**COMPENSAÇÃO DE DESVALORIZAÇÕES PATRIMONIAIS CAUSADAS PELO PODER PÚBLICO: A TRANSFERÊNCIA DO DIREITO DE CONSTRUIR DE IMÓVEIS TOMBADOS EM SÃO PAULO**

Vinícius Monte Custodio[[1]](#footnote-0)

**INTRODUÇÃO**

O presente artigo discute o *problema* da compensação de desvalorizações patrimoniais causadas pelo Poder Público, do ponto de vista da dogmática dos direitos fundamentais, tomando como referência o regime jurídico da *transferência do direito de construir* instituído pela Lei Municipal nº 16.050, de 31 de julho de 2014, que aprova a Política de Desenvolvimento Urbano e o Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo (PDE), complementada pela Lei Municipal nº 16.402, de 22 de março de 2016, que disciplina o parcelamento, o uso e a ocupação do solo no Município de São Paulo (LPUOS), mais especificamente o regime incidente sobre *imóveis tombados*.

A *justificativa* desta investigação é a constatação de que existem numerosos estudos acadêmicos acerca da recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos[[2]](#footnote-1), mas pouquíssimos dedicados ao problema da compensação da desvalorização imobiliária decorrente da regulação urbanística pelo Poder Público, em especial mediante atos de tombamento.

As *hipóteses* deste artigo são de que: (I) os *fatores de incentivo* inferiores a 1,0 aplicados nas declarações de potencial construtivo passível de transferência de imóveis tombados (art. 24, incisos III a VII da LPUOS) constituem intervenções ao *direito de propriedade*; e (II) o condicionamento da transferência do potencial construtivo do imóvel cedente a medidas de recuperação e manutenção dos atributos que geraram seu tombamento (art. 123, § 2º, do PDE c/c art. 24, § 1º, da LPUOS) ofende a *justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização*, que é uma garantia do *princípio da igualdade*.

Este é um trabalho de *dogmática jurídica*[[3]](#footnote-2), o que significa dizer que ele se ocupa do estudo da realidade normativa válida, tomando o direito positivo[[4]](#footnote-3), especialmente os direitos fundamentais, como o ponto de partida (axioma) para a aplicação de seu método.

Quanto ao *direito positivo*, este artigo perfilhará um *conceito amplo de norma jurídica*, que inclui qualquer norma jurídica geral ou individual, abstrata ou concreta, de conduta ou de organização, resultante de atos legislativos, atos administrativos, atos judiciais ou negócios jurídicos entre particulares. Além disso, centrar-se-á sobre os direitos fundamentais da Constituição da República de 1988, a legislação infraconstitucional e a jurisprudência brasileira em matéria de direito urbanístico. E os *direitos fundamentais* serão aqui entendidos sob uma tripla perspectiva cumulativa: eles são os direitos, garantias[[5]](#footnote-4) e liberdades[[6]](#footnote-5) implícita ou explicitamente consagrados pela Constituição da República (perspectiva formal) e são os direitos, garantias e liberdades que *tipicamente* expressam o valor da dignidade humana (perspectiva material).

Quanto ao *método*, adotar-se-á o *pós-positivismo jurídico*, pelo que se encarará o direito como um fato orientado a valores, vinculando sua estrutura ao cumprimento duma função.[[7]](#footnote-6) Os valores consagrados pelos princípios jurídicos fundamentais da Constituição da República são simultaneamente a estrutura e a função do sistema, que guiarão a interpretação e a integração do direito válido.[[8]](#footnote-7)

Nesse sentido, conceber-se-ão as normas jurídicas sob três *estruturas*: (a) *regras*, que são “normas que descrevem um comportamento a ser observando, devendo ser cumpridas de modo integral e, no caso de conflito, podendo ser excluídas do ordenamento jurídico se houver uma outra regra antinômica”; (b) *princípios*, que são “normas que estabelecem um dever-ser ideal, que podem ser cumpridas em vários graus e, no caso de conflito, podem ter uma dimensão de peso maior ou menor”; e (c) *postulados*, que são “normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação”.[[9]](#footnote-8)

Para os fins deste artigo, adotar-se-ão as seguintes definições: (I) *âmbito de proteção* é o bem protegido, cujo embaraço, afetação ou eliminação é vedado; (II) *intervenção* é o embaraço, a afetação ou a eliminação incompatível com a Constituição; (III) *suporte fático*, que compreende o âmbito de proteção e a intervenção, é o pressuposto material para a ocorrência da consequência jurídica *prima facie* (preliminar) dum direito fundamental; (IV) *configuração* é a determinação, por meio duma norma de competência, da consequência jurídica *prima facie* dum direito fundamental cujo âmbito de proteção é estritamente normativo; (V) *restrição* é a determinação, por meio duma norma mandatória ou proibitiva, constitucional ou compatível com a Constituição, da consequência jurídica *definitiva* dum direito fundamental; e (VI) c*onteúdo essencial* é o âmbito de proteção mínimo e insuscetível de restrição, com base num processo de ponderação entre meios e fins com direitos de terceiros ou interesses transindividuais.[[10]](#footnote-9)

As definições acima são válidas para os chamados *direitos fundamentais de primeira geração* (direitos de liberdade), neste particular o direito de propriedade, consagrados pelas revoluções liberais burguesas contra o Antigo Regime, que têm como titular os indivíduos e são oponíveis ao Estado, daí o nome de direitos de abstenção, resistência, oposição ou defesa. E elas só são válidas, porque se parte da aceitação da *teoria externa* da restrição de direitos fundamentais, com rejeição da *teoria interna*.[[11]](#footnote-10)

Em primeiro lugar, far-se-á uma breve teorização sobre a dogmática da restrição de direitos fundamentais. Em segundo lugar, determinar-se-á o âmbito de proteção do direito de propriedade urbana, com especial atenção para o problema do direito de construir. E em terceiro lugar, analisar-se-á a constitucionalidade do regime jurídico da transferência do direito de construir de imóveis tombados no Município de São Paulo, com base na teoria jurídica desenvolvida nos pontos antecedentes.

**BIBLIOGRAFIA PRELIMINAR**

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

APPARECIDO JR., José Antonio. **Direito urbanístico aplicado**: os caminhos da eficiência jurídicas nos projetos urbanísticos. Curitiba: Juruá, 2017.

AUBY, Jean-Bernard; PÉRINET-MARQUET, Hugues. **Droit de l’urbanisme et de la construction**, 4. ed. Paris: Montchrestien, 1995.

BACELLAR, Isabela et. al. Transferência do direito de construir: panorama de regulamentações municipais e parâmetros essenciais para a implementação. **Brazilian Journal of Development**, v. 5, n. 9. Curitiba, set. 2019, p. 13.978-13.999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_\_. **Estudos sobre direitos fundamentais**, 2. ed./1. ed. Coimbra/São Paulo: Coimbra Editora/Revista dos Tribunais, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CORREIA, Fernando Alves. **O plano urbanístico e o princípio da igualdade**, 2. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2001.

\_\_\_\_\_\_. **Manual de direito do urbanismo**, 4. ed. Coimbra: Almedina, v. I, 2008.

CUSTODIO, Vinícius Monte. **Um novo olhar sobre as desapropriações no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

GRAU, Eros Roberto. Aspectos jurídicos da noção de solo criado. In: **O solo criado**: anais do seminário. São Paulo: Fundação Prefeito Faria Lima, 1976.

\_\_\_\_\_\_. **Direito urbano**: regiões metropolitanas, solo criado, zoneamento e controle ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

LEAL, Roger Stiefelmann. Propriedade como direito constitucional: breves notas introdutórias. **Revista de Informação Legislativa**, a. 49, n. 194. Brasília: Senado Federal, abr./jun., 2012, p. 53-64.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de construir**, 11. ed. atualizada por Adilson Abreu Dallari et. al. São Paulo: Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_\_. **Direito municipal brasileiro**, 17. ed. atualizada por Adilson Abreu Dallari (Coord.). São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Natureza jurídica do zoneamento. **Revista de Direito Administrativo**, n. 147. Rio de Janeiro: FGV, jan./mar., 1982, p. 23-38.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MUKAI, Toshio. **Direito urbano e ambiental**, 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

\_\_\_\_\_\_. **O Estatuto da Cidade**, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA JÚNIOR, Francisco Dias de; SIQUEIRA, Marcelo Sampaio. Restrições ao direito de propriedade e construir: uma análise dos custos à luz das teorias interna e externa. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (Unifafibe)**, v. 7, n. 1, 2019, p. 171-200.

PERETTO, Flavia Taliberti. A transferência do direito de construir na conservação dos imóveis tombados do município de São Paulo. In: **1º Simpósio Científico ICOMOS Brasil**. Belo Horizonte, maio, 2017.

PERETTO, Flavia Taliberti et. al. Quando a transferência de potencial construtivo virou mercado: o caso de São Paulo. In: **XV Seminário de História da Cidade e do Urbanismo**: A cidade, o urbano, o humano. Rio de Janeiro, set. 2018.

PINTO, Victor Carvalho. **Direito urbanístico**: plano diretor e direito de propriedade, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Propriedade e função social: exame crítico de um caso de “constitucionalização” do direito civil. In: **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda**. Coimbra: Almedina, v. III (Direito Constitucional e Justiça Constitucional) 2012, p. 61-90.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**, 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

\_\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**, 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, n. 4, 2006, p. 23-51.

1. Doutorando em Direito Econômico e Economia Política na Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Urbanístico e Direito Ambiental pela Universidade de Coimbra. Advogado. E-mail: [montecustodio@gmail.com](mailto:montecustodio@gmail.com). [↑](#footnote-ref-0)
2. CITAR A BIBLIOGRAFIA DA PAULA SANTORO E DO MARTIN SMOLKA. [↑](#footnote-ref-1)
3. “Elemento característico da dogmática, [...] é a estrita observância de um princípio [...], sem a qual o resultado da atividade do jurista não seria de nenhum modo utilizável”, LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Tradução Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: WMF Martins Fontes, v. 1 (Das origens à escola histórica), 2008, p. 295. [↑](#footnote-ref-2)
4. “Direito positivo, podemos dizer genericamente, é o que vale em virtude de uma decisão e só por força de uma nova decisão pode ser revogado”, FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **A ciência do direito**, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 46. [↑](#footnote-ref-3)
5. “Os direitos são bens e vantagens conferidos pela norma, enquanto as garantias são meios destinados a fazer valer esses direitos, são instrumentos pelos quais se asseguram o exercício e gozo daqueles bens e vantagens”, SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 415. [↑](#footnote-ref-4)
6. O traço específico das liberdades em relação aos direitos é a “*alternativa de comportamentos*, ou seja, a possibilidade de escolha de um comportamento. Assim, como vimos, o direito à vida é um direito (de natureza defensiva perante o Estado) mas não é uma liberdade (o titular não pode escolher entre ‘viver ou morrer’). A *componente negativa* das liberdades constitui também uma dimensão fundamental” (grifos do original), CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.260. [↑](#footnote-ref-5)
7. “[...] as normas constitutivas de um ordenamento não estão insuladas, mas fazem parte de um sistema onde os princípios gerais atuam como vínculos, mediante os quais elas se congregam de sorte a constituírem um bloco sistemático. [...] Em verdade, os princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa”, BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 260-302. [↑](#footnote-ref-6)
8. “Os ‘princípios abertos’ e as bases de valoração neles expressas constituem os pontos de referência centrais para o ‘sistema interno’ do Direito, sistema que pretende trazer à luz uma Jurisprudência que se orienta a valores e ao mesmo tempo procede sistematicamente. De tais princípios só pode obter-se um ‘sistema’ quando se têm em conta as suas distintas concretizações e estas são postas em relação umas com as outras”, LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**, 8. ed. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2019, p. 686. [↑](#footnote-ref-7)
9. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 124-125. [↑](#footnote-ref-8)
10. Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit.; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. [↑](#footnote-ref-9)
11. Por um lado, a *teoria externa* preconiza a autonomia entre direito e restrição e, portanto, que o *âmbito de garantia efetiva* dos direitos fundamentais só é conhecido após a incidência das restrições externas, razão pela qual esses direitos assumem a estrutura de *princípios*. Por outro lado, a *teoria interna* não reconhece a autonomia entre direito e restrição e, portanto, o âmbito de garantia efetiva dos direitos fundamentais equivale ao próprio conteúdo desses direitos, nascidos com *limites imanentes*, razão pela qual esses direitos assumem a estrutura de *regras*, cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**, 2. ed./1. ed. Coimbra/São Paulo: Coimbra Editora/Revista dos Tribunais, 2008, p. 191-216; e SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, n. 4, 2006, p. 23-51. [↑](#footnote-ref-10)