilhante tese de doutoramento defendida na Universidade de Coimbra. A forma de dis-

---

[21] "Ilustrando o primeiro caso, temos a prática municipal de ser exigido dos empreendedores que absorvam o custo das facilidades públicas que são criadas em virtude dos seus empreendimentos" (tradução nossa).

[22] Segundo Canotilho (1995:88). A técnica do *set aside* "implica uma incumbência autoritária no sentido de se pôr de lado um terreno (*set-aside*, na terminologia americana) a fim de se constituir nele e através dele uma "reserva protegida".

[23] "Esta atuação tem suas raízes nas técnicas da contribuição de melhoria, sobre as quais a cidade cobra dos proprietários os custos das melhorias locais, como calçadas, sarjetas e outras, que são demandadas por tais propriedades, ou que beneficiam unicamente estas propriedades específicas" (tradução nossa).

[24] "Onde um programa público de planejamento obtém sucesso na criação de benefícios, uma distinção poderá ser delineada quanto ao aporte de recursos entre os benefícios gerais, usufruídos por toda a comunidade, e os benefícios especiais que socorrem a um grupo singular de proprietários situados na área do programa em referência. No primeiro caso, o custo é rateado entre toda a comunidade, no valor de contribuições; no segundo caso, o custo pode ser distribuído entre os proprietários beneficiários, na proporção da vantagem recebida somente por esses" (tradução nossa).

tribuição de custo típica da transferência é através de um método típico da intervenção regulatória econômica. O Estado, ao invés de proibir, usa um instrumento econômico para valorizar um potencial de construir, que passa a ser transferível para ser aproveitado — pelo próprio dono do imóvel afetado, ou por terceiros — em outro local do PDU, previamente autorizado.

Se o Estado quiser usar sua prerrogativa (poder de império), que exerça uma desapropriação, daí demandando-se uma indenização integral, prévia e em dinheiro. E, no mesmo momento, aniquilando a moderna ferramenta de distribuição dos custos da urbanização, pois o preço da desapropriação sairia do orçamento geral.

3. Convocando a iniciativa privada para o jogo: a questão do risco e a compensação econômica. Inventário da santa alegria pateta

Como visto até o momento, a transferência é uma forma de chamar a iniciativa privada para o "jogo" da proteção urbanística. Repetindo a advertência exposta anteriormente, não podemos fazer esse convite com olhos postos numa visão de poder (ou seja: numa visão do passado autoritário). Aqui, o discurso do poder de polícia dá lugar ao discurso ordenador, mais moderno, que se abre a experiências regulatórias novas, às raias da contratualização urbanística.

Na TDC o proprietário atingido pelo ato de urbanificação receberá os potenciais construtivos e poderá com eles fazer o seguinte:

- usar aqueles potenciais em proveito próprio, em outro lote seu;
- transferir aqueles potenciais a terceiros, para uso em outro lote de titularidades desses adquirentes.

Quando os lotes (de onde se originam os potenciais e o lote para o qual se destinam os potenciais) se acham na mesma zona do plano diretor urbano, não há maiores problemas. A questão é saber se um potencial construtivo adquirido na zona "A" do PDU poderá ser utilizado na zona "B"; e se o volume de potenciais do lote emissor pode ser restringido ou até mesmo ampliado,[25] de acordo com o lote receptor. De toda sorte, é necessário avaliar se, para fins de uso dos potenciais, poderiam ser criadas limitações quantitativas.

Devemos avaliar que a participação (adesão) do proprietário somente será conseguida se ele tiver em mente uma expectativa de ganho. Afinal, na maioria

[25] É importante referir que a depender do critério de limitação adotado, algumas vezes o volume de potenciais emitido pode ser ampliado para seu aproveitamento. Isto pode acarretar impacto urbano. Por isso a eleição dos critérios de proporção deve ser objetiva, e levar em conta as realidades da área emissora e da área receptora, conforme as capacidades de absorção de cargas urbanísticas.

das vezes, o proprietário irá "ao mercado" para colocar à venda seu potencial construtivo. E o mercado não opera linearmente. Opera com oscilações naturais. Ou seja, simplificando: o mercado opera com riscos. Em alguns casos, com verdadeiras imperfeições.

Antes que a expressão "risco" seja mal interpretada partimos para desmistificá-la: risco implica tanto uma possibilidade de ruína, quanto uma possibilidade de fortuna.

Os requisitos de controle de transferência de potenciais precisam ter em mente que sua função não é limitar o possível risco de fortuna de uma transação de potenciais no mercado privado. Sua função é impedir que a transferência acarrete sobrecargas urbanísticas sobre a infraestrutura da área receptora. No mais, o valor econômico deve ser o mais atrativo possível, para convencer o proprietário a aderir ao programa de TDC.

Invariavelmente os municípios tentam limitar o uso de potenciais construtivos por meio de um critério monetário (valor venal dos imóveis emissor e receptor do potencial construtivo). Isso acaba, a nosso sentir, tentando mitigar a maximização do risco de fortuna do proprietário-aderente. Vejamos como operam algumas leis em vigor hoje no Brasil:

> Art. 51. Denomina-se Transferência de Potencial Construtivo a possibilidade do município de transferir o direito correspondente à capacidade construtiva das áreas vinculadas ao sistema viário projetado, à instalação dos equipamentos públicos arrolados no § 1º do art. 52, bem como à preservação de bens tombados, como forma de pagamento em desapropriação ou outra forma de aquisição.
> § 1º O potencial construtivo a transferir corresponde ao Índice de Aproveitamento relativo à parte atingida pela desapropriação ou pelo tombamento, observando-se a manutenção do equilíbrio entre os valores do terreno permutado e do terreno no qual seja aplicado o potencial construtivo, de acordo com avaliação dos órgãos técnicos municipais competentes, com base na planta de coeficientes de equivalência a ser publicada anualmente no Diário Oficial de Porto Alegre.
> Art. 246. O potencial construtivo transferível deve ser calculado a partir da seguinte fórmula:
>
> $$PT = PC \times \frac{VVc}{VVr}$$
>
> Onde
> PT — Potencial construtivo transferível — m²
> PC — Potencial construtivo do lote onde se encontra o imóvel cedente — m²

> VVc — Valor venal base de cálculo do IPTU do imóvel cedente do potencial transferível — R$
> VVr — Valor venal base de cálculo do IPTU do imóvel receptor do potencial transferível — R$.

Porém, os municípios que se utilizam da política de adoção das TDCs não buscam, em nenhum lugar, nunca — em acintosa deslealdade — acabar por outro lado com o risco de ruína que está envolvido em toda transação de mercado. Os municípios, por exemplo, não incluem nas leis que regem suas TDCs algum dispositivo como a seguinte proposta:

> Art. 10. Se o proprietário não conseguir vender seu potencial pelo preço mínimo que equivalesse à indenização integral e em dinheiro da desapropriação do bem, o município custeará a diferença.

Tal artigo seria impensável. Seria uma aberração ao instituto da TDC. Afinal, o orçamento estaria potencialmente sendo atingido; além de retirar, por vias transversas, a "vontade" do proprietário-aderente em buscar o mercado para realizar a transação de TDC. O proprietário ficará com o certificado para, depois de certo prazo, sacar do orçamento o valor devidamente corrigido. Isto seria uma forma de poupança, e não uma política de TDC. Como dito: uma aberração.

Porém, *mutatis mutandi*, tentar limitar a expectativa do ganho é aberração idêntica, bastando mudar o lado do espelho. Só que nesse caso, com o agravante da leviandade do município, que retira do cidadão a prévia e justa indenização integral em dinheiro, deixando-o apenas com o risco de fracasso no mercado.

Devemos observar, finalmente, que os particulares (e mesmo os governos) não atuam — em nenhum regime econômico e político, é bom que se diga — em favor do urbanismo e do ambiente porque *é bom*, ou *somente porque* é bom. Muitas vezes é preciso uma *indução* (às vezes uma *obrigação*, outras vezes uma *concessão de vantagens*). Nesses termos, o discurso da *transferência* demanda o cuidado com aquilo que Vasco Pereira da Silva (2000:10) denomina *santa alegria pateta*, ou seja, a crença de que o *valor ambiental* será reconhecido *prima facie* de *per se*. Também devemos nos afastar dos *ecoxiismos* ou dos *ecofundamentalismos*. Não se pode *proibir por proibir*!

Devemos ser honestos: o poder público não tem dinheiro para as indenizações necessárias para a proteção dos valores urbanísticos e ambientais. E gerar dinheiro a partir do governo apenas acarreta inflação (geração de papel-moeda) ou sobrecarga fiscal (incremento de tributos). Precisamos chamar o mercado ou os proprietários urbanos privados para este cenário. Então, vamos — nós do poder público — descer do pedestal de magnanimidade, e vamos nos recolher à nossa

real posição: através das TDCs, nós estamos pedindo ajuda para partilhar os custos dos direitos decorrentes da urbanificação. Mas, uma ajuda que gera potenciais fontes de ganhos para o proprietário-aderente.

A iniciativa privada somente acudirá a esse chamado se houver atrativos. Se for para ficar "elas-por-elas", se minha potência de ganhos será algo equiparado à indenização de uma desapropriação, lógico que será preferível a indenização, prévia, em dinheiro, e sem riscos de mercado. Podemos até objetar: mas o poder público pode avaliar por baixo a indenização. Porém, *data venia*, um argumento escroque, ignóbil e autoritário desse nível deveria, até mesmo, ser impensável: é coisa de ditadura. Aos amigos, a lei; aos inimigos, os rigores da lei.

4. A transferência de "potenciais" de uma "zona do PDU" para "outra zona do PDU" pode ser restringida? Os cuidados com os "critérios discriminadores de limitação"

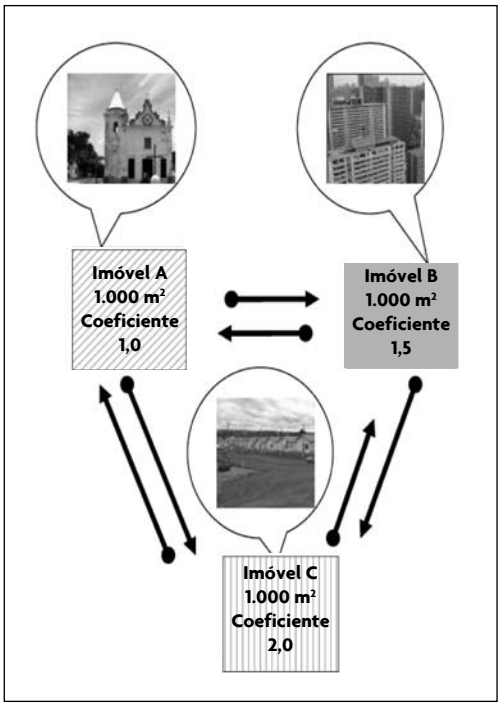
Como visto até o momento, é nossa opinião que a limitação de TDC não poderá ocorrer tendo como critério o valor venal. Porém, deixaremos também evidente: não advogamos que a transferência deva ser um direito absoluto. Acontece que os critérios de discriminação para fins de restrição devem ser razoáveis e proporcionais ao objetivo pretendido (que também deverá ser lícito e razoável). Poderia criar-se uma limitação com base numa carga suportável de transferências, ou uma proporção de impacto entre as zonas emissora e receptora.

Mas a questão não é puramente jurídica. É técnica. Os critérios deverão levar em conta não um *valor financeiro* do potencial, mas, por exemplo:

- que zona do PDU o município pretende desenvolver;
- que tipo de construção se pretende facilitar (o uso dos potenciais para a construção de hospitais teria um plus ao invés de restrição);
- qual o impacto do adensamento na área receptora;
- poderia ser tolerado um maior adensamento na área receptora, de acordo com o valor jurídico-urbanístico que se pretende proteger na área emissora;
- além da metragem dos imóveis (emissor e receptor) quais os seus coeficientes de aproveitamento.

Ou seja, questões técnicas de urbanismo e não meramente econômicas. O critério econômico do valor venal só tende a impedir uma coisa: que o proprietário não consiga ganhar mais dinheiro no mercado do que ganharia via desapropria-

ção. Não protege o valor urbanístico de uma justa distribuição da cidade e de seu aproveitamento racional. Até por uma razão: podem ocorrer casos em que uma área situada em terreno altamente valorizado, viria a ser transferida para áreas menos valorizadas; o que praticamente quadriplicaria o total de potenciais construtivos, acarretando sobrecarga urbanística.



A cidade não é um todo uniforme. Há áreas nas quais o adensamento é pequeno, porém valores tais como a proteção do patrimônio histórico desejam manter a baixa densidade; áreas em que a densidade seja alta, mas que não existam outros impeditivos para a recepção de potenciais construtivos; áreas de baixíssima densidade, para as quais a remessa de potenciais construtivos (melhor dizendo, o incremento da região com atividades de desenvolvimento) mereceria até mesmo um incremento; e tantas outras hipóteses.

O valor venal dos imóveis, que sequer é uma questão urbanística (é política de ordem tributária, na forma da usualmente batizada planta genérica de valores do município), não representa nenhum valor urbanístico passível de proteção. Não interfere na dinâmica das TDCs, a não ser como um critério aleatório. Um critério que insere ainda mais problemas do que soluções, pois a realidade reinante no país é uma quase total falta de confiabilidade nas tabelas de valores venais dos municípios para os fins de seus cadastros imobiliários.

5. Uma correção de rumos. Conceitos jurídicos. Se o proprietário atingido conseguir um valor no mercado muito alto pelo seu potencial construtivo (acima da indenização pela sua propriedade). Houve violação do "interesse público"? Houve atentado à responsabilidade fiscal?

Cumpre ainda fazer referência ao seguinte problema: se não houver um limite decorrente do valor venal para limitação da transferência, poderia o proprietário-aderente ganhar muito dinheiro com a alienação de seus potenciais. Esse ganho poderia ser, até mesmo, superior ao valor de uma indenização se o poder público tivesse optado pela desapropriação de todo o imóvel (incluído o potencial construtivo).

Portanto, objetam os defensores da proporção de valores venais:

- esse ganho excessivo, obtido no mercado privado, acarretaria um enriquecimento sem causa lícita da parte do proprietário, já que seria até mesmo superior à indenização que seria devida na desapropriação;
- já que o valor poderia, em tese, ser até mesmo superior à indenização de uma desapropriação, teria o poder público cometido ato de improbidade, atentando contra o interesse público, pois teria pago a mais pelo imóvel.

Para respondermos contrariamente a tais afirmações temos, inicialmente, de aventar uma diferença gritante: o valor obtido em decorrência da alienação de potencial construtivo no mercado não tem sequer natureza indenizatória. É preciso separar as etapas daquilo que chamamos da dinâmica das TDCs. Primeiro, o poder público, interessado em um imóvel, e não tendo condições financeiras para arcar com a totalidade da indenização pela desapropriação do bem, oferece a possibilidade de TDC ao proprietário. Busca-se, pois, a adesão do proprietário. Imaginemos que o valor da desapropriação — inicialmente de R$ 1 milhão — tenha sido reduzido para R$ 500 mil; e, em contrapartida, o proprietário receberia os potenciais construtivos, com a quantia X de potenciais. Segundo, e após a indenização, o proprietário-aderente deverá lançar-se ao mercado, para alienar seus X potenciais. Lançando-se ao mercado, o detentor desse documento de X potenciais pode conseguir vendê-lo por R$ 750 mil. Porém, corre o risco de, justamente na sua hora de ir ao mercado, o setor imobiliário atravessar uma recessão, e ninguém querer adquirir seus potenciais, ou oferecerem valores inferiores àqueles que teria recebido com uma indenização integral. Para continuar nosso exemplo, nesse período de recessão, o proprietário-aderente obteria apenas R$ 400 mil.

Vamos destrinchar os valores e os casos de sucesso e de ruína:

- caso de sucesso — os R$ 500 mil inicialmente recebidos são indenização paga pelo município. Já os R$ 750 mil conseguidos na venda dos TPCs não são mais indenização, mas preço de uma compra e venda, realizada entre interessados privados. Os últimos valores não são verba pública. Logo, eventual parcela de lucro ou de sucesso no ato de definição do preço da compra e venda, não implica improbidade ou qualquer afronta à responsabilidade fiscal;
- caso de ruína — os R$ 500 mil inicialmente recebidos são indenização paga pelo município. Já os R$ 400 mil conseguidos na venda dos TPCs são preço de uma compra e venda, realizada entre interessados privados. Tais valores não são verba pública. E o município não tem qualquer participação nesse ato negocial. Eventual diferença do preço conseguido com aquela que seria uma justa e prévia indenização em dinheiro, não é "indenizável", pois houve uma adesão voluntária ao programa de TDC, que envolve riscos.

Lógico que o poder público não pode pagar uma indenização mais alta que a devida numa desapropriação. Porém, a indenização foi parcial (apenas pelo imóvel ou pela limitação imposta). O remanescente não será indenizado. O proprietário, ao contrário, abre mão da indenização e recebe o direito de transferir potenciais. Voltemos às origens do instituto: a transferência de potenciais serve, justamente, para diminuir as necessidades de indenização. Para evitar a sobrecarga orçamentária.

Assim, o potencial quando for vendido no mercado será remunerado por verbas privadas. Razões de mercado informarão a avaliação do potencial. Diante disso, responde-se facilmente às objeções propostas:

- não há ganho excessivo, pois a natureza do valor recebido na venda dos potenciais não é indenizatória, melhor dizendo, não se confunde com a prévia e justa indenização típica das desapropriações (até porque não é prévia);
- por último, não há qualquer improbidade administrativa, pois o dinheiro que remunera o proprietário é um dinheiro privado. Portanto, seria teratológico falar em improbidade administrativa por conta de uma remuneração entre partes privadas;
- apenas acrescentamos — se o proprietário-aderente não obtiver avaliação que chegue ao valor daquela que seria uma indenização integral de uma desapropriação, também não terá qualquer direito contra o município.

Finalizando nosso argumento, até para afastar a alegação de improbidade caso o lucro privado seja acima de um valor daquela que poderia ser a prévia in-

denização: o poder público pode nos conceder um potencial construtivo que vale pouco (vamos equiparar a um Volkswagen Fusca). Mas o mercado pode ver nesse Fusca outro valor (por exemplo: um colecionador quer ter esse veículo em sua coleção). Esse outro valor, portanto, pode fazer com que o Fusca seja trocado por um Porsche. Em tese, posso até impedir o uso do Fusca nas estradas, mas não posso retirar-lhe o valor sentimental para uma coleção. Não posso mutilar o eventual interesse adicional do mercado.

Mutatis mutandis, o critério de limitação do uso de potenciais transferidos pode até ocorrer, mas tal limitação não poderá levar em conta qualquer critério. Nesses termos, é que objetamos à adoção do critério valor venal, e defendemos sua substituição por critérios ligados às sobrecargas (ou a possibilidade de suportar sobrecargas) entre as zonas de emissão e recepção, ou outras situações técnicas proporcionais ao objetivo da transferência: o seu objetivo não é pura e simplesmente limitar (ou potencializar) o ganho do proprietário-aderente, mas muito antes, tornar atrativo ao proprietário a aceitação dos potenciais como forma de substituição das indenizações, sem que essas transferências possam ser criadoras de novas sobrecargas urbanas.

Eis a dialética econômica a ser enfrentada: se a TDC não se demonstrar financeiramente atrativa os proprietários não irão aderir ao programa; porém, se a transferência de potenciais acabar simplesmente gerando nas áreas receptoras uma sobrecarga sobre as infraestruturas urbanísticas, a TDC não solucionou problemas urbanos, apenas trocou-os de lugar[26] (o que talvez potencialize os custos orçamentários no futuro).

6. Conclusão

Sintetizamos nosso ponto de vista com as conclusões a seguir.

- A transferência de potencial construtivo não é uma fórmula clássica de poder de polícia. É instrumento mais moderno que nasce com a preocupação de não afetar diretamente os orçamentos públicos com vultosas indenizações, desonerando-se, assim, os impostos gerais desses gastos, visando à proteção urbanística.
- A transferência, portanto, é uma forma de chamar o mercado privado a investir na qualidade de vida urbana.

[26] Segundo Tavares, um problema de desvalorização é clássico: *"(…) opposition will come from homeowners at the receiving areas, which will face increased development and the provision of low and moderate-income housing (Municipal Research & Services Center, 1992)"*.

- Como regra de interesse de mercado, a transferência deverá levar em conta um elemento presente no mercado: o risco.
- O risco tanto pode ser de fortuna quanto de ruína.
- A limitação das transferências pelo critério puro e simples do valor venal, claramente mitiga o risco de fortuna, ou seja, mitiga o risco-chance do proprietário obter bons lucros com a venda do potencial.
- Em nenhum lugar ocorre a correspondente mitigação do risco de ruína, ou seja, não se mitiga o risco do proprietário não conseguir vender ou aproveitar o potencial e acabar ficando com um "elefante branco" nas mãos.
- Com a devida vênia, o poder público tem a clara opção pela desapropriação. Se tiver condições financeiras totais, sem maior impacto para a arrecadação geral de impostos (e o orçamento) talvez seja mais eficiente a adoção da desapropriação (ficando com os potenciais construtivos em seu estoque ou banco público). Mas se não houver dinheiro para as prévias e justas indenizações em dinheiro, ou nos casos em que, havendo recursos a oneração orçamentária seria muito grande, não pode imputar ao particular o risco-negativo dos custos da urbanificação. Isso seria violar o princípio da distribuição perequativa dos custos da urbanificação.
- Caso o particular obtenha um lucro alto — até mesmo superior àquele que corresponderia à indenização numa desapropriação — com a venda dos seus potenciais construtivos, não teríamos qualquer improbidade administrativa; primeiro, que a remuneração decorreria de verbas privadas, e segundo, que a apuração obedeceria a regras de mercado. Não teria esse valor sequer natureza de indenização, muito menos de verba pública.
- Por fim, nossa posição não implica manter um mercado descontrolado quanto aos potenciais construtivos. Porém, vai uma distância muito grande entre não ter controle algum e ter um controle inadequado. Os limites à transferibilidade não devem ter em conta o critério de descrímen-valor venal, mas sim critérios de suportabilidade das cargas urbanísticas decorrentes dessas transferências ou de proporção de impactos entre as zonas emissoras e receptoras.
- A razão de ser da transferência é redução de custos orçamentários, e não a redução de lucros privados. A restrição pelo valor venal poderá acarretar um controle do lucro privado, mas poderá ser inócua (ou até perniciosa) no controle dos impactos urbanísticos de tais transferências.
- Ainda mais explícito, se as transferências causarem sobrecargas em uma zona, acabará surgindo a necessidade de novos gastos orçamentários. Ou seja, não tivemos economia nenhuma, mas, tão somente, mudamos o problema de lugar.

Referências

ALFONSIN, Betânia et al. Teoria da patrimonialização do direito de construir. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO URBANÍSTICO: AVALIANDO O ESTATUTO DA CIDADE, 2. *Anais*... Porto Alegre: Evangraf, 2002. p. 533-566.

ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. *Do solo criado (outorga onerosa do direito de construir)*: instrumento de tributação para a ordenação do ambiente urbano. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ANTUNES, Luís Felipe Colaço. *Direito urbanístico*: um outro paradigma. Coimbra: Almedina, 2002.

BARCELLOS, Cláudia de Aguiar; UZON, Néia Correa. Novos instrumentos da política urbana. A experiência precursora do município de Porto Alegre nas operações relativas ao direito de construir. In: ALFONSIN, Betânia et al. *Congresso brasileiro de direito urbanístico*: avaliando o Estatuto da Cidade. Porto Alegre: Evangraf, 2002. p. 413-438.

BIDDLE, James. Foreword. In: COSTONIS, John J. *Space adrift*: landmark preservation and the marketplace. Urbana: University of Illinois Press, 1974.

BREDIN, John B. *Transfer of development rights*: cases, statutes, examples, and a model. Disponível em: <http://design.asu.edu/apa/proceedings00/BREDIN/bredin.htm>.

CARVALHO, Aline Werneck Barbosa de. *A transferência do potencial construtivo como mecanismo de preservação do patrimônio cultural*: uma experiência concreta em Viçosa. Disponível em: <www.vitruvius.com.br/minhacidade/mc089/mc089.asp>.

CORDEIRO, António. *A protecção de terceiros em face de decisões urbanísticas.* Coimbra: Almedina, 1995.

CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade.* Coimbra: Almedina, 2001.

COSTONIS, John J. *Space adrift*: landmark preservation and the marketplace. Urbana: University of Illinois Press, 1974.

_____. *Icons and aliens:* law, aesthetics, and environmental change. Urbana and Chicago: University of Illinois Press, 1989.

D'ANGELO, Guido. *Diritto dell'edilizia e dell'urbanistica*. 11. ed. Padova: Cedam, 2006.

FIX, Mariana. *Parceiros da exclusão*: duas histórias da construção de uma "nova cidade" em São Paulo — Faria Lima e Água Espraiada. São Paulo: Boitempo, 2001.

GRAU, Eros Roberto. *Direito urbano*: regiões metropolitanas, solo criado, zoneamento e controle ambiental, projeto de lei do desenvolvimento urbano. São Paulo: RT, 1983.

HANLY-FORDE, Jason et al. *Transfer of development rights programs*: using the market for compensation and preservation. Disponível em: <http://government.cce.cornell.edu/doc/html/Transfer%20of%20Development%20Rights%20Programs.htm>.

HERKENHOFF FILHO, Paulo Estelita. Questões anteriores ao direito urbano. In: PESSOA, Álvaro (Coord.). *Direito do urbanismo*. Rio de Janeiro: Ibam, 1981.

HOHFELD, Wesley Newcomb. *Fundamental legal concepts as aplied in judicial reasoning*. Westport, CT: Greenwood Press, Inc., 1978.

LAI, Richard Tseg-yu. *Law in urban design planning*: the invisible web. New York: Van Nostra Reinhold Company, 1988.

LAWRENCE, Timothy J. *Transfer of development rights*. Disponível em: <http://ohioline.osu.edu/cd-fact/1264.html>.

LEBRETON, Jean-Pierre. *Droit de l'urbanisme*. Paris: PUF, 1993.

LUCCHESE, Maria Cecília. *Transferência do direito de construir* — um instrumento mal aplicado. Disponível em: <www.cepam.sp.gov.br/v10/estatuto/PDF/Parte%20II/12%20-%20Maria%20C.%20Lucchese.pdf>.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1999.

MONTEIRO, Yara Darcy Police; SILVEIRA, Egle Monteiro da. Transferência do direito de construir. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da Cidade* (Comentários à Lei Federal nº 10.257/2001). São Paulo: Malheiros, 2002. p. 276-284.

PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico*: Plano Diretor e direito de propriedade. São Paulo: RT, 2006. p. 312-314.

SALVIA, Filippo; TERESI, Francesco. *Diritto urbaniscio*. 7. ed. Padova: Cedam, 2002.

SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito económico*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

SANTOS, Cacilda Lopes. *Transferência do direito de construir*. Disponível em: <www.cepam.sp.gov.br/v10/estatuto/PDF/Parte%20II/13%20-%20Cacilda.pdf>.

SILVA, Vasco Pereira da. *Verdes são também os direitos do homem*. São João do Estoril: Principia, publicações universitárias e científicas, 2000. p. 10.

STOUGHTON, Candence. *Transfer of development rights*: innovative greenspace protection tool. Disponível em: <www.nature.org/wherewework/northamerica/states/georgia/files/etowah_02_16_2004.pdf>.

TAVARES, António. *Can the market be used to preserve land*? The case for transfer of development rights. Disponível em: <www.ersa.org/ersaconfs/ersa03/cdrom/papers/292.pdf>.

TIPKE, Klaus. Steuerrechtswissenschaft und Steuersustem. In: *Festschrift für Gerhard Wacke*. Köln: Otto Schmidt, 1972. p. 229. Apud LOBO TORRES, Ricardo. *Normas de interpretação e integração do direito tributário.* 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TRIPP, James T. B.; DUDEK, Daniel D. *Institutional guidelines for designing successful transferable rights programs.* Yalo J. on regulation 369. Disponível em: <http://lic.law.ufl.edu/~nicholas/Techgm/tripp.htm>.

Sites pesquisados

<http://sistemas.vitoria.es.gov.br/webleis/Leis/L6705.PDF>.

<www.portoalegre.rs.gov.br/planeja/spm/2c2_3.htm>.