

**LÚCIA HELENA CACHOEIRA**

**TRANSFERÊNCIA DE POTENCIAL CONSTRUTIVO:  
UMA MODALIDADE DE ATUAÇÃO DA POLÍCIA  
ADMINISTRATIVA SOBRE O DIREITO DE CONSTRUIR**

**Curitiba  
25 de outubro de 2002**

**LÚCIA HELENA CACHOEIRA**

**TRANSFERÊNCIA DE POTENCIAL CONSTRUTIVO:  
UMA MODALIDADE DE ATUAÇÃO DA POLÍCIA  
ADMINISTRATIVA SOBRE O DIREITO DE CONSTRUIR**

Monografia apresentada como  
requisito à conclusão do curso de  
Graduação em Direito, Setor de  
Ciências Jurídicas, Universidade  
Federal do Paraná.

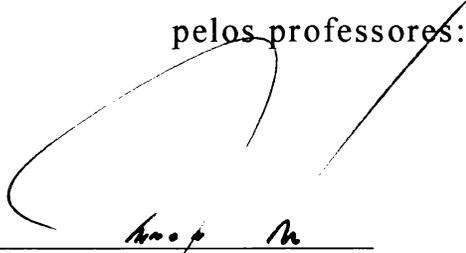
Orientador: Prof. Pedro Henrique  
Xavier

**Curitiba**  
**25 de outubro de 2002**

**LÚCIA HELENA CACHOEIRA**

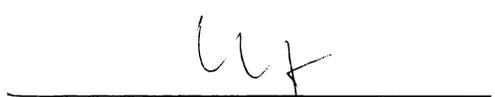
**TRANSFERÊNCIA DE POTENCIAL CONSTRUTIVO:  
UMA MODALIDADE DE ATUAÇÃO DA POLÍCIA  
ADMINISTRATIVA SOBRE O DIREITO DE CONSTRUIR**

Monografia aprovada como requisito à conclusão do curso de Graduação  
em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada  
pelos professores:

  
Orientador: Prof. Pedro Henrique Xavier

  
Prof. Romeu Felipe Bacellar Filho

  
Profa. Angela Cassia Costaldello

  
Prof. Rogério Distéfano

Curitiba, 7 de novembro de 2002.

A meu Luís, fonte constante de admiração, espelho de perseverança e alegria; a Deus, sede de inspiração e conforto nos momentos de incerteza.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO.....</b>	<b>VII</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>VIII</b>
<b>I - INTRODUÇÃO .....</b>	<b>1</b>
<b>II - A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE POLÍCIA .....</b>	<b>4</b>
2.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO .....	4
2.2. TERMINOLOGIA E NATUREZA DA ATIVIDADE DE POLÍCIA .....	7
2.3. ABRANGÊNCIA .....	11
2.4. CLASSIFICAÇÃO .....	13
2.5. CAMPOS DE ATUAÇÃO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE POLÍCIA	15
<b>III - A FRAGMENTAÇÃO ENTRE DIREITO DE PROPRIEDADE E DIREITO DE CONSTRUIR.....</b>	<b>16</b>
3.1. PERFIL DO DIREITO DE PROPRIEDADE.....	16
3.2. A PROPRIEDADE URBANA E O DIREITO DE CONSTRUIR.....	20
3.3. A SEPARAÇÃO ENTRE O DIREITO DE PROPRIEDADE E O DIREITO DE CONSTRUIR .....	23
<b>IV - A TRANSFERÊNCIA DE POTENCIAL CONSTRUTIVO COMO MODALIDADE DE ATUAÇÃO DA POLÍCIA ADMINISTRATIVA SOBRE O DIREITO DE CONSTRUIR.....</b>	<b>29</b>
4.1. A ATIVIDADE DE POLÍCIA SOBRE O DIREITO DE CONSTRUIR .....	29
4.2. NOÇÃO DO INSTITUTO DA TRANSFERÊNCIA DE POTENCIAL CONSTRUTIVO .....	32
4.3. A TRANSFERÊNCIA DE POTENCIAL CONSTRUTIVO E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA NA ORGANIZAÇÃO DO USO DO SOLO URBANO.....	37

4.4. A UTILIDADE DA TRANSFERÊNCIA DO POTENCIAL CONSTRUTIVO COMO POSSÍVEL COMPENSAÇÃO URBANÍSTICA DECORRENTE DE LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA .....	39
<b>V - CONCLUSÕES.....</b>	<b>42</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>45</b>

## **RESUMO**

O presente estudo critica a maneira como a qual a atividade de polícia vem sendo abordada pela doutrina, buscando as raízes deste instituto e sua significação na sociedade. Aponta o recente reconhecimento, no Brasil, da autonomia do direito de construir em relação ao direito de propriedade e investiga em que medida a atividade da polícia administrativa determina o conteúdo do direito de construir no âmbito urbano. Exemplifica as noções trazidas a partir da análise do instituto da transferência de potencial construtivo, sua importância prática na atualidade e a legislação em vigor.

## **ABSTRACT**

This work criticizes the way police activity is been presented by doctrine, searching for it's roots and it's significance in the society. It points a recent recognition, in Brazil, of the autonomy of the right to construct in relation to the property right. It also investigates how the administrative police activity determinates the content of right to construct in the city. It exemplifies the said notions from a analysis of the "constructive potencial tranference", its practical importance and the legislation that is in force.

## I - INTRODUÇÃO

Desde há muito o estudo do "poder de polícia" tem sido relegado a segundo plano pela crítica da doutrina, a qual tem se direcionado no sentido de proceder à análise imediata das limitações administrativas ou, ainda, à exposição dos "motivos" que implicam no reconhecimento de certa finalidade a dado direito. Em que pese esta seja uma posição bastante prática e direta, urge salientar que tal raciocínio tolhe uma importante etapa para a compreensão do mecanismo de conformação de um direito.

Com efeito, sabe-se que o Ordenamento Jurídico contempla e protege "direitos" segundo a finalidade que lhes seja conferida. Todavia, mencionado fim só é passível de ser realizado na medida em que exista uma atividade capaz de limar, aparar, delinear o direito que se visa exercitar. A esta atividade dá-se o nome de atividade polícia administrativa, nomeada por muitos de "poder de polícia" do Estado.

Daí porque se afirmar que o estudo imediato das limitações administrativas *in specie* compacta apressadamente um fenômeno amplo e essencial para a compreensão dos direitos tal como se apresentam na realidade, isto é, o fenômeno da incidência da atividade de polícia sobre o direito de construir, *verbi gratia*, do qual decorrem limitações administrativas das mais variadas formas.

Assim, pouco se discute acerca da natureza das limitações decorrentes da atividade administrativa de polícia - se de índole legislativa ou executiva; pouco se indaga se existem variações na intensidade e relevância desta atividade conforme o direito que esteja em pauta e a Unidade Federativa que sobre ele disponha.

Ao tratar do direito de construir, o presente trabalho tem por objetivo clarificar em que medida a atividade da polícia administrativa

contorna, define este direito que, em última instância, revela o conteúdo econômico da propriedade no âmbito urbano.

Não se pode olvidar, todavia, que tanto a propriedade urbana quanto o direito de sobre ela construir vêm sofrendo inúmeras mutações especialmente de índole legislativa, no sentido de que hoje já não mais se pode afirmar, com segurança, que a faculdade edilícia é um "poder" inerente e exclusivo ao *dominus eminens*, vez que a fragmentação entre direito de propriedade e direito de construir já vem coroada pelo Novo Código Civil, art. 1225, ao elencar entre os direitos reais a superfície.

Assim, partindo-se do princípio que direito de propriedade e direito de construir não se confundem, resta analisar em que medida a atividade administrativa de polícia incide sobre este último, de modo a fazer com que seja cumprida a sua finalidade.

Obviamente, o tema é bastante amplo, porquanto implica inicialmente na análise das características atividade de polícia sobre a propriedade, bem como na distinção entre os direitos de propriedade e de construir. Como não poderia deixar de ser, o tema perpassa também pela questão da finalidade urbanística da propriedade urbana, em nome da qual pode se tornar necessário tanto um *facere* - sob pena de desapropriação, tal como contemplado no art. 182 §4º da Constituição Federal - quanto um *non facere*, decorrente de limitações de índole urbanística.

No presente trabalho, entretanto, estar-se-á a tratar tão somente de "limitações administrativas", não se adentrando no mérito das servidões e das desapropriações. Mais especificamente, analisar-se-á um instrumental que, embora não seja novo, atualmente vem ganhando relevância enquanto atividade conformadora do direito de construir: a transferência de potencial construtivo, instituto esse que já recebe o amparo da recente Lei Federal n.º 10.257/2001, denominada de Estatuto da Cidade.

Não obstante as infindáveis questões adjacentes que o estudo da transferência de potencial construtivo possa suscitar, pretende-se, aqui, humildemente oferecer o fundamento básico para a compreensão de como a atividade da polícia administrativa recai sobre o direito de construir, exemplificando este fato com o referido instituto.

Desde já, entretanto, lançar-se-á as sementes para novas e futuras exposições acerca do tema, que traduz a mais rica e importante tendência do panorama e cenário nacionais: a comercialização e a otimização do direito de construir.

## II - A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE POLÍCIA

### 2.1. Evolução Histórica do Instituto

1. O termo "police power" foi empregado no âmbito jurídico pela primeira vez em 1827, no caso "Brows versus Maryland", julgado pela Suprema Corte norte-americana. Foi utilizado como fundamento para subordinar o direito de propriedade, até então marcadamente individualista, aos legítimos interesses da comunidade.

2. Sem embargo deste fato histórico, uma breve análise da linha do tempo permite afirmar que o poder de polícia lança raízes já na Idade Média, condicionando o agir humano às idéias de boa ordem moral e religiosa, ditadas pela Igreja.

Com o advento dos Estados Modernos, surge o chamado Estado de Polícia, caracterizado pela ascensão do Absolutismo, e a concentração de um poder ilimitado na mão dos Príncipes Absolutos. A atividade de polícia, aqui, mergulha num contexto de autoritarismo e arbitrariedade incontestes, e corresponde à própria noção de soberania.

A inevitável decadência do Estado de Polícia se inicia com as violentas e constantes revoluções populares que sobrevieram nos séculos XVII e XVIII. Diante da ameaça revolucionária, o poder soberano viu-se obrigado a se autolimitar, passando a obedecer ao princípio da legalidade. Tal medida se deu para sobreviver à ideologia do Liberalismo, segundo a qual "la liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent".<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> TÁCITO, Caio. *Poder de polícia e polícia do poder*. p. 63.

As declarações de direitos que mais evidenciaram esta nova perspectiva da atividade de polícia - a Bill of Rights de 1689 e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1791 - impuseram ao Estado uma postura omissiva, que passa a intervir tão somente para coibir abusos de direitos.

Nesta fase, a atividade de polícia restringiu-se a fazer com que a liberdade de um indivíduo não afetasse a liberdade dos demais (garantia da segurança, da tranquilidade e da salubridade públicas).

Em seguida, com a sucessão para o Estado Intervencionista, o Estado absorve um papel ativo na promoção do desenvolvimento comunitário. Dentro desta perspectiva, tal atividade passou a orbitar não apenas na esfera dos direitos individuais e políticos, mas também na garantia dos direitos econômicos e sociais.

Foi nesta época que a jurisprudência norte-americana firmou o "police power" como sinônimo da competência legislativa estadual para regular direitos privados segundo os ditames do interesse público, conforme mencionado inicialmente.

Todavia, a contundente expansão do capitalismo, cujo símbolo foi a Revolução Industrial dos séculos XIX e XX, firmou a neutralidade do Estado em face do capitalismo dominante, forçando, portanto, uma retração do "police power".

Os conflitos sociais originados neste contexto culminaram com a crise de 1929, abrindo espaço para um novo conceito de polícia.

A partir de então, o poder de polícia passou a se caracterizar como um instrumento do Poder Público voltado a conter os excessos do capitalismo e a amparar os economicamente mais fracos.

3. Diante deste panorama histórico, torna-se claro porquê se afirma que a atividade de polícia evolui segundo a concepção que se tem de Estado.

Em verdade, é a partir dos valores-fim colimados na configuração política de um Estado que o Poder Público intervirá com maior ou menor grau de arbitrariedade na conformação dos direitos de seus cidadãos.

## 2.2. Terminologia e natureza da atividade de polícia

4. Na doutrina, de um modo geral, há uma grande imprecisão no tratamento do conceito de polícia.

Longe de se buscar, aqui, uma abordagem preciosista, verifica-se que inúmeros autores utilizam impropriamente o termo "poder de polícia", ora querendo significar "polícia", ora "polícia administrativa", ou, ainda, fazendo alusão a um poder de polícia "lato sensu".

5. Nesse passo, a falta de objetividade e clareza - tanto na nomenclatura utilizada quanto na delimitação de seu conteúdo - acabam dificultando sobremaneira a correta compreensão do instituto.

Por outro lado, uma vez adotada a terminologia adequada, é possível estabelecer critérios para delimitar o conteúdo da atividade de polícia, compreendendo, assim, a sua natureza, abrangência e âmbito de atuação.

6. Celso Antonio Bandeira de Mello afirma que a expressão "poder de polícia" é deveras infeliz, porque pretende englobar, sob um único nome, leis e atos administrativos. Afirma:

*"Já isto seria, como é, fonte das mais lamentáveis e temíveis confusões, pois leva, algumas vezes, a reconhecer à Administração poderes que seriam inconcebíveis (no Estado de Direito), dando-lhe uma sobranceria que não possui, por ser imprópria de quem nada mais pode fazer senão atuar com base em lei que lhe confira os poderes tais ou quais e a serem exercidos nos termos e forma por ela estabelecidos."*<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 665.

Por este motivo, o ilustre autor utiliza as expressões poder de polícia "lato sensu" para abranger, neste caso, os atos do Legislativo e do Executivo, e poder de polícia "stricto sensu", ou polícia administrativa, para as intervenções do Poder Executivo (regulamentos, autorizações e licenças)<sup>3</sup>.

Na opinião de Sérgio de Andréa Ferreira, a referida expressão - "poder de polícia" - pode ser tomada como uma parcela da função *administrativa* do Poder Público. "Como poder (considerado sob o aspecto instrumental), o poder de polícia é um conjunto de atribuições, um complexo de direitos, de faculdades, de poderes jurídicos."<sup>4</sup>

Por sua vez, o prof. Rui Cyrne Lima parte do pressuposto pelo qual se obtém a proteção jurídica, ou seja, da limitação. Para ele, a atividade de polícia é "toda a restrição ou limitação posta coercitivamente pelo Estado à liberdade ou propriedade privada para possibilitar o exercício concorrente destes direitos"<sup>5</sup>. Todavia, não fica suficientemente clara qual é a natureza e a abrangência desta atividade.

Já o prof. Fernando Andrade de Oliveira parece abrir mão da expressão "poder de polícia" - tal como o faz a maioria dos autores europeus - utilizando a expressão "limitações administrativas à propriedade e à liberdade".<sup>6</sup> Ainda que em breves linhas, afirma que as limitações administrativas decorrem do poder de polícia do Estado, sem contudo, prender-se em maiores indagações a respeito do termo.

---

<sup>3</sup> Id. *Ibidem*, p. 666.

<sup>4</sup> FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Direito administrativo didático*, p. 248/249.

<sup>5</sup> LIMA, Rui Cyrne. *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*, p. 219/220.

<sup>6</sup> Cf. OLIVEIRA, Fernando Andrade de. *Limitações administrativas à propriedade privada imobiliária*. Rio de Janeiro : Ed. Forense, 1982.

7. Não obstante tenha a Lei n. 5.172 de 25.10.1966 conceituado o poder de polícia<sup>7/8</sup>, parece ser bastante adequada a antiga concepção proposta por Benjamín Villegas Basavilbaso.

Para o autor, à luz do que já ensinara Rafael Bielsa, "polícia" e "poder de polícia" não se confundem. A polícia, por sua própria natureza, é uma função jurídico-*administrativa*, uma atividade-meio do Estado. O poder de polícia, ao revés, é uma função *legislativa*, de conteúdo político-econômico e político-social, uma atividade-fim do Estado.<sup>9</sup>

O poder de polícia, portanto, é a esfera da atividade do Poder *Legislativo* voltada a limitar, a conformar direitos 'in abstracto'; a polícia, por sua vez, é a atividade da Administração Pública condicionada pela legislação decorrente do poder de polícia do Estado.

---

<sup>7</sup> Cf. Código Tributário Nacional: "**Art. 78.** *Considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (Redação dada pelo Ato Complementar nº 31, de 28.12.1966)* **Parágrafo único.** *Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.*"

<sup>8</sup> Nosso Código Tributário Nacional não deixa clara a *natureza* da atividade de polícia, pois apesar de mencionar que se trata de uma atividade desempenhada pela Administração Pública menciona os atos de "limitar", "regular" e "disciplinar" direitos, atividades evidentemente de cunho legislativo.

<sup>9</sup> BASAVILBASO, Benjamín Villegas. *Derecho administrativo*. p. 73.

8. Não há dúvidas de que esta concepção é a mais acertada sob o ponto de vista prático e terminológico. Daí porque utilizarmos, no presente trabalho, a expressão "atividade *administrativa* de polícia". Trata-se de uma atividade *desempenhada* pela Administração Pública, de *natureza* não legislativa e *voltada* a concretizar as normas jurídicas de polícia.

A questão que se põe é como distinguir objetivamente a polícia das demais atividades da Administração Pública. Procurar-se-á esclarecer esta indagação adiante.

### 2.3. Abrangência

9. Segundo Basavilbaso<sup>10</sup>, a conservação da ordem e a coação não são traços distintivos da polícia em relação às demais atividades da Administração Pública. Para o autor, o que permite identificar a atividade de polícia é o *objeto* de sua atividade, que se encontra circunscrito pela proteção à integridade física das pessoas, das coisas, da moral e até mesmo da economia pública enquanto esta possa afetar diretamente as primeiras.

O referido autor define a polícia nos seguintes termos:

*"es una función administrativa que tiene por objeto la protección de la seguridad, moralidad y salubridad públicas, y de la economía pública en cuanto afecte directamente a la primera. Es obvio decir que la policía por su propia naturaleza de función jurídica administrativa está sujeta al imperio de la ley."*<sup>11</sup>

10. De outro modo, o objeto da polícia é assegurar determinados bens jurídicos, sempre dentro da esfera de discricionariedade que a norma concede, vale dizer, atendendo aos critérios de oportunidade e de conveniência, diante de uma situação de fato que se lhe apresente.

Dentro desta perspectiva, convém mencionar os ensinamentos de Celso Antonio Bandeira de Mello, segundo o qual a atividade de polícia administrativa não se confunde com as *manifestações impositivas da*

---

<sup>10</sup> Id. Ibidem, p. 87.

<sup>11</sup> Id. Ibidem, p. 88.

*Administração Pública que decorrem de vínculos específicos firmados entre o poder público e o destinatário de sua ação.*

Assim, "não se enquadram no âmbito da polícia administrativa os atos que atingem usuários do serviço público, quando concernentes àquele especial relacionamento."<sup>12</sup> Sustenta o autor que também as servidões administrativas estão fora do âmbito da atividade de polícia administrativa, haja vista uma especial sujeição de determinado bem ao interesse ao interesse público.

11. Já Basavilbaso parte da distinção entre atividade de polícia administrativa e domínio eminente. Afirma que, embora ambos se exerçam sobre o direito de propriedade, no *dominium eminens* o Estado *modifica* o direito de propriedade privada, seja pela via expropriatória ou ainda pelo estabelecimento de servidões sobre ele, mudando o seu titular em todo ou em parte.

Por outro lado, na atividade de polícia administrativa há tão somente a mera conformação de direitos. Logo, esta última, desempenhada diretamente pela Administração Pública, não enseja por si só uma indenização.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> MELLO, op. cit., p. 667.

<sup>13</sup> BASAVILBASO., op. cit., p. 118.

## 2.4. Classificação

12. A maioria dos autores classifica a atividade administrativa de polícia segundo os seus fins, dividindo-a em dois grandes setores: o da polícia administrativa, o da polícia judiciária.

Mais recentemente, presenciamos a sobrelevação de um terceiro setor: o da polícia de gestão, relacionada ao bom funcionamento dos serviços públicos. Por razões de ordem metodológica, a análise estará limitada aos dois primeiros setores.

Jean Rívero, ao tratar do tema, conceitua genericamente o primeiro setor nos seguintes termos: "Por polícia administrativa entende-se o conjunto das atividades que tendem a impor à livre ação dos particulares a disciplina exigida pela vida em sociedade."<sup>14</sup>

Com efeito, a característica predominante da polícia administrativa é resguardar preventivamente a ordem pública. Urge ressaltar, entretanto, que a polícia administrativa também atua *repressivamente*, em especial quando faz uso da força para assegurar o cumprimento das normas sem recorrer a autoridade judicial.

Assim, esta atividade administrativa via de regra consistirá num poder negativo, ou seja, num poder que impõe ao particular uma conduta de "non facere". Contudo, não é possível limitá-lo às hipóteses de abstenção.<sup>15</sup> Existem casos em que a polícia administrativa determina ações verdadeiramente positivas, tal como o condicionamento de uso da propriedade privada, a qual deve estar ajustada à sua função social.

---

<sup>14</sup> RIVERO, Jean. *Direito administrativo*, p. 478.

<sup>15</sup> MELLO, op. cit., p. 673.

13. Em outras hipóteses, a situação de "não fazer" resiste somente até o momento em que a Administração Pública autoriza o administrado a realizar determinado ato, tal como ocorre nas licenças para edificar.

Desnecessário dizer-se que o exercício desta atividade está sempre adstrito ao princípio da legalidade e ao controle jurisdicional, assim como toda a atuação da Administração Pública .

14. Já a polícia judiciária possui como traço característico o auxílio à repressão, ocupando-se da preparação para a persecução penal. Neste sentido, assevera Basavilbaso que a natureza jurídica desta função pertence antes ao direito penal que ao direito administrativo, muito embora sejam auxiliares os órgãos de polícia, conforme determina a lei. Daí porque entenderem, alguns autores, que a atividade de polícia judicial não é verdadeiramente uma atividade de polícia.

## 2.5. Campos de atuação da atividade administrativa de polícia

15. O critério fundamental para a distinção dos campos em que cada ente da Federação desempenha atividades administrativas de polícia é o da competência legislativa.

Nessa perspectiva, os Municípios exercem atividade administrativa de polícia nas questões que disserem respeito a interesses que lhes são peculiares, hipótese que recai no art. 30 da Carta Magna (competência exclusiva), e art. 24 (competência concorrente).

Todavia, convém salientar que existem certas exceções a este critério, porquanto determinadas matérias, em princípio privativas da União, acabam repercutindo diretamente sobre interesses específicos do Município, e, por isso mesmo, são suscetíveis de serem por ele reguladas e asseguradas nos aspectos que interferem com a vida e a problemática municipais.

Conclui-se daí que a atividade de polícia administrativa incumbe a quem legisla sobre a matéria, ressalvadas as hipóteses em que a competência da União não exclui o poder de polícia dos Estados e Municípios quanto aos aspectos externos à essência da mesma matéria deferida à União.

Por conseqüência, serão de polícia administrativa os atos atinentes à política urbana dos municípios decorrente do art. 182 §4º, sobretudo os incisos I e II.

### III - A FRAGMENTAÇÃO ENTRE DIREITO DE PROPRIEDADE E DIREITO DE CONSTRUIR

#### 3.1. Perfil do Direito de Propriedade

16. Dogmaticamente, afirma-se que a propriedade é o mais amplo dos direitos reais - *plena in re potesta*.<sup>16</sup>

Analisando-se os seus principais caracteres, afirma-se que a propriedade é um direito 1) complexo e unitário, porquanto dele exsurgem 'feixes de direitos', consistindo nas faculdades de "gozar, fruir e dispor e reivindicar a coisa"<sup>17</sup>; 2) absoluto, no sentido de ser um poder direto sobre a coisa e oponível *erga omnes*, o que permite ao titular decidir "se" e "quando" irá utilizá-la; 3) perpétuo, de duração ilimitada, ou seja, que não se extingue pelo seu não uso; 4) exclusivo e elástico, isto é, que proíbe que terceiros exerçam sobre a coisa qualquer senhorio, podendo ainda ser distendido ou contraído conforme se lhe agreguem ou retirem faculdades destacáveis.<sup>18</sup>

17. Obviamente, esta qualificação não está isenta de críticas. Muitas destas características são radicalmente relativizadas - se não apagadas - da noção do direito de propriedade que hoje deve prevalecer.

O próprio prof. Orlando Gomes pondera que "Tantas e tais têm sido as restrições ao direito de propriedade, no seu conteúdo e no seu

---

<sup>16</sup> GOMES, Orlando. *Direitos reais*. p. 97-98.

<sup>17</sup> Código Civil de 1916, art. 524; novo Código Civil, art. 1228.

<sup>18</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*, p. 18.

exercício, que está abalada sua própria condição tradicional de *Direito Privado*." <sup>19</sup>

E não é para menos. Da mesma forma que o "poder de polícia" varia conforme a concepção que se tem de Estado <sup>20</sup>, também o direito de propriedade modifica-se "ao sabor das injunções econômicas, políticas, sociais e religiosas." <sup>21</sup>

Em Roma, a propriedade tinha características peculiares. Nascida sobre o solo e seus elementos de fundo, a propriedade romana era impregnada de um forte sentido absoluto e aspecto individual, muito embora o *dominus* já sofresse algumas limitações de polícia administrativa (tais como alinhamento, modo de construção, etc.).

Com a Revolução Francesa, procurou-se democratizar a propriedade. Aboliram-se privilégios; cancelaram-se direitos perpétuos. O Código de Napoleão fez ressaltar o prestígio do imóvel, tido como símbolo de riqueza e de estabilidade, servindo de modelo a todo um movimento codificador ocorrido no século XIX. Neste período, a polícia administrativa começa, enfim, a participar ativamente na fiscalização e imposição de limites compatíveis com a função econômica da propriedade.

Gradativamente, porém, as transformações políticas e as constantes reivindicações sociais ocorridas ao redor do mundo, foram minando o caráter meramente econômico e individualista da propriedade, tendenciando para uma verdadeira "humanização" desse direito, fazendo-o migrar para a órbita do interesse público.

---

<sup>19</sup>GOMES. Op. cit. p. 119.

<sup>20</sup> Cf. Cap. I do presente trabalho.

<sup>21</sup> SILVA, Caio Mario Pereira da. *Instituições de direito civil*, p. 60.

Com efeito, a concepção publicista do direito de propriedade encontrou guarida no direito brasileiro, nele se inscrevendo desde a Constituição de 1934.<sup>22</sup>

Mais adiante, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu que a propriedade deve atender à sua função social (art. 5º, inc. XXIII), e inseriu este requisito entre os princípios da ordem econômica, ao lado da propriedade privada (art. 170, incisos II e III).

18. Neste contexto, uma vez admitida a sobrevivência da propriedade privada, porquanto essencial ao regime capitalista, a atividade de polícia absorveu um papel relevante, condicionando a atuação do particular com o interesse social.

Decorre daí a idéia de que o direito de propriedade não é - e nem poderia ser - absoluto, afinal nenhum direito reconhecido pela Lei Fundamental o é; não é exclusivo, posto que existem direitos reais sobre a coisa alheia; não é perpétuo, senão potencialmente precário, eis que mediante desapropriação pública o Estado pode extingui-lo.<sup>23</sup> É, sim, um direito flexível, cujo conteúdo pode variar conforme os ditames da vontade coletiva, desde que não seja esvaziado de seu conteúdo essencial mínimo. Para tanto, cabe ao proprietário cumprir com o dever positivo e genérico de dar à coisa um fim compatível com a sua destinação natural e econômica, no interesse da sociedade como um todo.

Neste passo, é o direito administrativo quem decidirá o conteúdo e a extensão das faculdades do proprietário que coexistirão com as várias modalidades de obrigações.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *O estatuto da propriedade perante o novo ordenamento constitucional brasileiro*, p. 28.

<sup>23</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 138.

A propriedade, assim, acaba sendo condicionada por inúmeras limitações administrativas, decorrentes da atividade de polícia, voltadas a proteger e a realizar a sua função social.

---

<sup>24</sup> Id. Ibidem. p. 248.

### 3.2. A propriedade urbana e o direito de construir

19. Na cidade, a atividade administrativa de polícia desenvolvida pelo Poder Público direciona-se no sentido de transformar a realidade urbana segundo os interesses da coletividade. Essa atividade, de índole urbanística, interfere significativamente na propriedade privada, a qual passa a se sujeitar à função pública do urbanismo.

A propriedade urbana, portanto, apresenta-se como um direito *planificado*, ou seja, predeterminado pelos planos urbanísticos, e *causalizado*, porquanto dominado por uma série de objetivos sociais da propriedade urbana.<sup>25</sup>

Nesse passo, importa esclarecer qual é a *vocação* da propriedade privada no âmbito urbano. Se no campo a vocação natural da propriedade privada consiste em plantar e colher, na cidade - não há dúvidas - a vocação natural é construir, edificar.

Corroborando essa idéia, Seabra Fagundes assevera que "em se tratando de imóvel localizado na área urbana, é na possibilidade de construir, via de regra, que está a essência da propriedade". Em verdade, "o terreno situado na zona urbana ao qual não se vincula o direito de sobre ele edificar carece de significação econômica, salvo raras exceções."<sup>26</sup>

20. Todavia, é certo que nem todos os terrenos urbanos podem ser destinados à construção, haja vista a necessidade de que seja mantida uma proporção equilibrada entre os espaços particulares e os espaços de uso público, como vias de transporte, recreação, entre outros.

---

<sup>25</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico*. p.99.

<sup>26</sup> FAGUNDES, M. Seabra. *Aspectos jurídicos do solo criado*. p. 5.

Em arguta exposição acerca dos problemas urbanos, o Prof. Ricardo Pereira Lira menciona alguns fatores que ensejaram o estabelecimento de políticas de desenvolvimento das cidades.

A industrialização, *verbi gratia*, trouxe consigo um crescimento excessivo da população urbana; o repentino e volumoso êxodo rural fez com que a população migrante se assentasse de maneira desordenada e iníqua, "sob o domínio da segregação residencial, sem qualquer planejamento e racionalidade"<sup>27</sup>. Por conseqüência, a população de baixa renda foi forçada a migrar para as periferias, fixando-se de maneira desordenada e segmentada.

21. Ao tratar da questão, José Tadeu de Chiara aduz:

*...à vista da problemática da urbanização, da presença cada vez maior de populações vinculadas a cidades e da desmensurada atividade especulativa dos proprietários de terrenos urbanos, atuando, não raras vezes, de maneira predatória, compreenderam a necessidade de repensar a configuração do direito de propriedade urbana e de seu conteúdo mais expressivo, o do direito de construir....*<sup>28</sup>

Com efeito, as técnicas urbanísticas de outrora limitavam-se a fazer com que o proprietário apenas respeitasse as mínimas determinações públicas atinentes ao alinhamento, ao recuo, às relações de vizinhança.

---

<sup>27</sup> LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de direito urbanístico*, p. 159.

<sup>28</sup> CHIARA, José Tadeu de. *Propriedade urbana e direito de construir no direito urbanístico comparado*, p. 41.

O proprietário, portanto, estava absolutamente livre para decidir qual seria a destinação da terra - se iria ou não construir em seu terreno - o que resultou no surgimento de uma malha urbana casuística e imprevisível.

Entretanto, tal sistema não mais é compatível com o que hoje se concebe em termos urbanísticos. Salienta, o eminente prof. da UERJ<sup>29</sup>, à luz dos ensinamentos de Eduardo Garcia de Enterría:

*Reconhecer que esse fato coletivo seja decidido unicamente pelos proprietários do solo, segundo lhes convenha, é efetivamente atribuir a esses proprietários uma decisão sobre o fato coletivo e, significativamente coletivo como poucos é a configuração da cidade. De uma parte, reconhecer este poder privado é consagrar a anarquia urbanística mais absoluta.*

Diante destes fatos, não mais foi possível adiar a criação de um conjunto de regras específicas para a propriedade urbana, voltadas a ordenar a utilização do solo na cidade.

Dentro desta perspectiva, indaga-se sobre a plausibilidade da concepção que destaca o direito de construir do direito de propriedade, conferindo àquele um caráter autônomo em relação a este.

Certo é que a construção e disposição de uma cidade não podem ser relegadas ao sabor dos interesses privados. Por outro lado, não menos certa é a vocação edilícia da propriedade urbanística. Como, então, resolver a questão?

---

<sup>29</sup> LIRA, op. cit., p. 159.

### 3.3. A separação entre o direito de propriedade e o direito de construir

23. Enquanto fatos coletivos que são, o direito de propriedade e o direito de construir devem ser constantemente conduzidos e fiscalizados pelo Poder Público, mediante a atividade administrativa de polícia, segundo os interesses da coletividade.

Por esta razão, o direito de construir é condicionado ao prévio exercício da polícia administrativa, em que a Administração Pública indaga acerca da existência dos requisitos legais para a concessão de licenças ou alvará para construção. O direito de construir, portanto, é um direito flexível, que só pode ser determinado diante de uma situação de fato.

24. Ao tratar do direito de construir, Hely Lopes Meirelles afirma que o fundamento deste direito se encontra no direito de propriedade.

Desta forma, "uma vez reconhecido o poder legal de usar, gozar e dispor dos bens, reconhecido está o direito de construir, com todas as obras que lhe favoreçam a utilização ou lhe aumentem o valor econômico, respeitando-se as limitações decorrentes do direito de vizinhança e os regulamentos administrativos."<sup>30</sup>

Assim, a atividade de construção sobre o solo pode ser considerada um *direito subjetivo do proprietário*, cujo exercício está condicionado pelos direitos dos vizinhos e por regulamentos administrativos. Neste contexto, "a liberdade é a regra; a limitação, a exceção."<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> MEIRELLES, op. cit., p.29.

<sup>31</sup> Id. Ibidem, p. 85.

Por outro lado, uma análise mais detida desta concepção permite afirmar que o conceito guarda em seu bojo um aspecto da propriedade individualista conhecida pelos romanos, na medida em que procura tão somente coibir o abuso no exercício do direito de construir, ou seja, conter os "excessos" sintomáticos no uso da propriedade.

Não obstante, a realidade confirma que a faculdade de livre disposição do solo impulsiona o fenômeno da especulação imobiliária, sobretudo nas áreas com infra-estrutura mais avantajada, ou seja, naquelas que possibilitam aos seus ocupantes certos padrões de segurança, conforto, estética, etc.<sup>32</sup> Ainda, os preços superestimados dos terrenos acabam por criar um verdadeiro óbice à construção e ao desenvolvimento urbano.

25. Frente a este contexto, novos institutos jurídicos foram criados para procurar reduzir os problemas de índole urbanística.

A separação do direito de propriedade do direito de construir surge como uma possível solução para o planejamento e organização da cidade.

Logo, o direito de construir deixa total ou parcialmente de ser uma emanção do direito de propriedade para ser constituído através de uma concessão do poder público. Neste sentido, aduz o professor Ricardo Pereira Lira:<sup>33</sup>

*O que os juristas anglo-saxões chamam "development rights" e que com um latinismo tomado do velho Direito Romano tendemos a chamar de "ius aedificandi", a faculdade de pôr algo sobre o solo que tenha significado urbanístico, seja uma construção, seja um*

---

<sup>32</sup> GUERRA, Maria Magnólia Lima. *Aspectos jurídicos do uso do solo urbano*, p. 69.

<sup>33</sup> LIRA, op. cit., p. 106.

*simples uso do solo, é uma faculdade separada definitivamente da titularidade dominial, para passar a constituir conteúdo de uma função pública.*

26. Com efeito, países como Itália e França já adotam esta medida. Na Itália, a solução do problema da propriedade urbana aparece com a Lei 10 de 28.01.77, que estabelece normas para a edificabilidade do solo urbano.

Por este regramento, o direito de construir foi desvinculado por completo do direito de propriedade. Estabelece o art. 1º da referida lei:

*Articolo 1 (trasformazione urbanistica del territorio e concessione di edificare) - ogni attività comportante trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio comunale partecipa agli oneri ad essa relativi e la esecuzione delle opere è subordinata a concessione da parte del sindaco, ai sensi della presente legge.<sup>34</sup>*

Assim, somente através da concessão da Municipalidade, mediante pagamento, é que o proprietário urbano poderá edificar em seu terreno. Desnecessário dizer-se que a obra deverá atender a todos os regulamentos urbanísticos da região.

No direito italiano, portanto, o direito de construir pertence à comunidade; os titulares podem dele se utilizar mediante concessão ou autorização administrativas. A este respeito, observa Chiara, "não é o

---

<sup>34</sup> "toda a atividade que comporte transformação urbanística e edilícia do território comunal participa dos ônus relativos a tal atividade e a execução da obra está subordinada à concessão por parte do administrador público no sentido da presente lei".

exercício do direito de construir que é concedido, mas o próprio direito de construir que é transferido pelo estado ao particular."<sup>35</sup>

Por sua vez, Maria Magnólia Guerra<sup>36</sup> adverte que admitir-se que o direito de construir deva pertencer exclusivamente à coletividade implica no *esvaziamento* da capacidade de utilização do solo urbano<sup>37</sup>, o que, em última instância, conflita com a garantia constitucional da propriedade.

Desta forma, inaplicável em nosso ordenamento a solução adotada pelo regime jurídico da Itália.

27. De outra parte, a Lei francesa estabelece que o direito de construir está, até certo ponto, ligado à propriedade do solo. Assim, ao proprietário do solo é assegurado o direito de sobre ele edificar, nos limites do *plafond legal de densité*, que consiste na relação entre a superfície de construção e a superfície do terreno sobre a qual essa construção está ou deva estar edificada.

Nesse passo, somente para construção acima dos limites estabelecidos é que o proprietário deve requerer a concessão do direito pela Municipalidade. Neste sistema, o direito de construir é considerado um direito cuja titularidade pertence ao proprietário do solo, "mas só até o limite de edificação estabelecido pelo coeficiente de aproveitamento do solo instituído por lei. A partir desse limite é que o direito de construir passa a pertencer à municipalidade."<sup>38</sup>

---

<sup>35</sup> CHIARA, op. cit., p. 43

<sup>36</sup> GUERRA, op. cit., p. 73.

<sup>37</sup> Até porque a vocação da propriedade urbanística pauta-se na possibilidade de construir sobre o terreno, como salientamos no item anterior.

<sup>38</sup> CHIARA, op. cit., p.44.

28. Qualquer que seja a solução adotada para a separação do direito de construir em relação ao direito de propriedade, a consequência natural é o aparecimento de novos direitos reais, assim como o ressurgimento de institutos jurídicos, outrora esquecidos, a exigirem um tratamento jurídico adequado, tais como o solo criado e a transferibilidade do direito de construir.

Dentro desse enfoque é que uma nova voz se levanta para indagar sobre a autonomia do direito de construir também aqui no Brasil, em nome do bem estar social. E, de fato, novos institutos vêm surgindo, inclusive sob o rótulo de direito real, tal como o direito de superfície.

29. Não obstante o presente trabalho não se dirija a estudar os direitos reais, posto que voltado às limitações administrativas de índole urbanística, ou seja à conformação de direitos já existentes, cumpre salientar que o novo Código Civil elenca entre os direitos reais, no art. 1225, a superfície, destinando inclusive um título próprio (*Título IV - Da Superfície*) para tratar do assunto. A regulação da superfície também está inserta no Estatuto da Cidade, Lei 10.257/2001, arts. 21 a 24.

Ora, é evidente que o reconhecimento da existência do direito de superfície coroa a idéia da separação do direito de propriedade do direito de construir. A fragmentação do direito de propriedade do solo, para permitir a circulação comercial apenas da superfície, ressalta-se, é realizada pela via negocial, "com as galas de um direito real sobre a coisa alheia."<sup>39</sup>

Assim, a despeito da vocação edilícia da propriedade urbana, o direito de construir não é intrínseco ao direito de propriedade, como pode parecer em primeira vista.

---

Em verdade, há um interesse coletivo maior que determina esta separação: o bem estar social, o planejamento e a configuração de uma cidade. É dentro dessa perspectiva que a polícia administrativa irá atuar na conformação do direito de construir.

## **IV - A TRANSFERÊNCIA DE POTENCIAL CONSTRUTIVO COMO MODALIDADE DE ATUAÇÃO DA POLÍCIA ADMINISTRATIVA SOBRE O DIREITO DE CONSTRUIR**

### **4.1. A atividade de polícia sobre o direito de construir**

31. A esta altura da exposição, já é possível estabelecer um liame entre a atividade de polícia e o direito de construir.

Como se sabe, no ambiente urbano a polícia administrativa intervém na propriedade privada para direcioná-la ao atendimento de sua função social urbanística. Sua atuação sobre o direito de construir, portanto, está voltada à obtenção de uma racional distribuição de densidade populacional e das edificações nos aglomerados urbanos.

Ao classificar as regras de polícia, das quais necessariamente decorrem limitações administrativas, Fernando Andrade de Oliveira refere-se a três categorias<sup>40</sup>:

- a) limitações que têm causa na vizinhança da propriedade privada com a propriedade dominical (pública). São estabelecidas a bem da conservação e melhor utilização dos bens públicos, impondo também deveres positivos. Assim, no resguardo do domínio marítimo, por exemplo, o proprietário não pode executar novas obras em determinada zona sem autorização, sendo obrigado a manter em bons estados os muros e diques de proteção, etc. Da mesma forma, os limites

---

<sup>40</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 55/57.

referentes ao domínio hídrico impedem o proprietário de construir nas proximidades de rios e outras águas; os referentes às rodovias, rodovias, aeronáuticos e aos cemitérios, bem como aos bens artísticos e monumentais também geram deveres positivos e/ou negativos:

- (b) limitações que obrigam o proprietário a suportar atividades da Administração Pública, sob a forma de ocupação e uso temporário dos bens privados; e, por derradeiro,
- (c) limitações que impõem ao proprietário a obrigação de se abster do exercício de determinada atividade, compreendidos os referentes à faculdade edilícia, que podem determinar até a proibição absoluta de construir, ou a observância de regras técnicas ditadas por motivo de higiene, estética, etc., bem como na sujeição de alinhamento, de acordo com normas estabelecidas pelos regulamentos municipais e outras leis.

É precisamente neste âmbito que o instituto da transferência do potencial construtivo se mostrará um instrumento relevante enquanto auxiliar, se não compensatório, da atuação da polícia administrativa sobre o direito de construir.

32. Antes de proceder à análise da noção da transferência do potencial construtivo, porém, parece útil rever em breves linhas as causas e conseqüências que levaram a adoção do instituto analisado.<sup>41</sup>

Em todos os países, e sobretudo nos países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, a ocupação do espaço urbano se faz marcada

---

<sup>41</sup> Cf. Capítulo II, itens 21 e 22 do presente trabalho.

pelo déficit habitacional, pela carência de qualidade de infra-estrutura, pela ocupação desordenada das áreas urbanas, por serviços públicos deficientes, inclusive de transporte, água, esgoto, etc.

Enfim, a realidade demonstra a necessidade de políticas urbanas bem planejadas, com uma atuação efetiva da polícia administrativa municipal. Entretanto, o zoneamento tem se mostrado insuficiente para o efetivo controle do solo urbano, sobretudo em razão da crescente necessidade e intensidade do uso vertical dos terrenos.

Eis porque regulamentou-se o uso do solo urbano retomando valiosos instrumentos voltados solução dos grandes problemas urbanos, quais sejam, a outorga onerosa do direito de construir (ou solo criado) e a transferibilidade do potencial construtivo, de modo a organizar o uso do solo urbano, bem como a proteger patrimônios naturais, culturais, históricos, etc.

#### **4.2. Noção do instituto da Transferência de Potencial Construtivo**

33. O instituto da transferência de potencial construtivo, apesar de já ter sido muito confundido com a figura do solo criado, teve a sua origem anterior a este, conforme se verifica pela previsão na lei de orientação francesa de 31 de dezembro de 1967.

No início dos anos 70, a transferência de potencial construtivo foi aplicada em Chicago para a proteção do patrimônio cultural e, em Porto Rico, para a proteção do patrimônio natural.

No Brasil, a aplicação da transferência não demorou muito a ocorrer. Desde 1969, o Município de São Paulo já dispunha de legislação municipal autorizando os moradores atingidos pelo alargamento da Avenida Paulista a computar a área "doada" à Prefeitura, para fins de cálculo do índice de aproveitamento a ser aplicado no imóvel remanescente.

Analogamente, o Município de Porto Alegre, através do Decreto nº 5.162/75, também prescrevia que as partes dos terrenos absorvidos por recuos viários ou áreas verdes pudessem ser computadas como parte integrantes dos mesmos, para fins de determinação dos índices de aproveitamento e percentagens de ocupação.

Dessa forma, embora assim não fossem denominados, esses dois exemplos são a forma embrionária da hoje conhecida transferência de potencial construtivo.

34. Por sua vez, o solo criado foi gerido a partir das discussões realizadas em 1971 em Roma, quando um grupo de especialistas da Comissão Econômica para a Europa, da ONU, concluiu pela necessidade em dissociar o direito de edificar do direito de propriedade, dada a

suposição de que este último deve pertencer à coletividade, não podendo ser admitido, senão por concessão ou autorização do Poder Público.

A este respeito, leciona Eros Roberto Grau:

*“A noção de solo criado desenvolveu-se inicialmente a partir da observação da possibilidade de criação artificial de área horizontal, mediante a sua construção sobre ou sob o solo natural. Compreendia-se assim o solo criado como o resultado da criação de áreas adicionais utilizáveis, não apoiadas diretamente sobre o solo natural. Não se confunde, no entanto, a noção — mesmo quando nestes termos entendida — com a ocupação do espaço aéreo, visto que pode haver ocupação de espaço aéreo sem criação de solo; seria o caso de construção de uma torre de grande altura, sem pavimento intermediários, ou da nave de uma catedral gótica, também de grande altura, mas sem nenhum plano utilizado no intermediário. Por outro lado, pode haver criação de solo sem ocupação do espaço aéreo: seria o caso das construções no subsolo, que ocupam um espaço subterrâneo.”<sup>42</sup>*

Conforme relata o ilustre professor, em janeiro de 1975 já se discutia a possibilidade de edificar acima de um coeficiente preestabelecido, mediante pagamento de uma remuneração ao Poder Público (solo criado), ou ainda, a possibilidade de transferência do potencial construtivo de um terreno para área diversa.

**35.** Entretanto, foi através da Carta de Embu, produzida em fins de 1976 por diversos juristas e planejadores urbanos, que a idéia do solo criado e da transferência de potencial construtivo ganhou visibilidade nacional.

Baseava-se o documento na implantação de um coeficiente único para todos os terrenos urbanos; toda a edificação acima desse patamar implantado era considerada "solo criado", sendo que a sua aquisição se

---

<sup>42</sup> GRAU, op. cit., p. 57.

dava através da entrega de áreas ao Poder Público ou pelo equivalente econômico.

A transferência de potencial construtivo, por sua vez, estava autorizada para os proprietários que, sujeitos a limitações administrativas, ficavam impedidos de utilizar plenamente o coeficiente único, ou, ainda, que se tornassem impedidos de construir em seus terrenos em razão de restrições administrativas.

36. Foi justamente a idéia da adoção de coeficiente único para todos os imóveis urbanos um dos motivos para a confusão, ainda hoje existente, de que a transferência de potencial construtivo seria atrelada ao solo criado. Isto porque parte da doutrina defendia que a implantação da transferência de potencial construtivo apenas seria viável na hipótese de não existir a possibilidade da mudança da legislação que fixa o coeficiente de aproveitamento, pois havendo essa possibilidade, provavelmente, ninguém se interessaria em adquirir direitos de criar solo de outros proprietários de imóvel, já que os proprietários poderiam pressionar as autoridades municipais para que realizem mudanças no coeficiente para 2, 3 ou 4.<sup>43</sup>

Não parece que seja assim, já que não é o instituto do solo criado que dá fundamento jurídico à transferência de potencial construtivo de determinada área, mas tão só, garante-lhe maior possibilidade de concreção.

Tanto é verdade, que não existem impedimentos legais para adoção da transferência de potencial construtivo em um regime de coeficientes de aproveitamento diferenciados.

---

<sup>43</sup> GRAU, op. cit., p. 59.

37. Com efeito, a transferibilidade do direito de construir consiste tão somente na transferência do potencial construtivo de uma unidade do solo urbano a outra, segundo determinadas regras.

Neste sentido, a Lei 10.257/2001 ou "Estatuto da Cidade" prevê em seu art. 35, *in verbis*:

*Art. 35. Lei municipal, baseada no plano diretor, poderá autorizar o proprietário do imóvel urbano, privado ou público, a exercer em outro local, ou aliena, mediante escritura pública, o direito de construir previsto no plano diretor ou em legislação urbanística dele decorrente, quando o referido imóvel for necessário para fins de:*

*I - implantação de equipamentos urbanos comunitários;*

*II - preservação, quando o imóvel for considerado de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural;*

*III - servir a programas de regularização fundiária, urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e habitação de interesse social.*

*§1º A mesma faculdade poderá ser concedida ao proprietário que doar ao poder público seu imóvel, ou parte dele, para os fins previstos nos incisos I a III do caput;*

*§2º A Lei municipal referida no caput estabelecerá as condições relativas à aplicação da transferência do direito de construir.*

Inferre-se da análise deste dispositivo que, uma vez constatado que determinado imóvel é necessário para implantar equipamentos urbanos e comunitários, preservar interesse (histórico, cultural, ambiental, paisagístico ou social), servir a programa de regularização fundiária ou urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e habitação de interesse social, admite-se que o poder público autorize a transferência do direito de construir.

Evidentemente, é indispensável que não ocorram alterações nos índices de aproveitamento vigorantes, sob pena de afastar os possíveis interessados na aquisição do potencial construtivo.

38. Salienta-se, ainda, que a experiência veio a comprovar a possibilidade de se instituir a transferência de potencial construtivo, independentemente da adoção do coeficiente único e do solo criado.

Dessa forma, municípios como Porto Alegre, Curitiba e Recife vem adotando o referido instrumental em um regime de coeficientes variáveis.

Com efeito, o zoneamento rígido amparado em coeficiente de aproveitamento 1 (um) tem tido muitas dificuldades para a sua implementação no Brasil, dentre elas, cita-se a pressão exercida pelos incorporadores imobiliários junto aos Poderes Executivo e Legislativo locais, já que teriam sensivelmente diminuído os lucros advindos da exploração do solo urbano .

### **4.3. A transferência de potencial construtivo e o princípio da isonomia na organização do uso do solo urbano**

39. Outra questão relevante consiste em verificar se a transferência de potencial construtivo propicia uma distribuição mais eqüitativa entre os proprietários em relação aos encargos urbanísticos decorrentes do plano urbanístico.

O tema das relações entre os planos urbanísticos e o princípio da igualdade é, seguramente, um dos mais importantes do direito do urbanismo, já que da garantia da igualdade de tratamento dos proprietários, depende a própria legitimidade do ordenamento urbanístico, sobre o qual pesa sempre, em consequência da sua estrutura peculiar, a sombra da desigualdade, o que em última instância ocorre em prol do interesse público.

40. De fato, um dos problemas jurídicos mais angustiosos colocados pelos planos urbanísticos deriva da circunstância de estes atingirem as diferentes parcelas do território - e, por isso, os seus proprietários - de modo essencialmente desigual.<sup>44</sup>

Essa desigualdade do plano surge a partir da própria qualificação urbanística dos terrenos, na medida em que as diferentes destinações dos solos urbanos, definidas basicamente pela sua potencialidade edificatória, valorizam desigualmente os terrenos.

Sendo assim, na medida em que o potencial construtivo a ser transferido é calculado com base no coeficiente de aproveitamento da zona ou setor de uso onde se localiza o imóvel, conclui-se que, em

---

<sup>44</sup> Dessa forma prevê a legislação de Curitiba, conforme o artigo 4º, § 1º da Lei nº 9.805/00;

relação aos proprietários desta mesma zona, a transferência de potencial possibilita efetivamente uma maior igualdade de tratamento urbanístico.

Todavia, cumpre salientar que a transferência de potencial construtivo em nada contribui para uma justa distribuição dos encargos e benefícios urbanísticos se for considerada as diferentes intensidades de aproveitamento urbanístico entre as diferentes zonas urbanas.

#### **4.4. A utilidade da transferência do potencial construtivo como possível compensação urbanística decorrente de limitação administrativa**

42. Sem se pretender, aqui, esgotar a questão da indenizabilidade dos atos decorrentes da atuação da polícia administrativa, o que não seria possível no âmbito desse trabalho, convém indagar se o instituto da transferência do potencial construtivo se presta a eventual instrumento de compensação urbanística decorrente de limitação administrativa.

Através da análise de situações concretas, constata-se que as limitações administrativas, não geram, objetivamente, o dever de indenizar. A título de exemplo, cita-se o caso de uma propriedade urbana onde parte de sua área é recortada por córregos, ou mesmo as faixas de preservação permanente ao longo dos rios e córregos.

Para o administrador público que vai autorizar a transferência de potencial construtivo como medida compensadora da limitação imposta ao imóvel por lei, as legislações existentes não estabelecem critérios que possam aferir a justeza da aplicação do instrumento.

43. Não obstante esse fato, parece ser razoável<sup>45</sup> a aplicação da transferência de potencial construtivo para aquelas hipóteses em que previamente se constata uma provável indenização causada pelo esvaziamento econômico da propriedade urbana, até porque o perigo da demora provocado por longos processos judiciais pode inviabilizar a proteção de patrimônios culturais e naturais, *verbi gratia*.

---

<sup>45</sup> Importante relativizar que a razoabilidade aqui defendida, situa-se em um cenário urbanístico desigual, na medida em que não se recupera a valorização imobiliária decorrente dos investimentos públicos:

Assim, através da concessão de incentivos construtivos a título de compensação em virtude das limitações impostas à propriedade urbana, o Município, além de promover a proteção dos bens de interesse histórico e ambiental, otimiza o direito de construir e também se desobriga do problema de eventuais indenizações aos proprietários prejudicados, questão esta crucial devido a escassez de recursos econômicos<sup>46</sup>.

44. Neste sentido, a legislação de Curitiba estabelece a possibilidade do proprietário de um imóvel impedido de utilizar plenamente o potencial construtivo definido na Lei de Zoneamento e Uso do Solo, por limitações urbanísticas relativas à proteção e preservação do Patrimônio Histórico, Cultural, Natural e Ambiental, transferir o potencial não utilizável desse imóvel, conforme estabelece o artigo 1º da Lei 9.803, de 03 de janeiro de 2000, ao dispor sobre a transferência de potencial construtivo.

No mesmo sentido dispõe o Plano Diretor de Belo Horizonte, Lei 7.165/96, onde estabelece a necessidade de compensar os proprietários de bens protegidos pelo patrimônio cultural e natural, conforme artigos 15, VII e 22, V.

Adverte-se contudo, que a previsão de compensação urbanística não significa a admissão da ocorrência do dever de indenizar toda e qualquer limitação administrativa em caso de ausência de mecanismo compensatório.

---

<sup>46</sup> Cf. AZEVEDO NETTO, Domingos Theodoro de. *A questão fundiária*, p. 30. diz que nos Estados Unidos (onde primeiramente teria sido aplicado a transferência do potencial construtivo) o instrumento foi concebido para evitar a perda do valor econômico de imóveis, principalmente para os imóveis de interesse cultural, e situados em áreas prestigiadas;

45. Por derradeiro, em anotação ao art. 35 do Estatuto da Cidade que trata do instituto da transferência de potencial construtivo, Aluíso Pires de Oliveira e Paulo Cesar Carvalho aduzem:

*Manifestamente, ao fracionar-se o direito de construir do direito de propriedade, permitindo que o proprietário exerça este direito em outro lugar ou o aliene, quer dizer, sem perder o domínio em si, significa que o instituto em comento pretende evitar maiores dispêndios ao Poder Público na aplicação do princípio da menor oneração da Administração Pública.<sup>47</sup>*

Assim, ao que parece, a mencionada Lei procurou em vários momentos albergar diretamente o princípio da isonomia de condições para os agentes públicos e privados, na promoção do empreendimento e atividades relativos ao processo de urbanização (art. 2º, XVI) e, indiretamente, um mecanismo compensatório decorrente da atividade administrativa de polícia na conformação do direito de construir.

---

<sup>47</sup> OLIVEIRA, Aluíso Pires de; CARVALHO, Paulo Cesar Pires. *Estatuto da cidade - Anotações à Lei 10.257 de 10.07.2001*, p. 155.

## V - CONCLUSÕES

No decorrer do trabalho foi possível chegar às seguintes conclusões:

- (1) a atividade administrativa de polícia é uma atividade *desempenhada* pela Administração Pública, de *natureza* não legislativa e *voltada* a concretizar as normas jurídicas de polícia. O "poder de polícia", por sua vez, é a esfera da atividade do Poder *Legislativo* voltada a limitar, a conformar direitos *in abstracto*;
- (2) o exercício da atividade administrativa de polícia incumbe a quem legisla sobre a matéria. No que se refere ao direito de construir, sobretudo no âmbito urbano, tal atividade é realizada com maior intensidade pelos Municípios, justamente por se tratar de questões afetas a interesses "predominantemente locais";
- (3) o direito de propriedade é um direito flexível, cujo conteúdo pode variar. Todavia, o titular do referido direito deve dar à coisa um fim compatível com a sua destinação natural e econômica, no interesse da sociedade como um todo. Nesse passo, a *vocação* da propriedade privada no âmbito urbano consiste em construir, edificar;
- (4) a conteúdo econômico da propriedade urbana fundamenta-se sobretudo na capacidade edificatória do imóvel; evidentemente, o direito de construir sofre o

condicionamento da atividade administrativa de polícia, que se volta a ordenar a utilização do uso do solo na cidade em prol da realização da função urbanística da propriedade.

- (5) a despeito da vocação edilícia da propriedade urbana, o direito de construir não é intrínseco ao direito de propriedade, como pode parecer em primeira vista. Com efeito, o bem estar social, o planejamento e a configuração de uma cidade revelam-se interesses coletivos que devem se sobrepor aos interesses particulares;
- (6) uma importante modalidade de atuação da polícia administrativa sobre o direito de construir é a transferência de potencial construtivo, instituto voltado a garantir maior eficácia na organização do uso do solo urbano, assim como a preservação dos patrimônios culturais e ambientais, em prol do interesse público;
- (7) a adoção do instituto da transferência de potencial construtivo num Município independe da existência de um coeficiente único de aproveitamento para os lotes urbanos, conforme a realidade vem demonstrando;
- (8) em relação aos proprietários de uma mesma zona urbana, a transferência de potencial construtivo possibilita, efetivamente, uma maior igualdade de tratamento urbanístico;
- (9) a aplicação do instituto da transferência de potencial construtivo pode servir como instrumento de compensação

urbanística nas hipóteses em que se constata um esvaziamento econômico da propriedade urbana.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, Alexandre Ferreira de Assunção. *Direito Edilício e a competência exclusiva dos municípios*. [internet] texto capturado no dia 02/07/2002 às 12h30min. no site: <http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/d19990628005.htm>.
- AZEVEDO NETTO, Domingos Theodoro de. *A questão fundiária*. Mimeo : São Paulo, 1995.
- BASAVILBASO, Benjamín VILLEGAS. *Derecho administrativo*. Buenos Aires : Ed. Tea, 1954, t. V.
- BIELSA, Rafael. *Derecho administrativo*. 6a. ed. Buenos Aires : La Ley, 1965. t. IV.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do poder de polícia* In : Instituições de direito administrativo brasileiro. Livraria Editora Freitas Bastos. Rio de Janeiro : 1936.
- CHIARA, José Tadeu de. *Propriedade urbana e direito de construir no direito urbanístico comparado*. Revista dos Tribunais, vol. 536, p. 40-47.
- CRETILLA JÚNIOR, José. *Do Poder de Polícia*. Rio de Janeiro Forense, 1999.
- FAGUNDES, M. Seabra. *Aspectos jurídicos do solo criado*. Revista de Direito Administrativo, vol.129, 1977.
- FERREIRA, Angela Cassia Costaldello Caetano. *O parcelamento e a edificação compulsórios como limitações à propriedade privada urbana imobiliária*. Curitiba, 1990. Dissertação de Mestrado - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. *O direito de propriedade e as limitações e ingerências administrativas*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1980.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *O estatuto da propriedade perante o novo ordenamento constitucional brasileiro*. Revista Forense, vol. 309, p. 25-32.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 10ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1990.

GRAU, Eros Roberto. *Direito urbano : regiões metropolitanas, solo criado, zoneamento e controle ambiental*. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1983.

GUERRA, Maria Magnólia Lima. *Aspectos jurídicos do uso do solo urbano*. Fortaleza : [s.n.], 1981.

Legislação Ambiental Municipal. [internet] legislação do Município de Belo Horizonte, capturada no dia 08/08/2002 às 22h45min. site: [http://www.pontoterra.org.br/car\\_leimuni.htm](http://www.pontoterra.org.br/car_leimuni.htm)

LIMA, Ruy Cyrne. *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*. 3ª ed. Sulina, Porto Alegre, 1954.

LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro : Renovar, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 6ª ed. Malheiros Editores : São Paulo, 1993.

\_\_\_\_\_. *Direito de Construir*. 8ª ed. São Paulo : Malheiro Editores, 2000.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 11ª ed. São Paulo : Malheiros, 1999.

MUKAI, Toshio. *Direito e legislação urbanística no Brasil : história, teoria, prática*. São Paulo : Saraiva, 1998.

OLIVEIRA, Alúcio Pires de ; CARVALHO, Paulo Cesar Pires. *Estatuto da cidade : anotações à lei 10.257 de 10.07.2001*. Curitiba : Juruá, 2002.

OLIVEIRA, Fernando Andrade de. *Limitações administrativas à propriedade privada imobiliária*. Rio de Janeiro : Ed. Forense, 1982.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 14ª ed. Rio de Janeiro : 2000.p. 60/75.

RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra : Livraria Almedina, 1981.

SILVA, José Afonso. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo Malheiros, 2ª ed. 1995.

SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. *Da competência administrativa*. Resenha Universitária : São Paulo, 1977.

TÁCITO, Caio. *O poder de polícia e seus limites*. Revista de direito administrativo, vol. 27, p.1-11. jan./mar. 1952.

\_\_\_\_\_. *Poder de polícia e polícia do poder*. Revista de direito processual, vol. 74, p.63-69.

*Na região sudoeste, São Paulo se expande para o alto*. [internet] texto capturado no dia 10/09/2002 às 20h30min. site: <http://www.binswanger.com.br/Noticia35.html>