


Direitos Culturais: Múltiplas Perspectivas (vol. V) – Impactos da Pandemia



**Francisco Humberto Cunha Filho
Mateus Rodrigues Lins
Marcus Pinto Aguiar**
Organizadores



**Direitos Culturais:
Múltiplas Perspectivas (vol. V)
– Impactos da Pandemia**

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ

Reitor

Hidelbrando dos Santos Soares

Vice-Reitor

Dárcio Ítalo Alves Teixeira

Editora da UECE

Cleudene de Oliveira Aragão

Conselho Editorial

Antônio Luciano Pontes	Lucili Grangeiro Cortez
Eduardo Diatahy Bezerra de Menezes	Luiz Cruz Lima
Emanuel Ângelo da Rocha Fragoso	Manfredo Ramos
Francisco Horácio da Silva Frota	Marcelo Gurgel Carlos da Silva
Francisco Josênio Camelo Parente	Marcony Silva Cunha
Gisafran Nazareno Mota Jucá	Maria do Socorro Ferreira Osterne
José Ferreira Nunes	Maria Salete Bessa Jorge
Liduina Farias Almeida da Costa	Silvia Maria Nóbrega-Therrien

Conselho Consultivo

Antônio Torres Montenegro UFPE	Maria do Socorro Silva Aragão UFC
Eliane P. Zamith Brito FGV	Maria Lírída Callou de Araújo e Mendonça UNIFOR
Homero Santiago USP	Pierre Salama Universidade de Paris VIII
Ieda Maria Alves USP	Romeu Gomes FIOCRUZ
Manuel Domingos Neto UFF	Túlio Batista Franco UFF

ORGANIZADORES

Francisco Humberto Cunha Filho
Mateus Rodrigues Lins
Marcus Pinto Aguiar

Direitos Culturais: Múltiplas Perspectivas (vol. V) – Impactos da Pandemia

1ª Edição

Fortaleza - CE

2021



Direitos Culturais: Múltiplas Perspectivas (vol. V) – Impactos da Pandemia

©2021 Copyright by Francisco Humberto Cunha Filho, Mateus Rodrigues Lins, Marcus Pinto Aguiar

Impresso no Brasil | Printed in Brazil
Efetuado depósito legal na Biblioteca Nacional

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS

Editora da Universidade Estadual do Ceará – EdUECE
Av. Dr. Sila Munguba, 1700 – Campus do Itaperi – Reitoria – Fortaleza – Ceará
CEP: 60714-903 – Tel: (085) 3101-9893
www.uece.br/eduece - E-mail: eduece@uece.br

Editora filiada à



ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA
DAS EDITORAS UNIVERSITÁRIAS

Coordenação Editorial

Cleudene de Oliveira Aragão

Capa e Diagramação

Antonio Franciel Muniz Feitosa

Revisão de Texto

Marcus Pinto Aguiar



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Direitos culturais : múltiplas perspectivas :

(vol. v) : impactos da pandemia / organizadores

Francisco Humberto Cunha Filho, Mateus Rodrigues Lins, Marcus Pinto Aguiar. -- 1. ed. --

Fortaleza : Editora da UECE, 2021.

ISBN 978-65-86445-74-9

1. Brasil - Política cultural 2. COVID-19 - Pandemia 3. Cultura 4. Direito à cultura 5. Direitos fundamentais sociais I. Filho, Francisco Humberto Cunha. II. Lins, Mateus Rodrigues. III. Aguiar, Marcus Pinto.

21-66163

CDU-347.121

Índices para catálogo sistemático:

1. Direitos culturais : Direitos 347.121

Maria Alice Ferreira - Bibliotecária - CRB-8/7964



CAPES

O presente trabalho foi realizado com o apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de pessoal de nível superior - Brasil (CAPES) - Código de financiamento 001.

O FUTURO DA PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL IMOBILIÁRIO URBANO E OS INSTRUMENTOS URBANÍSTICOS DO ESTATUTO DA CIDADE¹

Sonia Rabello²

A preservação do Patrimônio Cultural imobiliário urbano é um dos objetos mais usuais e representativos da atuação dos órgãos de preservação do patrimônio cultural brasileiro, mas continua sendo um dos que mais conflitos suscita.

Desde o nascedouro da atuação do Estado, como agente proativo da preservação das nossas referências identitárias consubstanciadas no que chamamos de patrimônio cultural brasileiro, os bens imóveis urbanos têm representado uma parte significativa do universo patrimonial preservado. Como marco inicial podemos apontar a cidade de Ouro Preto, decretada Monumento Nacional³ antes mesmo da existência formal da norma federal propulsora de todo o processo institucional da preservação cultural no Brasil, o decreto-lei 25 de 1937⁴.

A história da preservação do patrimônio imobiliário começa a tomar ritmo e corpo com a preservação de centenas de exemplares de “pedra e cal”, como hoje é denominada esta fase de expressiva da atuação do órgão federal de preservação, o IPHAN (Instituto do Patrimônio

¹ Este texto foi adaptado à forma escrita a partir da apresentação do tema no IX Encontro Internacional (virtual) de Direitos Culturais, promovido pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Ceará, Brasil, em outubro de 2020.

² Professora do Lincoln Institute of Land Policy, Programa de Capacitação na América Latina, e no Mestrado Profissional do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Professora Titular de Direito Administrativo (1980-2012) na Faculdade de Direito da UERJ, Livre Docente e Doutora pela UERJ, e pós doutora pela Universidade de Paris II. Membro do Conselho de Tombamento do Estado do Rio de Janeiro. Publica no site: www.soniarrabello.com.br.

³ Decreto Nº 22.928, de 12 de julho de 1933.

⁴ O Decreto-lei 25/1937, lei federal que dispõe sobre tombamento de bens culturais foi o modelo para a totalidade de leis estaduais e municipais sobre o tema. Hoje ainda em vigor, o DL 25/37 é a norma geral nacional sobre esta categoria de preservação do patrimônio móvel e imóvel no Brasil.

Histórico e Artístico Nacional). São tombadas não só igrejas, fazendas e imóveis rurais, mas também casas, conjuntos urbanos e até núcleos urbanos inteiros⁵.

E, esta atuação do IPHAN acontece nas cidades brasileiras ao mesmo tempo em que se inicia um acelerado processo de urbanização no Brasil, que, aos poucos, vai se tornando mais urbano do que rural, até atingirmos a atual marca de 84,72% da população brasileira habitando em cidades⁶. Mas, o processo de crescimento das cidades brasileiras vem acompanhado de também alteração no perfil das cidades, trazidos não só por modelos externos, como também pela tecnologia e facilidades da verticalização da ocupação urbana. As cidades brasileiras, antes basicamente constituídas de casas, foram aos poucos sendo tomadas por prédios⁷, que as substituíam no mesmo lote.

Figura 1 – Copacabana. Primeiros prédios. Provavelmente 1925.



⁵ Entre 1938 e 1958 foram tombados pelo IPHAN 14 conjuntos urbanos: Serro, Ouro Preto, Diamantina, Tiradentes, São João del-Rei, Salvador, 1938; Congonhas, 1939; Aldeia de Carapicuíba, 1940; Mariana, 1945; Alcântara, 1948; Pilar de Goiás, 1954; Paraty e Vassouras, 1958. Portal do IPHAN. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Lista%20de%20bens%20tombados%20e%20processos%20de%20tombamento%2025-11-2019.xlsx>

⁶ Fonte: IBGE, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNDA), 2015.

⁷ “O termo “edifício” só começa a aparecer em anúncios em 1937”. Foi nas décadas de 40/50 o boom de construções verticalizadas no bairro, que se seguiu, depois para todos os demais bairros da cidade. “Nos anos 70 havia no bairro 700 habitantes/hectare, contra 45 na década de 20”. (http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0710768_10_cap_04.pdf).

A substituição de unidades unifamiliares por prédios multifamiliares cada vez mais altos se deu em todo Brasil, fortemente a partir da década de 40, e permanece até os dias de hoje na maioria das cidades, uma vez que morar em edifícios se tornou um padrão habitacional, impulsionado por um modelo desejado de modernidade, e também por busca de segurança.

A partir desta mesma época, começam a surgir leis urbanísticas mais específicas e mais disciplinadoras do uso e ocupação do solo. Mas, ainda não havia chegado a década dos Planos Diretores obrigatórios, que só se tornam imperativos a partir da Constituição de 1988⁸.

É verdade que muitas cidades brasileiras já tinham planos urbanísticos, uma vez que a ideia dos mesmos remonta à década de 30⁹. Mas estes, na sua quase totalidade, não incorporavam normas ou instrumentos que favorecessem a preservação do patrimônio cultural das cidades. Eram planos basicamente modeladores de zonas residenciais, comerciais, industriais ou mistas, e que estabeleciam, em função da vocação das zonas, gabaritos maiores ou menores de edificação de prédios. Havia, quase como exceção, zonas exclusivamente unifamiliares propostas nestes planos; essas eram reservadas aos bairros de elites. Havia também bairros exclusivamente residenciais unifamiliares que se formaram a partir da opção dos incorporadores, como um acordo entre eles e os adquirentes dos lotes, para preservar o padrão desta ocupação, como foi o caso dos bairros da “cidade-jardim”, promovidos pela companhia *City* de São Paulo¹⁰.

⁸ BRASIL. Constituição (1988). Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo poder público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. § 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. Disponível em:< https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_07.05.2020/art_182_.asp>

⁹ VILLAÇA, F. As ilusões do Plano Diretor, São Paulo. 2005. Disponível em: < <http://www.planosdiretores.com.br/downloads/ilusaopd.pdf> > Apub:http://anpur.org.br/xviienanpur/principal/publicacoes/XVII.ENANPUR_Anais/ST_Sessoes_Tematicas/ST%2010/ST%2010.4/ST%2010.4-05.pdf. Ainda assim, apenas 15% dos municípios brasileiros tinham PD em 1999, já passados 10 anos da Constituição de 1988.

¹⁰ TREVISAN, Ricardo. Introdução do ideário Cidade-Jardim no Brasil. In: Arquitetura, estética e cidade: questões da modernidade (pp.204-219), Brasília: Universidade de Brasília/Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, 2014. Disponível em:< https://www.researchgate.net/publication/314685346_Introducao_do_ideario_Cidade-Jardim_no_Brasil>

Há exceções, pois algumas legislações de uso e ocupação do solo passaram a usar elementos de zoneamento urbano, como forma assemelhada ao tombamento, para proteção do patrimônio cultural paisagístico urbano. No Rio de Janeiro exemplo disso foi a criação da área do “corredor cultural”, no centro da cidade, e também a área de proteção do denominado Projeto SAGAS, na área portuária.¹¹

Figura 2 – Vista aérea portuária do Rio de Janeiro.



Fonte: Página do Diário do Porto.

Foto: Alexandre Macieira – Riotur.

Disponível em: <https://diariodoporto.com.br/wp-content/uploads/Porto-Maravilha-Foto-Alexandre-Macieira-Riotur.jpg>

¹¹ A criação das Áreas de Proteção do Ambiente Cultural (APAC), na cidade do Rio de Janeiro, teve início com o Projeto Corredor Cultural, em 1979, transformado em legislação municipal pelo Decreto 4.141 de 1983, e pela Lei N. 506, de 17 de janeiro de 1984, reformulada posteriormente pela Lei nº 1.139/87. Fonte: GUIA DAS APACS. Instituto Rio Patrimônio da Humanidade, Prefeitura do Rio de Janeiro, Ano II, nº I, 2012. Disponível em < <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/6433361/4172403/guia01.compressed.pdf>>. Decreto nº 7.351, de 14 de janeiro de 1988, Regulamenta a Lei nº 971 de 4 de maio de 1987, que cria a Área de Proteção Ambiental – APA em parte dos bairros de Santo Cristo, Gamboa, Saúde e Centro. Constitui o Escritório Técnico do Projeto SAGAS (iniciais dos bairros de Santo Cristo, Gamboa e Saúde). Fonte: D.O. RIO, Ano I, nº 210, 19 de janeiro de 1988. Disponível em: http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/4354515/4107421/centro_dec_7351_88_sagas.pdf. Um dos exemplos no Brasil é o Corredor Cultural de Mossoró, Rio Grande do Norte, iniciado na década de 1980. Fonte: ALMEIDA, Magno Everton Dantas de. O corredor cultural de Mossoró e a usabilidade dos imóveis da avenida Rio Branco. João Pessoa, Universidade Federal da Paraíba, 2020. Disponível em: <<http://www.ct.ufpb.br/ccau/contents/documentos/estagio-supervisionado-i/acervo-virtual-estagio-supervisionado-i-2019.2/magno-everton-dantas-de-almeida-corredor-cultural-de-mossoro-e-a-usabilidade-dos-imoveis-da-avenida-rio-branc.pdf>>

A criação de áreas de interesse ou proteção cultural no Rio, denominadas de APACs (Área de Proteção ao Ambiente Cultural), passaram a conviver lado a lado, com aquelas áreas tombadas (e seus entornos) por ação dos órgãos de preservação federal ou estaduais, e também com os tombamentos de imóveis isolados ou de pequeno número de unidades de rua protegidas.

Isto acontecia, em todas as cidades, ao mesmo tempo em que a legislação de uso e ocupação do solo conferia aos lotes de diversas zonas da cidade coeficientes de aproveitamento mais e mais intensos, traduzidos sempre em aumento da verticalização.

O contraste, então, se acentua entre os imóveis tombados ou protegidos, para os quais se restringe novas construções, ou até se proíbe completamente a demolição, e a maioria dos demais imóveis da cidade para os quais se facultava, gratuitamente, a demolição para que ali se construísse com um novo e maior índice de aproveitamento do terreno.

Figura 3 – Belém/PA



Autora: @ Sonia Rabello (2009).

Na medida em que nas cidades brasileiras o crescimento da verticalização se acentua, cresce a pressão sobre os imóveis tombados; o contraste se revela não só pelo fato do proprietário do imóvel tombado ou protegido não poder se creditar, como os demais proprietários, com

novos e generosos índices de aproveitamento gratuitos que multiplicam a área edificável original de seu lote, como também de a eles se demandar que conservem adequadamente o imóvel protegido. E assim, se instala nas cidades, com maior ou menor incidência uma desigualdade na distribuição dos ônus e benefícios do processo de urbanização, desigualdade esta contradiz a diretriz contida no inciso IX, do art.2º do Estatuto da Cidade¹², que preconiza e impõe ao planejamento urbano:

“IX - a justa distribuição dos ônus e benefícios do processo de urbanização”

A bem da verdade há que se dizer que as desigualdades na distribuição de índices construtivos nas cidades não afetou somente a pressão sobre os bens protegidos em função do patrimônio cultural, mas também os bens e áreas urbanas protegidas por novas políticas de proteção ambiental urbana, introduzidas fortemente a partir da década de 80 tanto na área rural, como nas áreas urbanas¹³. Essas desigualdades também afetaram a rápida substituição das estruturas tradicionais de bairros das cidades¹⁴, o perfil das áreas de suas litorâneas, de suas áreas centrais, e das novas urbanizações, todas passando a demandar por índices construtivos (coeficientes de aproveitamento dos lotes) cada vez maiores.

Isto pode ser identificado, com clareza, nas avenidas litorâneas de cidades como Recife (praia da Boa Viagem), caso que foi retratado com maestria cinematográfica no filme *Aquarius*¹⁵, ou em cidades balneárias, como Camboriú, onde a pressão imobiliária pelo máximo de índices construtivos à beira mar sequer conseguiu proteger a própria praia do sombreamento do sol que lhe justifica a localização!

¹² Lei Federal 10.257/2001

¹³ Não é incomum encontrar áreas e unidades de conservação natural, nas suas várias tipologias, em cidades, grandes, médias ou pequenas, em propriedades públicas ou privadas, ou em parte delas. Para ver as várias tipologias possíveis de unidades de conservação, consultar a Lei Nº 9.985, 18 de julho de 2000.

¹⁴ Exemplo disto são as constantes demandas e conflitos por edificação na área do chamado “Corredor da Vitória”, em Salvador, trecho da Avenida Sete de Setembro que vai do Largo da Vitória até o Campo Grande, ruas e vielas adjacentes.

¹⁵ *Aquarius*, filme franco-brasileiro, de 2016, dirigido por Kleber Mendonça Filho e estrelado por Sônia Braga.

Figura 4 – Camboriú/SC



Balneário Camboriú SC (Foto: Diorgenes Pandini)

Muito poucas cidades, como João Pessoa, ainda resiste à pressão imobiliária para aumentar índices construtivos à beira mar, visando proteger a paisagem, a ventilação, e a estrutura urbana litorânea; mas isso se tornou tão diferenciado, e inédito em relação ao restante das cidades litorâneas brasileiras que este fato é recorrentemente mencionado como um diferencial de resistência do planejamento urbano desta cidade.

Figura 5 – Recife/PE



Fonte: Portal da Prefeitura do Recife

Foto: Andréa Rego Barros/PCR

Disponível em: http://www2.recife.pe.gov.br/sites/default/files/styles/imagem_slide_home/public/arb_3683_13112017_foto_andrearegobarros.jpg?itok=oSWVfCQq

Figura 6 – João Pessoa/PB



Fonte: Portal Compartilhe Viagens

Disponível em: <https://compartilheviagens.com.br/wpcontent/uploads/2019/03/DESTAQUEjoaopessoa-1.jpg>

E por que esta pressão por aumento gratuito por coeficientes de aproveitamento acontece de forma tão intensa?

É elementar: quanto maior o coeficiente de aproveitamento de um lote, maior é o aumento de seu valor financeiro (preço para venda). Ou seja, o proprietário do lote, ao receber da legislação de uso do solo a faculdade de poder construir a mais no seu terreno, este aumento do coeficiente de aproveitamento, que a legislação lhe dá em geral e historicamente de forma gratuita, acarreta um aumento direto no valor financeiro ao seu patrimônio! E, por isso, os proprietários de solo urbano estarão sempre e cada vez mais em busca de aumentos de coeficientes de aproveitamento, vindos gratuitamente da legislação urbanística, pois estes aumentos dos índices, repito, são automaticamente transmutados e apropriados diretamente em renda financeira patrimonial privada. É a lei econômica fundiária do maior e melhor uso do lote urbano da propriedade imobiliária urbana, que têm sido a regra do urbanismo em todas as nossas cidades até bem recentemente¹⁶.

¹⁶ Para entender e conferir esta assertiva há vasta bibliografia econômica a respeito. Para todas, e de forma concisa, indicamos SMOLKA, Martim. “Implementing Value Capture in Latin America – Policies and Tools for Urban Development”, Policy Focus Report, Lincoln Institute of Land Policy, Cambridge, MA, USA, 2013.

Figuras 7 e 8 – Recife/PE



Autora: @ Sonia Rabello (2014).

Do outro lado da situação - daqueles que ganham com o aumento gracioso do potencial construtivo -, estão os que têm seus imóveis preservados, e que lhes é demandado não só a permanência do mesmo, sem sua substituição por outro com maior aproveitamento (o que lhe daria maior valor financeiro ao imóvel). Conseqüentemente podemos deduzir que esta disparidade de tratamento “ônus e bônus” na distribuição de cargas e benefícios do processo de urbanização acarretará enorme pressão para que os proprietários tentem evitar de todo e qualquer modo que este ônus recaia sobre os seus bens, enquanto que os demais usufruem o bônus dos coeficientes de aproveitamento gratuitos para edificação e verticalização.

Sobre as diferentes situações de imóveis preservados

Ao longo de mais de oitenta anos de atividades de preservação de imóveis urbanos pelos órgãos de preservação (federal, estaduais, e municipais) visualizamos três situações bem distintas no universo dos imóveis preservados nas cidades, tendo em vista duas características de análise: a da equidade em relação aos vizinhos, e a relação do(s) imóvel (éis) no contexto da cidade, com ou sem aplicação de instrumentos urbanísticos de compensação.

Faz-se mister afirmar que, não obstante a ação de preservação de imóveis urbanos tenha sido umas das mais intensas dos órgãos de preservação¹⁷, isto não fez com que os problemas de pressão sobre estes imóveis tenham diminuído. Ao contrário, o que se vê é um reiterado discurso de tentar “compensar” os donos desses imóveis pelas suas “perdas”, seja dando-lhes supostas vantagens para conservar seus imóveis com isenções de IPTU (imposto predial e territorial urbano), seja permitindo-lhes insaciáveis transferências de direitos de construir (TDC), com ou sem o propósito de conservar o bem tombado. Mas, no fundo, todas estas migalhas “compensatórias” não apaziguam os ânimos demolitórios, diretos ou por mero abandono dos imóveis. E isso acontece porque estes expedientes são, a nosso ver, meros contornos do problema principal, que é o da desigualdade pungente no tratamento urbanístico da “*justa distribuição de ônus e benefícios do processo de urbanização*”. Ou seja, nada apazigua ou resolve a profunda diferença de preço entre imóveis tombados e imóveis liberados no mercado fundiário, cuja lógica é o maior e melhor uso.

Vamos então às três situações que propomos como hipóteses de menores ou maiores conflitos entre o interesse público da preservação e o interesse privado de uso e fruição, pelo proprietário, de sua propriedade imobiliária urbana.

1ª Situação: cidades totalmente preservadas. Ou preservadas na sua quase totalidade.

2ª Situação: cidades com centros urbanos preservados, mas com o restante do território urbano com alta atividade de densificação e verticalização fora deste núcleo urbano. Ou ainda, cidades com várias áreas preservadas (ruas, ou parte de bairros) convivendo com áreas com alta atividade de densificação.

¹⁷ Estima-se que, só a nível federal se tenha 766 edificações tombadas e 61 conjuntos urbanos, conforme atualização de 25/11/2019, do IPHAN. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Lista%20de%20bens%20tombados%20e%20processos%20de%20tombamento%2025-11-2019.xlsx>

3ª Situação: cidades quase sem áreas preservadas, mas com preservação de unidades (prédios) quase individualizados, escolhidos pontualmente para serem preservados.

Passemos à apreciação da **1ª situação**.

Nesta primeira situação identificamos núcleos urbanos homogêneos em toda sua extensão urbana, ou em quase toda ela. Não estamos nos referindo à extensão do território do Município, mas da zona urbana do mesmo. Nesta situação estaria, por exemplo, os casos de Ouro Preto (MG), Paraty (RJ), Tiradentes (MG), Diamantina (MG), São Cristóvão (SE) e outros¹⁸.

É possível que nas bordas desses núcleos urbanos se verifique outro tipo de ocupação, como no caso de Ouro Preto, onde se vê a ocupação residencial dos morros (ou parte deles) que circundam a cidade, mas que ainda não se tornou uma verticalização que contrasta com o núcleo urbano central.

Figuras 9 e 10 – Ouro Preto/MG



Autora: @ Sonia Rabello (2007).

¹⁸ Marechal Deodoro e Penedo/AL; Cachoeira, São Félix, Itaparica, Lençóis, Mucugê, Porto Seguro, Rio das Contas/BA; Aracati e Sobral/CE; Olinda/PE; Laranjeiras/SE; Brasília/DF; Goiás/GO; Serro e Mariana/MG. Fonte: Portal do IPHAN. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/123>

Nestas tipologias de núcleos fazemos as seguintes perguntas: existe pressão dos proprietários para destombar seus imóveis? Alguém está abandonando o imóvel, ou deixando-o cair? Qual é a principal dificuldade na preservação dos imóveis nestes núcleos?

A experiência tem mostrado que em cidades como Ouro Preto, Paraty, Tiradentes, e semelhantes não existe pressão destombamento dos imóveis, até porque o valor destes imóveis está na preservação dos mesmos. Em cidades como Paraty e Tiradentes, imóveis tombados dentro dos núcleos urbanos valem muito mais do que outros imóveis não tombados na sua periferia, sobretudo quando nesta periferia o uso dos lotes tem restrições de altura e formas de ocupação, de modo a preservar a ambiência dos núcleos urbanos tombados. Então, não há desequilíbrio financeiro no valor de lotes, por conta de áreas onde se é atribuído, gratuitamente, índices de aproveitamento intensos e altos, e outras áreas onde o interesse público impõe restringir a ocupação e o uso do lote. Não há contrastes gritantes, entre os cidadãos/proprietários na distribuição de ônus e bônus urbanísticos no uso e aproveitamento de suas propriedades.

E, nestas cidades, a preservação dos imóveis passou a ser também um modo de vida, e até um bônus econômico, pois sua identidade histórica marcante e diferenciada acaba por favorecer, lateralmente, a economia do turismo. Nestas cidades há uma absorção destas características como um modo de vida da sua população, seja para habitação, comércio, ou serviços; e a consequência é que a conservação predial para o uso cotidiano acaba acontecendo: o bem tem, além de valor de mercado, também o valor de uso que, sem a conservação os dois se esvaem.

Claro que existem algumas dificuldades na preservação, advindas de duas situações mais corriqueiras: os custos, por vezes, complicados e caros de preservação, e demandas por modernização e expansão no próprio lote.

No primeiro caso, - os custos e a eventual complicação da conservação, - entendo que a economia da conservação predial é um mercado que ainda não se expandiu o suficiente para baixar os preços desses serviços. Mas, este é um mercado de grandes possibilidades de expansão, sobretudo para pequenos e médios artesãos e especialistas,

desde que haja um esforço para formação desses profissionais em todos os níveis da atividade. Por outro lado, é também importante que aconteça uma desburocratização, uma agilidade, e a ainda a simplificação no nível de exigências por parte dos órgãos de preservação, e auxílio às obras de conservação; e também clareza prévia de critérios para a conservação.

Este último aspecto – a atenção dos órgãos de preservação às demandas dos proprietários – é um fator importante também para eventual atendimento, no limite do máximo viável, para a modernização interna dos prédios, e sua eventual expansão, sem prejuízo da paisagem cultural do conjunto.

Mas estes são problemas menores, em face dos outros que se apresentam nas situações que se seguem.

2ª Situação: cidades com centros urbanos preservados, mas com o restante do território urbano com alta atividade de densificação e verticalização fora deste núcleo urbano, ou ainda, cidades com várias áreas preservadas (ruas, ou parte de bairros) convivendo com áreas com alta atividade de densificação.

Neste caso inserimos, primeiramente, casos emblemáticos como de São Luiz, Recife, Salvador, todos com centros históricos de grandes dimensões, e que convivem, fora desses centros históricos, com a cidade expandida com intensa densificação, somada a uma verticalização extremamente acentuada.

Figuras 11 e 12 - São Luiz/MA, centro histórico e saída do centro com visão litorânea



Autora: @ Sonia Rabello (2016).

Nestes exemplos, fora do centro histórico preservado, são dados gratuitamente aos proprietários de lotes coeficientes construtivos que valem milhões de reais. E, ao mesmo tempo, o poder público, que dá a esses proprietários milhões de reais em recursos urbanísticos gratuitos, diz não ter recursos para conservação dos centros históricos tombados. E, porque isto acontece, os proprietários de imóveis nestes centros históricos, simplesmente abandonam a conservação de seus imóveis à própria sorte, rezando para que o tempo de abandono os faça cair. Ou, de forma excepcional, quando a situação se torna escandalosa nacionalmente, ou internacionalmente, o poder público disponibiliza milhões em recursos para programas intermináveis de recuperação pública destes centros históricos, como no caso do PAC do centro histórico de Salvador¹⁹.

Acontece que a resposta ao problema de se conseguir a conservação destes centros históricos não está dentro deles, mas fora, na cidade liberada. É o contraste da desigualdade entre o que o poder público exige dos proprietários dos imóveis dos centros históricos, e o que o poder público não exige dos proprietários na cidade liberada, onde se dá gratuitamente generosos coeficientes de aproveitamento, que faz com que a preservação seja considerada um ônus urbanisticamente “injusto” para uns, enquanto outros apenas a usufruem, ou dela se beneficiam²⁰.

Figura 13 – São Conrado/RJ



Fonte: Portal Best Hotels

Disponível em: < <https://ciudadmaravillosa.files.wordpress.com/2012/04/favela03.jpg>>

¹⁹ O PAC Cidades Históricas, em Salvador, tem valor total de 142,10 (mi). Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Investimentos%20por%20cidade.pdf>

²⁰ Muitos visitam estas cidades, com centros históricos significativos que atraem turistas, mas são hospedados em enormes hotéis na orla, fora dos centros históricos, construídos com índices construtivos altíssimos, cujos lotes, em função destes índices gratuitos, foram objeto de enormes lucros para seus proprietários.

Portanto, entendemos que grandes programas de milhões de reais, destinados à preservação e conservação destes centros históricos sem que se introduza, nestas cidades, um tratamento mais igualitário na distribuição dos recursos urbanísticos e no processo de ônus e bônus da urbanização, é como enxugar gelo: é interminável, e, por isso, ineficaz. A realidade o demonstra²¹.

Ainda dentro desta situação, mas em uma escala menos acentuada, há as cidades que têm várias áreas preservadas (ruas, ou parte de bairros) convivendo, dentro dela, com áreas com alta atividade de densificação.

Neste caso se incluem cidades com núcleos preservados, ou com ruas inteiras preservadas, ou também conjuntos significativos de prédios individuais. São exemplos as áreas tombadas em cidades como o Rio de Janeiro, Petrópolis (RJ), Belém, Manaus, Curitiba. São cidades que, a meu juízo, não tem centros históricos da dimensão de Recife, Salvador ou São Luiz, mas tem sim, áreas preservadas menores, concentradas ou espalhadas pelas suas respectivas cidades.

Nestas cidades, a situação é, de certa forma, semelhante a aquelas com grandes centros históricos, conforme acima descrito, com a diferença que o contraste não seria tão concentrado em áreas marcantes, mas espalhados em pequenos núcleos pela cidade geral. Mas, a situação da pressão é a mesma.

Figura 14 – Vizinhança do Palácio Rio Negro, Manaus/AM



Autora: @ Sonia Rabello (2014).

²¹ Ver texto no meu blog/site <https://www.soniarabello.com.br/imoveis-historicos-em-ruinas-e-abandonados-nos-de-centros-historicos-qual-o-problema-qual-a-solucao/>

A cidade de Curitiba é um exemplo emblemático. O seu pequeno, mas bem conservado núcleo histórico já foi objeto de festejados comentários sobre o sucesso de sua preservação. De fato, se conseguiu preservá-lo, mas às custas de recursos públicos urbanísticos dados artificialmente aos proprietários dos imóveis por meio da Transferência de Direitos de Construir (TDC).

Figuras 15 e 16 - Curitiba/PR, centro histórico e proximidades.



Autora: @ Sonia Rabello (2015).

Ora, o uso deste instrumento, neste caso, significa que toda a cidade pagou por aquela preservação aos proprietários daqueles imóveis que, não obstante os recursos recebidos por via da TDC continuam proprietários dos mesmos. E como a cidade não tem como pagar ilimitadamente a todos os proprietários de imóveis que pretende preservar, o poder público passou a ficar refém do seu próprio instrumento, usado para facilitar e amenizar sua ação de preservação: ou se paga (com índices construtivos públicos) para preservar, ou não se tem preservação. Hoje, em Curitiba, este condicionamento para ação de interesse público ficou tão arraigado à cultura urbanística que foi recém-editada uma lei para se garantir aos proprietários de imóveis preservados a compensação de recursos urbanísticos da transferência de direitos de construir a cada 15 anos, denominada de “incentivos construtivos”!²²

²² Lei Nº 14.794, de 22 de março de 2016. Disponível em: <https://mid.curitiba.pr.gov.br/2018/00227517.pdf>

3ª Situação: cidades quase sem áreas preservadas, mas com preservação de unidades (prédios) quase individualizados, escolhidos pontualmente para serem preservados.

Neste caso, inserimos, como exemplos, as cidades de Porto Alegre, Belo Horizonte e São Paulo, Curitiba, Caeté, Catas Altas, Congonhas, Nova Era, Sabará/MG onde há muitas hipóteses e casos emblemáticos de preservação de imóveis isolados, ou de grupo muito pequeno de imóveis. Cidades como estas não se caracterizam por ter áreas inteiras de ruas, ou partes de bairros sujeitos a preservação²³.

O que encontramos nestas cidades que se enquadram, de modo geral, dentro desta tipologia é a legislação de uso do solo conferindo coeficientes de aproveitamento muito maiores, geralmente em áreas centrais já ocupadas, e a consequente e rápida substituição dos imóveis existentes por prédios, com a verticalização multiplicando o preço do solo por cada solo criado pelos novos índices construtivos apropriados privadamente pelos seus proprietários²⁴.

Acontece que nestas áreas, muitas vezes, durante este processo de verticalização, os órgãos de patrimônio são alertados para importância de proteger (e salvar) ao menos alguns poucos exemplares significativos da ocupação originária da cidade. E aí resolvem, legitimamente, fazer o tombamento de um ou outro imóvel nestas áreas.

²³ Em Belo Horizonte a exceção é a Pampulha, cuja preservação é do Conjunto Moderno Pampulha formado pela Igreja de São Francisco de Assis, Casa do Baile, Iate Tênis Clube, Cassino da Pampulha (atual Museu de Arte da Pampulha) e Casa Kubitscheck. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/1653/>

²⁴ Importante destacar que as cidades de São Paulo, e Belo Horizonte, seus respectivos Planos Diretores (2014 e 2019 respectivamente) já inverteram esta situação ao instituírem a Outorga Onerosa do Direito de Construir, com índice básico 1 em todo seu território.

Figuras 17 e 18 - São Paulo (Butantã): Casa do Bandeirante localizada dentro de um prédio



Autora: @ Sonia Rabello (2017).

Ora, se o problema já existe quando há inequidade de tratamento urbanístico na distribuição de ônus e bônus do processo de urbanização entre o tratamento dado entre áreas numa mesma cidade, esta questão se agrava quando se trata de imóveis diferenciados existentes lado a lado.

Há inúmeros exemplos desta situação não só em cidades como São Paulo e Belo Horizonte, mas em todo Brasil; inclusive em cidades mencionadas na 2ª situação, fora das áreas dos chamados centros históricos, em ruas afastadas, em outros bairros dessas cidades.

As soluções procuradas pelos proprietários, nestes casos, são drásticas. A mais radical delas é quando o proprietário, sabendo do início do processo de tombamento, resolve demolir imediatamente seu imóvel, mesmo com ausência de eventual licença de demolição. Aplica o ditado popular “*es más facil pedir perdón do que pedir permiso*”. São emblemáticos e inesquecíveis os casos da demolição da mansão Matarazzo, na Av. Paulista, na cidade de São Paulo²⁵, e também o caso da

²⁵ ERA UMA VEZ EM SP...mansão dos Matarazzo. Estado de São Paulo, São Paulo, 31 de julho de 2015. Disponível em: <https://acervo.estadao.com.br/noticias/acervo,era-uma-vez-em-sp-mansao-dos-matarazzo,11299,0.htm>.

A mansão dos Matarazzo na Av. Paulista, esta chegou a ser tombada pelo Município em 1989. Contudo, houve uma longa discussão na Justiça, onde foi estabelecida uma indenização milionária. Neste ínterim, quando houve uma anulação dos atos da Prefeitura, a mesma sofreu várias demolições, inviabilizando qualquer objeto para tombamento. Finalmente, foi alienada para construtora, em 1996 por 125 milhões de reais, local onde foi construído o Shopping Cidade de São Paulo. Ver https://pt.wikipedia.org/wiki/Mans%C3%A3o_Matarazzo

demolição do Solar Monjope, no Jardim Botânico, no Rio de Janeiro²⁶.

A segunda solução procurada é impetrar ação na Justiça, para pedir indenização, alegando desapropriação indireta. Nesta situação é emblemático o caso que tramitou na Justiça Estadual de São Paulo, da Casa Warchavchik²⁷, que finalizou pela a desapropriação do imóvel pelo Município.

A terceira solução nesta situação, atualmente mais usada, é a dação a estes proprietários de direitos de transferência da totalidade dos “potenciais” construtivos dados pela legislação a seus vizinhos, como compensação pelo tombamento de seu imóvel. Esta solução foi muito usada em Belo Horizonte, e ainda consta como solução no atual Plano Diretor de São Paulo²⁸, como um “estímulo” ao proprietário pelo tombamento de seu imóvel; ou seria um *mea culpa*?

E, por incrível que pareça há ainda a solução praticada em outros tempos, mas ainda hodiernamente tentada, que é edificar o novo e vertical imóvel por cima do imóvel tombado, ou dentro dele. Exemplos disto, dentro e fora do Brasil são chocantes.

²⁶ CRESCIMENTO DA CIDADE DERRUBA PALÁCIOS, IGREJAS E CASARIOS. O Globo, 04/12/2016. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/crescimento-da-cidade-derruba-palacios-igrejas-casarios-20586381>. No caso do Solar Monjope, parecer de L.Costa recomendou sua proteção pelo Estado, e não pelo IPHAN. Contudo, durante o encaminhamento e discussão sobre o tombamento, o mesmo foi demolido, à noite, com um trator, restando sem objeto esta discussão.

²⁷ Houve tombamento da Casa Warchavchik em 1983 pelo Município de São Paulo, e em 1984 pelo Estado de São Paulo. Após 10 anos de tramitação do processo judicial, e de abandono do imóvel, em 1994 há a sentença reconhecendo a pretensão indenizatória pleiteada pelos proprietários. Após a sentença, e como forma de resolver a questão, houve a desapropriação do imóvel pelo Estado de São Paulo.

²⁸ Lei Nº 16.050, de 31 de julho de 2014, aprova a política de desenvolvimento urbano e o plano diretor estratégico do município de São Paulo. Disponível em: <http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-16050-de-31-de-julho-de-2014>

Figura 19 - Rio de Janeiro – Rua do Lavradio, 132



Fonte: <https://www.amatra1.org.br/wp-content/uploads/2019/05/forum-lavradio2.jpg>

Todos esses casos têm uma só origem: a desigualdade no tratamento urbanístico de ônus e benefícios do processo de urbanização. Quando esta desigualdade é especial e anormal, ou seja, apenas um ou dois imóveis na vizinhança próxima tem o ônus de não ser tratado como os demais, a Justiça tem reconhecido eventuais direitos indenizatórios. E isto é bastante sério, pois inverte as conquistas jurisprudenciais de décadas, pelas quais foi consolidado o entendimento da não indenizabilidade da proteção cultural ou ambiental.

É necessário dizer que a compensação via TDC, com a deferência ao proprietário de alienar a totalidade do coeficiente construtivo geral constitui, a nosso ver, também um “pagamento” pelo tombamento, e, por conseguinte, pode ser interpretado como um reconhecimento, pelo poder público, de que o proprietário deve ser, de alguma forma, indenizado. É um grave precedente, e um retrocesso na política de preservação do patrimônio cultural imobiliário.

Como o Estatuto da Cidade, e o Direito Urbanístico nacional ofereceu instrumento para a política de preservação de imóveis nas cidades?

Estes agrupamentos de casos nas modalidades que acima sugerimos evidentemente não são exclusivos nem exaustivos. São casos agrupados de grosso modo, de modo a fazer mais clara as desigualdades de tratamento urbanístico na distribuição inequitativa e gratuita de coeficientes de

aproveitamento dos lotes na cidade: agrupam situações onde não há desigualdade, ou situações onde grupos maiores ou menores de conjuntos amenizam, mas não resolvem ou apaziguam as diferenças, ou situações onde o isolamento de imóveis preservados faz com que o contraste fique tão gritante que impossibilita da preservação do imóvel sem compensação em função da desigualdade.

Nossa posição é de que, ressalvado o caso mencionado na 1ª situação, a preservação e conservação de imóveis em áreas urbanas só tem futuro se for introduzido no planejamento urbano destas cidades instrumentos urbanísticos que funcionem para fazer valer a diretriz da “justa distribuição de ônus e benefícios do processo de urbanização”. E esse instrumento é a Outorga Onerosa do Direito de Construir – a OODC (mais adiante veremos que a Transferência do Direito de Construir não pode ser senão uma consequência da introdução prévia da OODC)²⁹.

A Outorga Onerosa do Direito de Construir é o instrumento urbanístico previsto no art. 28 e seguintes do Estatuto da Cidade que viabiliza a obediência à diretriz prevista no seu art. 2 inc. IX, e que se refere à “justa distribuição de ônus e benefícios do processo de urbanização”. Há outra importante diretriz, no Estatuto da Cidade, que vai ao mesmo sentido, mas que, no nosso entender se refere não à aplicação ao instrumento urbanístico da OODC, mas ao instrumento da Contribuição de Melhoria. Diz a diretriz, contida no inciso XI do art.2º: “XI – recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos”.

Voltemos à Outorga.

Justa distribuição quer dizer distribuição equânime. E equânime quer dizer isonômica, o mais equitativa possível.

É bem verdade que é impossível que, numa cidade, que pela sua própria natureza é um objeto complexo, o planejador distribuía os recursos públicos urbanísticos de forma absolutamente igual para todos os lotes. Mas, grandes desigualdades na distribuição de índices tem impacto direto

²⁹ Ver nota 24 os exemplos de São Paulo, e Belo Horizonte.

no preço da propriedade urbana, que é o que interessa ao proprietário: o valor financeiro de sua propriedade em relação aos demais.

Se o instrumento da OODC não resolve completamente as questões das desigualdades urbanísticas trazidas pelas leis de uso e ocupação do solo nas cidades, ele certamente ameniza bastante essas desigualdades; e veremos como.

Antes, porém, cabe esclarecer que, o que denominamos aqui, e em outros textos³⁰, como “recursos públicos urbanísticos” são os índices, ou coeficientes e formas de aproveitamento de uso do solo previstos no Plano Diretor ou/e legislação de uso e ocupação do solo: o zoneamento de uso residencial, comercial/serviços, ou industrial, gabaritos de altura, índices de aproveitamento do terreno, etc.

E por que são recursos públicos urbanísticos?

Porque todos estes índices e coeficientes de aproveitamento do solo são criados pelo poder público, por lei, no exercício de sua função constitucional de planejamento urbano, com vistas ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade³¹; eles existem para cumprir precipuamente esta finalidade constitucional, e só podem ser previstos se houver, no local a infraestrutura urbana pública necessária para serem aproveitados urbanisticamente³².

O que acontece, porém, é um fenômeno econômico fundiário interessante, e completamente desassociado do direito formal de propriedade. A lei de uso do solo, ao prever o aumento da densificação, esta lei gera um impacto no preço do terreno, em geral para aumentar seu valor financeiro, sem que o proprietário faça qualquer movimento

³⁰ RABELLO, Sonia. A Outorga Onerosa do Direito de Construir: e a preservação do Patrimônio imobiliário urbano. In: Domingues, João, Pragmácio, Mário (orgs.). Memória, patrimônio cultural e a questão urbana no Rio de Janeiro - contradições, conflitos e desafios. ed. Letra Capital - FAPERJ, Rio de Janeiro - 2019.

³¹ Art. 182 da CF: ver texto na nota 8.

³² O art.28, §3º do Estatuto da Cidade (ECi), lei 10.257/2001, ao referir-se aos limites máximos dos coeficientes de aproveitamento de um lote diz que eles serão fixados “considerando a proporcionalidade entre infraestrutura existente e o aumento da densidade esperado em cada área”. Este dispositivo materializa a diretriz geral contida no art.2º, da mesma VI, c da citada lei, que determina que a ordenação e controle do uso do solo urbano evitará o “o parcelamento, a edificação ou o uso excessivo ou inadequado [da área] em relação à infraestrutura urbana”.

ou investimento. Ou seja, pela simples aprovação de uma lei que faculta um aumento do coeficiente de aproveitamento em um lote, o terreno passa a ter outro preço no mercado, valor excedente este que tem sido apropriado, até o momento, pelos proprietários dos lotes; valor financeiro excedente este que, repito, foi gerado a maior por uma lei criada pelo poder público para viabilizar o interesse público do planejamento urbano.

Então, o que é a Outorga Onerosa do Direito de Construir (OODC), e em que ela pode minorar este conflito?

A OODC é um instrumento urbanístico, previsto no art.28 do Estatuto da Cidade³³, no qual se prevê a cobrança de contrapartida sempre que o interessado quiser usar, no seu lote, coeficientes de aproveitamento acima do coeficiente básico. Ou seja, aos lotes urbanos será reconhecido dois tipos de coeficientes de aproveitamento: o coeficiente básico, e o coeficiente máximo. O coeficiente básico é aquele deferido, equanimemente, a todos os proprietários de lote urbano, e que é, de modo geral igual a 1 (uma) vez o tamanho do lote. Pelo uso, por parte do proprietário, deste aproveitamento básico (coeficiente básico de aproveitamento) não lhe é cobrado qualquer contrapartida, uma vez que se entende que este uso básico é o que lhe permite o uso econômico útil de sua propriedade imobiliária.

Em resumo, a lei nacional que estabelece normas gerais de planejamento urbano (art.24, I da Constituição Federal), através do instrumento da Outorga Onerosa do Direito de Construir (OODC) estabeleceu que:

³³ Lei 10.257/2001: “Art. 28. O plano diretor poderá fixar áreas nas quais o direito de construir poderá ser exercido acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário.

§ 1^o Para os efeitos desta Lei, coeficiente de aproveitamento é a relação entre a área edificável e a área do terreno.

§ 2^o O plano diretor poderá fixar coeficiente de aproveitamento básico único para toda a zona urbana ou diferenciado para áreas específicas dentro da zona urbana.

§ 3^o O plano diretor definirá os limites máximos a serem atingidos pelos coeficientes de aproveitamento, considerando a proporcionalidade entre a infraestrutura existente e o aumento de densidade esperado em cada área.”

1. O plano diretor estabelecerá dois coeficientes de aproveitamento³⁴ para a propriedade imobiliária urbana: o básico e o máximo.
2. O coeficiente máximo será necessariamente estabelecido se as condições da infraestrutura urbana o permitirem.
3. O coeficiente básico não tem relação necessária com a infraestrutura. Por conseguinte, seu estabelecimento, em princípio como coeficiente de aproveitamento único, - ressalvadas diferenciações para áreas específicas -, tem relação com o princípio da justa (equânime) distribuição de benefícios e ônus do processo de urbanização, diretriz estabelecida no inciso IX do art.2º do Estatuto da Cidade³⁵.
4. Nas áreas em que o plano diretor previr a possibilidade de utilização de coeficientes de aproveitamento máximos, isto é, diferentes, para maior, do coeficiente índice básico, o poder público deferirá este benefício mediante contrapartida (*caput* do art.28).

Esta contrapartida, ou pagamento pelo deferimento de coeficiente de aproveitamento além do básico é que o ECi denominou de Outorga Onerosa do Direito de Construir (art.30 do ECi)³⁶.

Ora, se a lei federal nacional estabeleceu uma cobrança pela outorga de índices de edificabilidade que forem deferidos além do índice básico

³⁴ Coeficiente de aproveitamento é a medida de intensidade de uso do lote, estabelecida por lei. No Brasil, o coeficiente de aproveitamento, ou intensidade de uso é estabelecido em função do tamanho do lote: 1, 2, 3, 4 vezes a metragem do lote, respeitados outros parâmetros tais como altura, afastamentos, recuos.

³⁵ Diretrizes do ECi: Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:... IX – justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização;...XI – recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos;...XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico;

³⁶ “Art. 30. *Lei municipal específica estabelecerá as condições a serem observadas para a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso, determinando: I – a fórmula de cálculo para a cobrança; II – os casos passíveis de isenção do pagamento da outorga; III – a contrapartida do beneficiário.* Art. 31. *Os recursos auferidos com a adoção da outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso serão aplicados com as finalidades previstas nos incisos I a IX do art. 26 desta Lei.*” (grifos nossos).

é porque este “direito” de edificar não pertence ao patrimônio do titular de domínio do lote; isto porque o poder público não poderia cobrar para outorgar um direito que já integrasse o patrimônio do particular. Como outorgar onerosamente um direito que já é do outro? Isto não é logicamente possível³⁷.

Então, o que se pode extrair do texto legal?

A principal conclusão é a de que coeficiente básico, pelo qual o poder público não cobra, pertence ao proprietário para viabilizar o exercício economicamente útil de sua propriedade imobiliária (art.1229 do Código Civil)³⁸. Porém, os coeficientes adicionais ao básico, chamados de coeficientes máximos, criados pelo Poder Público em função da infraestrutura instalada, estes não integram o conteúdo patrimonial básico de domínio privado; os coeficientes máximos de aproveitamento são, pois, **recursos urbanísticos públicos**, e só poderão ser deferidos mediante contrapartida, ou seja, mediante outorga onerosa a ser paga pelo beneficiário.

Esta foi a alteração mais substancial que a lei nacional, o Estatuto da Cidade (ECi), como lei especial, fez em relação à lei civil geral: estabeleceu que os índices de edificabilidade (chamado de direitos de construir), para além do índice básico, são recursos urbanísticos e, como tal, pertencem ao poder público.

E por que o poder público não pode outorgar, como vem tradicionalmente fazendo, com índices máximos gratuitos de edificabilidade?

Não pode fazê-lo, não só em função do comando do art.2º, IX do Estatuto da Cidade que impõe a “justa distribuição de ônus e benefícios do processo de urbanização”, como também em função de

³⁷ Ver RABELLO, Sonia. Regulação do Território e da Propriedade Imobiliária Urbana: evolução conceitual no Direito Brasileiro. In: Ferrari, Sergio e Mendonça, José Vicente: Direito em Público – Homenagem ao Professor Paulo Galvão. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2016.

Também disponível em <http://www.soniarabello.com.br/category/publicacoes/>

³⁸ Código Civil Brasileiro: art. 1.229. A propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e profundidade **úteis ao seu exercício**, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las (grifos nossos).

dois outros princípios: o princípio de direito público que veda ao poder público a distribuição de recursos públicos graciosamente, e também ao princípio geral de Direito, **que veda o enriquecimento sem causa**, hoje consubstanciado no art.884 do Código Civil.

Como já mencionamos acima, a produção acadêmica na área urbanística, e também a de economia urbana tem demonstrado que, a alteração legislativa de uso do solo que aumenta a capacidade de edificação em um lote, permitindo que nele se construa mais do que a metragem de sua área original, faz aumentar também o preço do lote no mercado imobiliário³⁹. Ou seja, o ato normativo do poder público, que não tem nenhuma relação com qualquer ação do particular, repercute no patrimônio privado, fazendo aumentar o valor financeiro do imóvel no mercado. E, este fato privilegia apenas grupos específicos de proprietários de lotes, e ainda assim de forma completamente diferenciada entre eles; e enquanto que para uns é possível construir quatro, cinco, seis vezes o tamanho do lote, outros tem índices de edificabilidade bem menor; e, alguns deles, nem podem edificar além do que já está construído, pois tem seus imóveis preservados por interesse urbanístico, ambiental ou cultural.

Ressalte-se que toda esta diferenciação, toda esta disponibilidade para edificar, todo este insumo urbanístico que são os coeficientes de aproveitamento máximos, também denominados de índices de edificabilidade, só é possível se realizar se houver infraestrutura de serviços urbanos, feita e mantida com recursos públicos municipais. Portanto, é a cidade construída por todos que viabiliza e dá valor aos índices de edificabilidade máximos.

Por que então somente alguns têm seu patrimônio aumentado em função de ações que lhe são alheias? Não é exatamente isto que caracteriza o enriquecimento sem causa?

³⁹ Para entender como se dá este processo ver: FURTADO, Fernanda, BIASOTTO, Rosane, e MALERONKA, Camila. *Outorga Onerosa do Direito de Construir: Cadernos Técnicos de Regulamentação e Implementação*. Ministério das Cidades e Lincoln Institute of Land Policy. 2012.

Figura 20 – Salvador/BA



Autora: @ Sonia Rabello (2012).

No direito brasileiro, este princípio geral de Direito, - a vedação do enriquecimento sem causa -, foi explicitado, recentemente, na legislação federal, dentro do código civil de 2012; e, pelo fato desta regra estar escrita dentro do código civil, não se deve supor, obviamente, que esta sua toponímia restrinja sua aplicabilidade somente às relações privadas. Diz a norma:

“Do Enriquecimento Sem Causa

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

*Art. 885. A restituição é devida, **não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.**” (grifos nossos).*

Ora, ao se adotar, no planejamento urbano de uma cidade a Outorga Onerosa do Direito de Construir está se reconhecendo que os coeficientes máximos de aproveitamento são recursos urbanísticos públicos, aos quais os proprietários de lotes não deve ter acesso como valor econômico integrante do valor de sua propriedade imobiliária. Com isso, os imóveis sujeitos a tombamento, ou vizinhança de bem tombado, não serão mais aqueles únicos imóveis na cidade que ficam privados de coeficientes máximos de edificabilidade, para além do coeficiente básico, igualitário a todos. Iguala-se, com a outorga onerosa, as condições básicas de aproveitamento urbanístico a todos os imóveis urbanos, pela deferência do índice básico sem contrapartida.

Com isso, desidrata-se da expectativa dos proprietários quanto à perspectiva de apropriação financeira que é feita, quando não se cobra contrapartida em função do deferimento de coeficientes de edificabilidade maiores do que o índice básico, igualitário, de aproveitamento. Assim, espera-se, senão eliminar, ao menos minimizar a pressão decorrente da distribuição inequitativa de ônus e benefícios do processo de urbanização em uma cidade, quando esta distribui aos diferentes proprietários faculdades e restrições urbanísticas muito distintas.

Impõe agora responder à questão: como conciliar a Outorga do Direito de Construir com a Transferência do Direito de Construir (TDC), esta última prevista no art.35⁴⁰ do Estatuto da Cidade?

⁴⁰ Lei 10.257/2001: *Da transferência do direito de construir: art. 35. Lei municipal, baseada no plano diretor, poderá autorizar o proprietário de imóvel urbano, privado ou público, a exercer em outro local, ou alienar, mediante escritura pública, o direito de construir previsto no plano diretor ou em legislação urbanística dele decorrente, quando o referido imóvel for considerado necessário para fins de:*

I – implantação de equipamentos urbanos e 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.

A TDC, ao ser prevista no Estatuto da Cidade, deu a entender a muitos planejadores que cada Município poderia, no âmbito do território municipal, escolher e decidir se os coeficientes máximos de edificabilidade gerados pela legislação municipal seriam, ou não, dados graciosamente aos proprietários dos lotes. Assim, por hipótese, se determinada legislação de planejamento municipal, adotasse a TDC, e não previsse a OODC, significaria dizer que toda vez que houvesse uma restrição de preservação de imóvel ou conjunto de imóveis na cidade, os proprietários teriam “direito” de transferir, como se seus fossem, os coeficientes adicionais máximos atribuídos pela legislação àquela área. Como consequência, os proprietários dos lotes poderiam vender esses coeficientes imateriais de edificabilidade, como se, por uma espécie de acessão legal, ao ser editada a legislação, os mesmos tivessem passado automaticamente a ser um direito patrimonial privado; receberiam, então, este “direito” de transferência como uma forma de estímulo, ou compensação, por terem seus imóveis tombados, e os terem que conservar.

Esta prática tem operado como um remédio, um alívio dado pelas pressionadas autoridades públicas, que desejam aplicar políticas de preservação: é uma forma de minimizar os desgostos dos proprietários que têm seus imóveis preservados, em face dos seus vizinhos próximos ou distantes que podem usufruir da renda adicional dos coeficientes construtivos públicos que lhes são deferidos gratuitamente. Esta foi uma prática especialmente conhecida pela experiência do Município de Curitiba, na década de 80, e que resolveu pontualmente alguns problemas de conservação do pequeno centro histórico lá existente⁴¹. Contudo, com o passar do tempo, lá mesmo, tem havido demanda dos mesmos proprietários de imóveis preservados de renovarem suas “vendas” de potencial construtivo, pois, passados os anos, gerou-se a expectativa de

⁴¹ Após a 1ª experiência de Curitiba, a TDC, pela sua generosidade urbanística e pelo alívio gerencial que proporciona aos administradores face à pressão dos proprietários, passa a integrar vários planos diretores de cidades como Belém, Belo Horizonte, Porto Alegre, Natal, Campinas, Campo Grande. Ver trabalho de BITENCOURT, Ana Paula. A Transferência do Direito de Construir para a conservação do patrimônio natural e cultural: a experiência da cidade de Curitiba. Acesso web 2018.12.04 <http://www.ibdu.org.br/imagens/atransferenciadodireitodeconstruir.pdf>.

que a conservação de imóveis preservados não é mais uma obrigação dos proprietários, como o é, aliás, para qualquer imóvel em uma cidade.

É evidente que a aplicação da TDC sem a Outorga gera a falsa noção de que os índices máximos, que, neste caso são alienados pelos proprietários dos lotes, integrariam o patrimônio privado desses proprietários; sim, porque se não fossem seus, os índices, como poderiam os proprietários alienar direitos que não lhes pertencem?

Não parece evidente, nem razoável se pensar que cada Município brasileiro possa resolver, por si, se o conteúdo da propriedade imobiliária no âmbito do seu território seria integrado, gratuitamente, pelos coeficientes máximos de aproveitamento, decorrentes da legislação municipal, em função da infraestrutura instalada pelo Poder público. Este tipo de prática pelo poder público municipal, não obstante ser ainda aplicada, confronta diretamente com os princípios acima mencionados, previstos no Estatuto da Cidade, especialmente o da “justa distribuição de ônus e benefícios do processo de urbanização”, e do enriquecimento sem causa. Embora mais dócil de ser aplicado, este não é, absolutamente, o comando legal do direito urbanístico e dos princípios gerais direito, em vigor no país.

Acrescente-se, por oportuno, que mesmo a jurisprudência brasileira, desde o *leading case* decidido pelo STF na década de 80⁴², sempre entendeu que o chamado “direito de construir” é, na verdade, uma expectativa de direito. O direito de construir só é “adquirido” pelo titular de domínio da coisa quando a construção se materializa. Portanto, entender que esta expectativa de direito de construir tenha se transformado agora em direito alienável seria, no nosso entender, um erro jurídico, e um grave retrocesso, especialmente após a vigência da Constituição de 1988, e de sua política social de desenvolvimento urbano.

⁴² Ver Recurso Extraordinário 85002/1985, cujo relator foi o Ministro Moreira Alves. E também o RE 178836-4 relator Min. Carlos Veloso. Sobre a OODC ver o *leading case* no STF Recurso Extraordinário 387047 de 2008, relator Min. Eros Grau.

Como conciliar então ambos os instrumentos urbanísticos, a OODC e a TDC em prol da preservação do patrimônio cultural?

A resposta está na aplicação da Resolução Recomendada 148 do Ministério das Cidades⁴³. Ou seja, não é possível aplicar a TDC sem a aplicação conjunta da OODC. São as duas faces da mesma moeda.

Entendendo que os coeficientes máximos, segundo o Estatuto da Cidade, são recursos urbanísticos que o poder público aliena mediante a contrapartida da Outorga (art.28 da lei 10.257/2001), o objeto da alienação, pelo proprietário, previsto no art.35, como direito próprio, só poderá ser o do conteúdo do coeficiente básico, quando este não puder ser usado na sua integralidade.

Detalhando melhor: os coeficientes máximos são de domínio público, e eles são alienados pelo poder público mediante contrapartida, através do instrumento urbanístico da Outorga Onerosa do Direito de Construir. Então, o que o proprietário do lote pode alienar não poderá ser este mesmo direito que já pertence ao poder público, ou seja, o coeficiente máximo. Logo, o “direito” que está na esfera do patrimônio privado, além da terra, é o seu direito de usar o coeficiente básico, útil ao exercício da função econômica de sua propriedade. Este coeficiente básico é o que pode ser objeto de alienação via TDC pelo proprietário privado; e ele deve tender ser o mais igualitário possível a todos os proprietários de lotes, para que se cumpra a diretriz de “justa distribuição de ônus e benefícios do processo de urbanização”.

De modo geral, há uma tendência de que este índice básico seja igual a 1 (uma) vez a área do lote, como foi proposto na Carta de Embu⁴⁴. E por quê? Inferimos que este número decorre da compreensão de que se o proprietário comprou um lote de determinado tamanho, e é esta a área de sua propriedade que está registrada no registro imobiliário como sua propriedade material, então o seu direito de uso deve ser, basicamente,

⁴³ Ver em: http://www.lex.com.br/legis_26081045_RESOLUCAO_RECOMENDADA_N_148_DE_7_DE_JUNHO_DE_2013.aspx

⁴⁴ Carta do Embu – documento completo disponível em (acesso 2020): <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1894685/mod_resource/content/0/08%20Carta%20do%20Embu.pdf>

do mesmo tamanho da sua propriedade registrada. É o que acontece na propriedade imobiliária rural: se um proprietário de uma fazenda de 10 hectares faz cultivo na mesma, ele não terá nenhuma expectativa de usar no seu aproveitamento agrário, no seu uso útil, nada mais além do que os 10 hectares da sua propriedade⁴⁵.

Quando o proprietário de um lote é privado de usar, como todos os demais, a totalidade do coeficiente básico (que não é objeto de qualquer contrapartida para sua utilização), em função do interesse público da preservação, neste caso ele poderá alienar a terceiros a diferença entre o que está sendo usado de coeficiente básico, e o que está obstaculizado de usar em função da preservação de seu imóvel. Esta diferença é que é objeto da TDC.

A figura abaixo pode melhor ilustrar o que mencionamos acima.

Figura 21 - TDC

Índice Básico: 1.0		Índice Básico: 1.0 -500m ² gratuito	250m ² - a pagar com contrapartida - outorga onerosa	Índice Básico: 1.0 -500m ² gratuito	250m ² - a transferir 250m ² ; $\frac{1}{2}$ Índice Básico
Terreno: 500m ² Edificação: 500m ²		Terreno: 500m ² Quer construir: Edificação: 1000m ²		Terreno: 500m ² Edificação: 250m ² Pode transferir: 250m ²	

Porém, tal qual nas propriedades rurais, pode acontecer que em função de outros interesses públicos, como ambiental, cultural, ou urbanístico, haja a necessidade de que, para determinadas áreas da cidade, em função de suas características próprias de urbanização ou de ocupação imemorial, a legislação urbanística estabeleça um uso mínimo

⁴⁵ Ver vídeo do Programa de Capacitação do Ministério das Cidades e Lincoln Institute of Land Policy. Propriedade Urbana Dos Direitos de Construir e da sua Outorga Onerosa – Sonia Rabello – disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=8p3cTHkU46A>>

básico menor do que aquele estabelecido para o restante da cidade (o suposto índice 1). É o que está previsto no §2º do art.28 do ECi que diz: §2ª: *O plano diretor poderá fixar coeficiente de aproveitamento básico único para toda a zona urbana ou diferenciado para áreas específicas dentro da zona urbana.* (grifos nossos).

Parece lógico que há de se ter uma razão de interesse público que justifique tratamento diverso. Tomemos o exemplo de lotes privados localizados dentro da área da Floresta da Tijuca no Rio de Janeiro. Quando se admitiu que a parte privada da Floresta da Tijuca fosse loteada, a legislação de parcelamento e uso do solo exigiu que os lotes tivessem o tamanho mínimo de 10.0000 (dez mil metros quadrados) e baixíssima taxa de ocupação, de modo a não alterar, com esta ocupação, a permanência razoável da Floresta preservada. Então, se e quando a Cidade do Rio instituir o índice básico 1 (um) para a cidade, não fará nenhum sentido atribuir, para esta área especial, - em função de suas características de origem e forma de ocupação - o mesmo índice 1 (um) do restante da cidade. Caso isto viesse a acontecer, geraria para estes proprietários um enorme potencial de coeficiente básico a ser transferido, o que desequilibraria o instrumento no restante da Cidade, bem como a efetividade da OODC.

Esta é, portanto, a leitura que fazemos do §2º do art. 28 acima referido, e que julgamos estar mais ajustada aos interesses do planejamento urbano do território, de forma a avançar no desenho público da função social da cidade⁴⁶.

CONCLUSÃO

A Outorga Onerosa do Direito de Construir (OODC) é o instrumento mais poderoso colocado à disposição do gestor público

⁴⁶ Para ter uma compreensão completa sobre a aplicação da TDC, em conjunto com a OODC, conforme entendimento do Ministério das Cidades, consultar: FURTADO, Fernanda. RABELLO, Sonia. BARCELLAR, Isabela. Transferência do Direito de Construir: Caderno Técnico de Regulamentação e Implementação. Cadernos Técnicos vol.6. Ministério das Cidades. Banco Interamericano de Desenvolvimento BID. Lincoln Institute of Land Policy LILP. 2018. A publicar.

para minimizar os conflitos, cada vez mais intensos, de preços no campo da preservação do patrimônio imobiliário urbano. Por isso é que os gestores patrimoniais devem lutar para implantação do instrumento urbanístico da Outorga Onerosa do Direito de Construir (OODC) em todas as cidades onde há patrimônio imobiliário a ser preservado, e onde a verticalização das cidades seja um fato urbanístico que pressiona a substituição dos bens imóveis de valor cultural por imóveis novos prédios que incorporem, gratuitamente, coeficientes de aproveitamento extremamente vantajosos à sua verticalização.

As cidades mudaram muitíssimo nas últimas décadas, fruto da tecnologia, da economia urbana, da demografia com seu acentuado crescimento populacional. Mas, ao mesmo tempo em que é imperioso o planejamento desta nova cidade que incorpore as modernidades, a densificação, a cidade compacta, esses avanços no bem estar territorial tem que se dar com sua harmonização com o meio ambiente natural, e com a preservação do patrimônio cultural produzido na cidade. E, nos tempos modernos, qualquer avanço dito sustentável não será pela via de se acentuar as desigualdades, mas diminuí-las, e, quem sabe, superá-las. Os instrumentos urbanísticos estão aí para isto.

A preservação do patrimônio cultural é um aspecto fundamental do urbanismo, e uma diretriz identitária dos cidadãos. Porém, há que se reconhecer os conflitos existentes, e que foram crescendo cada vez mais nas últimas décadas; não porque são incompatíveis o adensamento e a preservação, mas porque foram fruto das desigualdades distribuídas do planejamento desatento a este aspecto. Agora, não mais. Suas causas foram identificadas, e elas não estão na preservação dos imóveis, mas sim na inequidade na distribuição gratuita de índices e coeficientes e aproveitamento dos imóveis, fato este que não só prejudica a preservação do patrimônio imobiliário da cidade, mas também à preservação do meio ambiente, a prestação adequada de serviços públicos, e até o acesso à moradia.

Figura 22 – Recife/PE



Autora: @ Sonia Rabello (2017).

Então, ou instala-se a Outorga Onerosa do Direito de Construir, ou, para sermos justos, digamos com clareza que uns irão se locupletar dos bônus - dos chamados direitos de construir - e, para outros estará reservado os ônus, - as obrigações. Será assim o futuro?