

PARECERES NORMATIVOS

Pág.

PN 9/77	
RIO DE JANEIRO (Município) — Pessoal do antigo Estado da Guanabara — Transferência — Lei Complementar n.º 20/74, art. 17 — APOSENTADORIA — Proventos — Servidores municipais — Oriundos do antigo Estado da Guanabara — Responsabilidade no pagamento — Parecer 8/76 — PEDRO PAULO CRISTÓFARO	393-405
PN 10/77	
RIO DE JANEIRO (Município) — Pessoal do antigo Estado da Guanabara — Opção — Decreto-lei n.º 189/75, art. 1.º, § 1.º — Interpretação — Of. 7/77 — ROBERTO RICHELLETTE FREIRE DE CARVALHO	405-410
PN 11/78	
APOSENTADORIA — Especial — Ex-combatentes — CF/69, art. 197 — Grupo FISCO — Prêmio de produtividade — Decreto-lei 232/75, art. 5.º, parágrafo único — Proventos — Incorporações — Limitações — Parecer 12/77 — JOÃO RIBEIRO SIMÕES JUNIOR	410-436
PN 12/78	
SUCCESSÃO TRABALHISTA — Pessoal absorvido por Fundações Instituídas pelo Poder Público, Sociedades de Economia Mista, Empresas Públicas ou Autarquias — Regime CLT — Efeitos — Parecer n.º 10/77 — HUGO DE CARVALHO COELHO	436-443
Of. 66/77 — NEWTON BARROCA	443-448
PN 13/78	
MANDADO DE SEGURANÇA — Liminar — Cessaçãõ da eficácia pelo decurso do tempo, independentemente de declaração judicial — Hipótese de suspensão ou dilataçãõ do prazo — Procedimento recomendável do juiz, do impetrante, e do ente público — Of. 5/77 — MILTON FLAKS	449-467
ASSUNTOS DE INTERESSE GERAL	
Criação do Estado de Mato Grosso do Sul	
Mensagem n.º 91, de 1977 — Congresso Nacional	468-474
Projeto de Lei Complementar n.º 15, de 1977 — Congresso Nacional	475-485
Falecimento dos Procuradores JOSÉ TAVARES DE LACERDA FILHO, MANOEL DO NASCIMENTO VARGAS NETO, MIGUEL TEIXEIRA DE OLIVEIRA, OSWALDO ROMERO, ROSÁRIO FUSCO e WALTER CORREA DE AQUINO	486

DOCTRINA

ASPECTOS JURÍDICO-ECONÔMICOS DA PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO HISTÓRICO, PAISAGÍSTICO E ARTÍSTICO. *

ALVARO PESSOA
Diretor do Departamento de Assistência Jurídica e Consultiva aos Municípios

Agradeço ao ilustre Procurador-Geral do Estado, a honrosa incumbência que me conferiu, de pronunciar esta exposição sobre proteção ao patrimônio histórico, paisagístico e artístico no Brasil. Proponho desincumbir-me dela tratando dos aspectos de direito econômico que interessam ao problema, restringindo-me, nesta análise, para efeito de demonstração, ao campo da propriedade imóvel e para fins de raciocínio à proteção florestal.

Para solução econômica dos problemas jurídicos decorrentes da proteção à propriedade imobiliária tombada, desejo também oferecer, à guisa de ponto de partida para debate posterior, um esboço de alternativa. O problema de proteção ao patrimônio cultural, nas sociedades dependentes em desenvolvimento, pode ser tratado como derivado, em campo específico, do problema geral da urbanização/industrialização do país, ou dos problemas causados em todos os níveis e a todas as classes sociais pela industrialização decorrente de nosso modelo econômico de desenvolvimento. Não é, porém, com predominância neste aspecto, que pretendo abordá-lo.

O tema em questão, não há dúvida, pode ser encarado sob vários ângulos. O primeiro deles, talvez o mais importante para nós, Advogados, é o sociológico-jurídico e objetiva saber como os sistemas de crença do povo, os padrões culturais de comportamento da sociedade e os valores que constituem o tecido social, ultrapassam a barreira do consenso, rompem as pressões e contrapressões do sistema e através dos meios institucionais se convertem, formalmente, em normas jurídicas regentes da atividade de proteção.

* Exposição feita no IX Simpósio Jurídico de Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, em 29 de novembro de 1977.

A esta indagação segue-se outra, não menos importantes para os juristas: qual é a atitude da sociedade em desenvolvimento, diante da norma jurídica controladora da proteção ao patrimônio histórico do país? Sendo produto de concepções a seu ver elitistas, ou pelo menos organicamente utópicas, do ponto de vista comunitário, a lei é uma heresia: daí a sua regular e continuada desobediência, gerando graves problemas de descrédito da autoridade, que não consegue fazê-la respeitar por falta de fiscalização.

Tais problemas, entretanto, com maior ou menor intensidade, encontram-se em todos os quadrantes do direito e não apenas no campo que nos interessa. Por isso, não é apenas pelo lado jurídico que desejo encarar o tema. Pretendo discuti-lo sob o ângulo dos custos econômicos decorrentes da imposição de restrições (limitações administrativas ou servidões) ao direito de propriedade. Isto nos permitirá a estimativa do avanço ou recuo das concepções jurídicas e do aceite das novas regras do jogo atinentes à propriedade imóvel no atual momento nacional. Afinal, é preciso hoje em dia sempre saber se a eficácia da norma jurídica vai ter implicações desejáveis para a racionalidade do modelo econômico. Considerado (como de fato é considerado) ser da essência do modelo o crescimento econômico a todo custo, qualquer comando jurídico obstaculador dos objetivos econômicos deve ser, obviamente, neutralizado e anulado por indesejável.

Finalmente, para efeito de bom entendimento inicial, naquilo que espero venha a se transformar num diálogo final com o qualificado auditório, procurarei manter nível de abstração suficiente para permitir maior reflexão e enriquecimento do tema.

ARCABOUÇO LEGISLATIVO

Quando o Estado exerce seu poder regulatório, não atinge apenas os bens que constituem seu domínio patrimonial, mas também os bens, coisas e locais de particulares, objeto de interesse público. Dentro do elenco de formas de afetação que atingem os bens de particulares, encontram-se servidões, limitações administrativas ou restrições ao direito de propriedade incidentes sobre obras, monumentos e recantos naturais que passam a constituir o patrimônio histórico e artístico da nação ou, bens objeto de preocupação mais intensa em momento recente, as florestas.

A consciência da necessidade de preservar florestas resulta, sem qualquer sombra de dúvida, de um dos mais positivos valores da imprensa. Convertendo o mundo em caixa repetidora de preocupações, pela proeminência do tema a nível global, o assunto repercutiu também entre nós com incomum intensidade. Os referidos

bens, objeto de proteção especial, sejam os do patrimônio histórico ou as florestas, pelo menos em algumas de suas potencialidades intrínsecas, tornam-se bens de interesse da coletividade.

As últimas Constituições Federais brasileiras, inclusive a de 1969, fiéis à orientação histórico-cultural dos países civilizados, sempre declararam ficar sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas (art. 180, § único).

Baseado em preceito semelhante, constante da então vigente Carta Constitucional de 1937, o Governo Federal editou, há mais de quarenta anos, o Dec.-lei 25, de 1937, que, entre outras inovações, notáveis para a época, criou entidade destinada a zelar pelo patrimônio histórico e artístico nacional, o atual Instituto de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, previu os diversos livros onde deveriam ser *tombados*, isto é, *inventariados, arrolados ou inscritos* os bens dignos de proteção, admitiu o tombamento compulsório e reconheceu o voluntário, estabeleceu o direito de preferência, pela ordem, a favor da União, Estados e Municípios dos bens tombados e enumerou sanções aos descumpridores da lei, além de ter fornecido proteção à visão da coisa tombada.

A matéria de proteção florestal teve regulamento diverso. Encontrava-se tratada pelo Decreto Federal 23.793, de 23 de janeiro de 1934, editado quando vigente a Constituição de 1891, veio a ser regulada, bem mais recentemente, pela Lei Federal 4.771, de 15 de setembro de 1965, sob o regime da Constituição de 1946, mas modificada pelos diversos atos institucionais que se lhe agregaram.

A referida lei, mais conhecida como Código Florestal, introduziu na ordem jurídica novos conceitos: em primeiro lugar, institucionalizou a idéia das florestas de preservação permanente; em segundo lugar, constituiu limitações administrativas sobre as florestas em geral situadas em terras do domínio privado (limitações administrativas estas que variam em função de regiões diversas do país) podendo flutuar de 20% (vinte por cento) até 50% (cinquenta por cento) de preservação da área global da floresta primitiva. Previa ainda a lei a criação do Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal, afinal constituído em 1967, além de estabelecer severas sanções para os infratores de seus comandos. Criou, afinal, obrigações para as editoras de livros didáticos e as emissoras de rádio imprimirem e irradiarem material educativo de natureza protecional à ecologia.

Estes, portanto, os estatutos legais que regem o assunto e os órgãos encarregados de implementar as políticas, o IPHAN no tombamento e o IBDF na preservação florestal.

Apenas temporariamente, entretanto, tal quadro será mantido. É que o Governo Federal, preocupado talvez com a preservação, mas muito naturalmente mais preocupado com os efeitos da destruição (ou não preservação) sobre indústria do turismo, através da Mensagem n.º 265, que se transformou no Projeto de Lei n.º 3.890 da Câmara dos Deputados, tudo do presente ano, resolveu estabelecer "áreas especiais de interesse turístico com bens de valor cultural e natural". Para constituir tais áreas, pretende-se reunir em Conselho a EMBRATUR, o SPU, o IPHAN, o IBDF, a SEMA, e a CNPU.

Para tal projeto, que se consuma em nome da proteção ao patrimônio histórico-paisagístico mas na defesa da indústria do turismo, ficam estabelecidas áreas especiais sujeitas a severas limitações administrativas ao direito de propriedade.

PROPRIEDADE IMÓVEL — SERVIDÕES E LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS — INDENIZAÇÃO

Parece evidente, a esta altura da exposição, que o assunto de que tratamos, envolve um aspecto fundamental da atividade econômica capitalista: os direitos sobre a propriedade de terras ou terrenos e as limitações constitucionais ao seu exercício, para condicionar o uso ao bem-estar social.

Embora nosso tema seja específico, vale a pena ampliar os horizontes, lembrando que hoje em dia importantíssimos projetos de lei, em todos os níveis federais, estaduais e até municipais visam quase sempre intervir, constitucionalmente, no domínio econômico privado, estabelecendo limitações ao direito de propriedade.

Além do projeto federal ao qual antes aludimos, já tramitando no Congresso Nacional, encontra-se em estudos, na Secretaria Federal de Planejamento, o projeto de lei federal de desenvolvimento urbano, que imporá diversas limitações administrativas à propriedade urbana. O recente projeto de emenda constitucional apresentada pelo Senador Nelson Marchezan, permitindo à União legislar sobre desenvolvimento urbano deve ser apenas o primeiro passo para aprovação de tal lei.

Ora, quem examina a cultura jurídica moderna, de origem genuinamente brasileira nas duas últimas décadas, não pode deixar de reconhecer, que embora o direito público tenha tido um grande avanço, seu número de estudiosos ainda é pequeno para uma economia quase 60% (sessenta por cento) estatizada. Os estudos de direito privado ainda excedem, e de muito, os de direito público.

Ainda mais inquietante é o fato de que estudos profundos, tratando de temas cruciais ligados ao direito de propriedade, a constitucionalidade das limitações a ele impostas, a necessidade ou não

de indenizar o proprietário, a indispensabilidade de desapropriação são raros. Na maioria das vezes, encontramos apenas eruditos Pa-receres que, tratando tal assunto, reconhecem princípios clássicos:

"Anulada a destinação econômica da propriedade, mesmo permanecendo em poder do titular um direito parcial ou nominal, a desapropriação se impõe"

ou:

"não podem as restrições ao direito de propriedade ser de tal monta que tornem inaproveitável o lote"

ou ainda:

"não podem as limitações administrativas eliminar o conteúdo econômico do direito de propriedade"

Não se encontram, porém, estudos de ordem econômica (abundantes na literatura jurídica norte-americana) nem de ordem filosófica (muito freqüentes nas obras e revistas jurídicas européias) que nos permitam definir e estabelecer, de maneira lógica, jurídica, segura e racional, quando a limitação administrativa "anula ou fere de maneira contundente a propriedade" ou quando é que cabe a desapropriação, por ter o titular ficado "com um direito parcial ou apenas nominal", ou ainda quando "a limitação administrativa é de tal monta que torna inaproveitável o lote".

Nem se diga, por outro lado, que à jurisprudência deve caber, em cada caso, a definição de tais parâmetros, não podendo a doutrina enfrentá-los e resolvê-los. Também não se diga que o legislador fica impedido de fixar na lei parâmetros rígidos, nem que a lei deve ignorar fundamentos ou critérios técnicos para estabelecer níveis de limitação. No caso específico da preservação de 20% (vinte por cento) a 50% (cinquenta por cento) da mata, dependendo da região onde a vegetação ocorra. Isto acarreta inaproveitabilidade da propriedade? Anula sua destinação econômica? 50% é o nível máximo de intensidade?

Diga-se, a bem da verdade, que não cabem, neste particular, culpas maiores a nós, profissionais do direito, ou as nossas faculdades de direito. A culpa é de toda uma época ou de todo um sistema. Bastam perguntas elementares para prová-lo. Qual é a verba destinada à formação de centros de estudos e pesquisas nas escolas de direito? Quem pode sobreviver, com segurança, na área jurídica, ostentando o honroso cargo de pesquisador? A tendência institu-

cional da faculdade de direito tem sido fazer dos conhecimentos que assimila e transmite, na maioria das matérias, um corpo hermético, sem pesquisa, sem investigação social, sem vasos comunicantes com a sociedade. As demais faculdades, quase sempre se tornaram também estanques em matéria de intercomunicação com a escola de direito.

O resultado é que os estudos jurídicos não se aprofundam nos conceitos filosóficos e econômicos que regem as concepções sobre o direito de propriedade e, por mais paradoxal que isto possa parecer ao auditório, ousaria dizer que os últimos anos assistiram a uma regressão destes conceitos. Hoje, como recentemente chamava a atenção do orador que vos fala, o ilustre Juiz Severo da Costa, e posso constatar pela atividade que exerço junto aos Prefeitos do Estado, — estamos mais arraigados e retrógrados do que há vinte anos atrás em matéria de amplitudes de conceito para a desapropriação. Veja-se, que estamos tratando de *desapropriação*, instrumento aceito pelo que há de mais liberal em matéria de liberalismo no regime capitalista. Desapropriação por zona? Isto já ninguém acredita, embora Perelra Passos, no Rio e Benedito Valadares, em Minas, a tenham usado com abundância. No S.T.F., o Município de São Paulo está perdendo o justíssimo caso de Santana e Jabaquara onde se desapropriou e urbanizou para revenda por 3 votos a 1.

Ora, se isto ocorre em matéria de expropriação, devemos examinar, já com certo cuidado, nossos conceitos em matéria de aceitação de amplas limitações administrativas ao direito de propriedade, cerne, afinal, de toda a ampla gama de restrições em matéria urbanística e em matéria de tombamento para preservação do patrimônio histórico, paisagístico e artístico.

SOLUÇÕES PRETORIANAS

Desde que o Supremo Tribunal Federal, em junho de 1942, vigente a Constituição de 1937, contra o voto de apenas dois Ministros em sessão plenária, declarou constitucional o Dec.-lei 25, de 1937, e manteve o tombamento do "Arco do Teles" na Praça XV de Novembro, ficou lançado o "leading case" do direito brasileiro em tal matéria. Naquele Acórdão, ficou aliás estabelecido fundamental princípio de direito em matéria de tombamento: o princípio de que o Tribunal pode e deve entrar no mérito do tombamento, para decidir se ele é justo ou injusto, se deve ser ou não mantido.

Dois outros casos vieram a se constituir em casos de grande repercussão em nosso direito pretoriano, em matéria de tombamento. Ambos, aliás, percutindo, não na restrição consistente no tombamento, mas na restrição ao direito de construir em terreno vizinho

à coisa tombada. O primeiro referente a terreno vizinho ao Museu Imperial em Petrópolis. O segundo tratando das restrições à construção de edifícios nos terrenos vizinhos ao Outeiro da Glória. Em ambos, a mesma linha de conduta, sem balizamento preciso dos limites da restrição, terminaram decididos em linhas diametralmente opostas.

Finalmente, a outra causa célebre que compõe o quadro versa sobre o Pico do Itabirito, em Minas Gerais, onde, aí sim, ficou claramente caracterizado que o esvaziamento completo do conteúdo econômico do direito de propriedade deve sempre acarretar a indenização correspondente através do processo expropriatório, ou não pode haver tombamento.

São poucas, como se vê, as manifestações dos tribunais sobre tão momentoso assunto. A explicação para tal estado de coisas parece evidente. De um lado, o custo político do tombamento é muito elevado, ocasionando grande desgaste ao Poder Público através da importantíssima missão dos Conselhos de Tombamento. Por outro lado, enquanto os custos dos terrenos e dos imóveis urbanos que necessitam ser desapropriados para preservação atingem níveis delirantes, os orçamentos dos órgãos de tombamento apresentam oscilações apenas normais, porém absolutamente incompatíveis com sua tarefa, quando necessitam até mesmo preservar e restaurar imóveis tombados, quanto mais desapropriar.

Já que o assunto penetra profundamente no reino da economia, por mais paradoxal que isto possa parecer, e já que é mais fácil hoje em dia vermos as leis sofrerem alterações por razões econômicas do que por razões estéticas, tratemos economicamente o assunto ou pelo menos busquemos solução jurídico-econômica para o problema da preservação do patrimônio histórico e artístico a fim de que, caso bem sucedidos, vejamo-la transformada em lei.

Algumas considerações, porém, devem desde logo ser feitas na busca de tal solução. A primeira é relativa à especulação com terrenos urbanos. A segunda é o esboço de alternativa que prometi inicialmente apresentar para debate. Verifiquemos, inicialmente, para manter ordem nas coisas, a primeira. Por que vem ocorrendo os delirantes níveis de preço de terreno e especulação com solo urbano em nossas cidades, que tanto mal acarretam?

A resposta, embora não seja simples, tem justificativas de ordem econômica e de ordem sociológica. A explicação econômica é que a terra rural e o solo urbano no Brasil passaram a ter uma função que não deveriam ter. A terra ou o solo podem ser economicamente considerados "*fatores de produção*" e, nesta qualidade, em virtude de sua posição melhor ou pior em relação aos meios de transporte, visão do mar, de montanhas, ou outros fatores, inclusive fertilidade

para fins agrícolas, recebem agregados de valor de cunho tipicamente monopolista (em direito, diríamos que determinado terreno ou área de terra são infungíveis).

Esta infungibilidade ou situação monopolista que acresce o valor dos terrenos, apenas parcialmente é responsável pelos altos custos verificados. A componente mais grave no momento atual é que os terrenos rurais ou urbanos (sobretudo os urbanos) perderam a qualidade de *fator de produção* pura e passaram a servir de *reserva de valor*; de fundo de poupança de toda a população economicamente melhor situada, que neles investe seu excedente econômico, isto é, sua poupança. Tal poupança obedece à canalização e destino que se orientam de acordo com razões históricas e profundamente anti-econômicas que herdamos da cultura lusitana. Esta a explicação sociológica.

Estimulada por ridícula tributação a nível de imposto de transmissão: 1% (hum por cento); cumulada com sistema de tributação do lucro imobiliário deliberadamente destinado a isentar a pessoa física, não há razão para investir em coisa diversa de terra, e neste sentido até se pensa que é este o desejo da política oficial ou governamental.

A tendência histórica de raiz ibérica (armazenar terras) juntou-se à ridícula tributação antes referida. Sobreveio, em complemento, a desastrosa e recente experiência que foi a reedição do encilhamento de 1971, reforçando ainda mais a tendência do público poupador para o investimento imobiliário. Tal fato não seria um mal, talvez não fosse sequer indesejável, se estivesse ocorrendo entre nós no princípio do século, com economia preponderantemente baseada em setores primários e predominantemente agrícola. Não é isto, porém, o que ocorre. Experimentamos hoje elevados índices de produção industrial. As empresas brasileiras, para poderem completar o ciclo capitalista, necessitam atrair poupanças populares canalizando-as para o investimento em ações; precisam de eficientes e bem constituídas Bolsas de Valores onde o empresário privado possa buscar capital. Nelas, tradicionalmente, é que através das ações pode ser promovida a democrática socialização da propriedade. Aí está em vigor a moderna e atualizadíssima lei de sociedades anônimas, onde se previu (e já se constituiu) a Comissão de Valores Mobiliários para defesa do acionista e melhor funcionamento do mercado de capitais.

Acontece que o investidor popular, ao contrário do que se pensa, decide com grande racionalidade, pensa bem as duas alternativas e... *compra terrenos*. As vantagens fiscais (e a segurança) são ainda muito maiores em terrenos. De forma que estamos atravessando, no atual momento econômico, este incrível paradoxo: a *unidade de*

valor na sociedade industrializada brasileira dos dias atuais, como seria lógico, razoável e economicamente salutar, não é composta de *ações*, de *valores mobiliários* de *títulos de créditos*, mas, grotescamente de *terras*, de *solo*, preferencialmente infra-estruturado e localizado nas cidades, onde os níveis de apreço atingem o delírio.

Ora, não há plano de preservação do patrimônio histórico, artístico e histórico que suporte tais distorções. Ao preço que a terra urbana atingiu na maioria das cidades brasileiras, não há plano de preservação que se sustenha nem orçamento a tal fim destinado que resista, seja ele federal, estadual ou municipal. Também as restrições ao exercício do direito de propriedade se tornam difíceis de impor, acarretam custos políticos elevadíssimos e desgastam economicamente. Quem quer que sofra limitações administrativas ao direito de propriedade, encara o fato como confisco, e espera que o Poder Público pague sempre até o último tostão, face aos elevados índices de especulação e a expectativa de ganho ou lucro imobiliário não tributado reinante.

Este o quadro, esta a realidade, a tornar extremamente espinhosa a tarefa do Poder Público e dos Conselhos de Tombamento, enquanto, através de medidas que aliás já se anunciam, a União Federal não intervir e corrigir as distorções fiscais e de planejamento no mercado de solo urbano.

Até que estas medidas sejam tomadas, para permitir em condições econômicas capitalistas semelhantes às nossas, proteção e preservação do patrimônio histórico de nossas cidades, sugerimos a seguir, a nível de governo local, como possibilidade de alternativa para debate, providência idêntica à adotada pelas municipalidades de Nova Iorque e Chicago, sendo que, na última cidade, de forma mais aperfeiçoada. O sistema está também em uso na Europa. É medida inteligente e engenhosa, respeitando a propriedade e operando em condições capitalistas. Para efeito de raciocínio vamos chamá-la: Cessão e Transferência dos Direitos de Construir.

OPERACIONALIDADE DO SISTEMA

Trata-se de fórmula jurídica, que não gerando gastos de recursos públicos com indenizações, permite ao proprietário recuperação da perda patrimonial decorrente da restrição ou limitação ao exercício do direito de construir, sobretudo em virtude do tombamento. Qual a fórmula de sua operacionalidade?

Em primeiro lugar, para acolher tal solução, precisamos conceber e conceituar o *direito de construir*, como um direito descartável da propriedade imobiliária do solo, conversível em valor mobiliário. Precisamos aceitá-lo como energia potencial decorrente do direito de

propriedade (e não como seu integrante). Aliás, a separação entre o direito de propriedade e o direito de construir não constitui grande novidade. Em reunião celebrada

“em Roma, em 1971, um grupo de especialistas em problemas de política de habitação, construção e planejamento dos países europeus — acordou em que é necessário afirmar a separação entre o direito de propriedade e direito de edificar; dada a suposição de que este último deve pertencer à coletividade e não pode ser admitido senão por concessão ou autorização administrativa, o grupo reconheceu a utilidade de recomendar a cada país integrado na Comissão a necessidade de suas legislações determinarem os métodos práticos para a sua aplicação, compreendendo inclusive o cálculo das indenizações em caso de desapropriação.”

Também entre nós, durante seminário interno realizado pelo GEGRAN, em São Paulo, em 1975, o Prof. Eros Grau propunha, para abordagem geral do problema do uso do solo nas cidades, ter como

“Indispensável, ao menos — embora não se faça distinção entre direito de propriedade e direito de edificação — que, para fins operacionais sejam ambos tratados destacadamente; neste caso, aplicado ao direito o princípio da função social, admitir-se-á a efetividade da existência de limitações administrativas ao seu exercício; a quantidade e qualidade de tais limitações estará restringida exclusivamente pelo respeito à legalidade”.

O argumento que se opõe à viabilidade da transferência do direito de construir, é que isto implicaria em reformulação do próprio conceito de propriedade.

Todavia, deslocando tal questão para o debate posterior e para fins de assimilação das hipóteses em que o novo conceito deva ser aplicado, devemos raciocinar com as restrições mais comuns que afetam a propriedade urbana: as limitações administrativas decorrentes das leis de zoneamento municipal.

Vale ainda a pena recordar, que cada zona da cidade, em decorrência de razões técnicas, é planejada para ocupação, respeitando-se determinada densidade habitacional, expressa comumente através dos coeficientes de aproveitamento ou taxas de ocupação.

Ora, é evidente que, dificilmente, todos os proprietários de terrenos situados na mesma zona da cidade, poderão exercer ao mesmo

tempo e na sua plenitude (obedecido apenas o gabarito máximo) os seus direitos de construir. Em tal zona sempre existirão residências unifamiliares — Igrejas, colégios etc. . .

Estabelecidas tais regras para efeito de raciocínio, suponhamos que em determinada zona da cidade, onde o gabarito máximo é de 10 (dez) andares, encontre-se situado determinado prédio (uma igreja por exemplo) que o Conselho de Tombamento Municipal queira ver preservado. Proceder-se-ão, em seguida, às formalidades necessárias, inclusive registro em livro próprio. Qual a consequência para os proprietários do bem tombado e para os proprietários dos terrenos vizinhos?

Face à lei federal, há violentas restrições ao direito de construir nos imóveis que impeçam a visão da coisa tombada, que são totais no prédio tombado.

Em consequência, ocorrem perdas patrimoniais e possíveis demandas judiciais. Suponhamos ainda que, em virtude das restrições, quem podia construir 10 (dez) andares fique reduzido a apenas 5 (cinco).

Aí é que a cessão ou transferência do direito de construir opera. Se a zona da cidade tem densidade ideal, que foi reduzida em decorrência do tombamento que afetou determinada área, nada mais natural do que permitir a cessão, transferência, troca, ou venda do direito de construir os 5 (cinco) andares (concebidos de forma descartável e como valor mobiliário) para prédios situados na vizinhança no mesmo quarteirão, na mesma zona ou dentro do critério que a lei municipal estabelecer como desejável.

Então, para construir em um determinado terreno além do coeficiente de aproveitamento fixado, poderá o interessado adquirir direitos, parciais ou totais, de terceiros, sendo exato que, neste último caso, no aludido terreno não poderá esse terceiro nada construir.

Note-se, todavia, que a adoção do instituto da transferência do direito de construir apenas é viável quando não exista a possibilidade da mudança da legislação que fixa o coeficiente de aproveitamento. Se houver essa possibilidade, provavelmente, ninguém se interessará em adquirir direitos de criar solo a outros proprietários de imóvel

Através de tal sistema, como se vê, não ocorrem deseconomias ou desvantagens, o erário não sangra e ninguém perde. Outra grande vantagem é a ampliação de possibilidade dos Conselhos de Tombamento que passam a agir com muito menos cerimônia em suas atividades, com menores custos políticos e melhor preservando o patrimônio histórico pela natural ampliação de suas fronteiras.

Esta solução, adotada de forma simples na cidade de Nova Iorque, apresentou graves defeitos logo aos primeiros testes. O pri-

meio defeito decorreu da complexidade de estabelecer critérios técnicos e estéticos para regular a transferência e a troca dos direitos de construir. O segundo pode ser creditado à excessiva confiança depositada na participação voluntária dos proprietários de bens tombados. Finalmente, o último defeito é que a novidade produziu péssimos efeitos plásticos, com edifícios elevadíssimos concentrados na mesma área.

De forma inteiramente contrária ao que ocorreu em Nova Iorque, a solução adotada na cidade de Chicago aprendeu da experiência dos erros anteriores de sua congênera norte-americana e produziu solução melhor aperfeiçoada, embora um tanto ou quanto mais complexa. Em primeiro lugar, estabeleceu zonas especiais, onde as limitações administrativas foram das mais severas, permitindo-se baixíssimo nível de ocupação proporcional a área. Tais zonas foram tituladas: "zonas especiais destinadas à transferência de direitos de construir". Em segundo lugar, para incentivar participação comunitária, concedeu incentivos fiscais ao tombamento voluntário. Em terceiro lugar, o próprio governo municipal entrou no negócio da transferência, estabelecendo um *Banco Municipal do Direito de Construir*, cujo capital inicial constituiu-se dos direitos de construir não utilizados, emanados de todos os bens públicos imóveis de propriedade do Município, isto é, da própria cidade de Chicago, desde logo considerados tombados.

Os direitos de construir com que tal *banco* opera variam de preço: podem ser vendidos ou trocados, condicionados ou não a encargos, a critério do Prefeito, dependendo da zona de que se originam e para onde vão ser transferidos. Os resultados de sua venda é que tem permitido à municipalidade suportar os custos da preservação de monumentos históricos, utilizar-se da desapropriação quando ela é necessária e ampliar, enfim, esta importante fronteira de defesa da história e do patrimônio cultural norte-americano.

Não ignoro (e deixo aqui isto bem claro) as dificuldades decorrentes do transplante de tal solução econômico-jurídica, para o sistema de direito brasileiro. O que apresento a este extraordinário escritório de Advogados que é a Procuradoria do Estado, é um esboço de solução, dele esperando a seguir um debate crítico e criativo sobre a idéia lançada.

Afinal, somos hoje todos responsáveis por um novo Estado do Rio de Janeiro, onde há tanto de história a ser preservada. Muitos de nós, por outro lado, residem em municípios conturbados em volta da Baía de Guanabara, onde tudo, em matéria de natureza, é emocionantemente lindo e merece preservação. Não seria da nossa índole de juristas cruzar os braços em atitude passiva e ficar repetindo "que antes de tudo, a propriedade deve ser preservada".

Claro que, em nosso país, sendo a propriedade a idéia central do regime, todos os atributos do direito de propriedade devem ser respeitados, mas para encerrar e ainda outra vez conceituar, vale lembrar a respeito de direitos de propriedade, o sempre atual ensinamento de Santo Tomás de Aquino:

"O direito do proprietário sobre o superabundante não é da mesma natureza que sobre o suficiente. Qualquer pessoa que detém o superabundante ou excedente deve ver seu benefício revertido em favor da *comunidade* e do *bem comum*."

O *Bem Comum*, sabem meus ilustres colegas e o qualificado auditório, é o *centro da concepção cristã do Direito* que juramos todos nós, Advogados, defender. Se as armas jurídicas puras não forem suficientes, devemos utilizar as outras armas que nos oferecem as ciências sociais e em especial a economia. Desse intercâmbio de ciências só tem a lucrar a cultura preservada, o homem, nossos municípios e nosso Estado e afinal de contas o nosso País.