

CAIO DIMITRIU RODRIGHERO ALTERO

**DA TRANSFERÊNCIA DO DIREITO DE CONSTRUIR COMO INSTRUMENTO DE
VIABILIZAÇÃO DO TOMBAMENTO**

PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*

**ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO AMBIENTAL E GESTÃO ESTRATÉGICA DA
SUSTENTABILIDADE**

PUC/SÃO PAULO - COGEAE

2015

CAIO DIMITRIU RODRIGHERO ALTERO

DA TRANSFERÊNCIA DO DIREITO DE CONSTRUIR COMO INSTRUMENTO DE
VIABILIZAÇÃO DO TOMBAMENTO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em Direito Ambiental, sob a orientação da Professora Lúcia Reisewitz.

PUC/SÃO PAULO - COGEAE

2015

CAIO DIMITRIU RODRIGHERO ALTERO

DA TRANSFERÊNCIA DO DIREITO DE CONSTRUIR COMO INSTRUMENTO DE
VIABILIZAÇÃO DO TOMBAMENTO

BANCA EXAMINADORA

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente aos meus pais por tudo que fizeram e fazem por mim, por seus ensinamentos que me transformaram na pessoa que sou, exemplos de moral, dignidade e ética.

À minha irmã pelos momentos de alegria e, principalmente, por ter me introduzido ao mundo jurídico.

Jamais considere seus estudos como uma obrigação, mas como uma oportunidade invejável para aprender a conhecer a influência libertadora da beleza do reino do espírito, para seu próprio prazer pessoal e para proveito da comunidade à qual seu futuro trabalho pertencer.

(Albert Einstein)

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo a análise do instituto da transferência do direito de construir como meio viabilizador do tombamento, e, conseqüentemente, garantidor da proteção ao patrimônio histórico-cultural brasileiro.

Para tanto, serão abordados os conceitos de patrimônio cultural, do instituto do tombamento e do instrumento da transferência do direito de construir, assim como suas inserções tanto nas constituições brasileiras quanto nas legislações infraconstitucionais nacionais.

Ademais, em capítulos distintos, serão estudados individualmente os dois institutos, oportunidade em que serão discutidos os elementos de cada um, bem como os diferentes posicionamentos doutrinários.

Por fim, no último capítulo, será demonstrado que os dois institutos apesar de autônomos se complementam, permitindo a preservação do patrimônio histórico por meio do tombamento e a diminuição/compensação de prejuízos econômicos eventualmente suportados pelo proprietário do bem tombado mediante a utilização do instrumento jurídico-urbanístico da transferência do direito de construir.

ABSTRACT

This work aims at the analysis of the development rights transfer enabler of *tombamento*, and therefore guarantor of protection of historic and cultural heritage.

Therefore, the cultural heritage of concepts will be addressed, the *tombamento* and the institute of the development rights transfer, as well as their insertions among the Brazilian constitutions as in national infra laws.

Moreover, in separate chapters, will be studied individually the two institutes, at which we will discuss the elements of each, and the various doctrinaire positions.

Finally, the last chapter will be shown that the two institutes in spite of autonomous are complementary, allowing the preservation of historical heritage through *tombamento* and the reduction/compensation of economic losses eventually supported by the well owner through the use of the legal-urbanistic instrument of the development rights transfer.

SUMÁRIO

Introdução.....	10
I Proteção ao Patrimônio Cultural Brasileiro	12
1.1 Patrimônio Cultural - Conceito	12
1.2 Proteção ao Patrimônio Cultural	14
1.3 Patrimônio Cultural Brasileiro – Constituições Republicanas.....	18
1.4 Patrimônio Cultural Brasileiro – Constituição Federal de 1988	20
II Do Tombamento	27
2.1 Conceito.....	27
2.2 Natureza Jurídica	34
2.3 Indenização.....	37
III Da Transferência do Direito de Construir	43
3.1 Origem	44
3.2 Direito de propriedade, direito de construir e solo criado	46
3.3 Previsão legal e requisitos para aplicação do instituto.....	50
Conclusão	59
Referências.....	61

INTRODUÇÃO

O Brasil ao longo dos seus mais de 500 anos passou por diversas transformações, sejam elas na cultura, na política, na arquitetura, na religião, nas artes, em diversos planos, e cada qual deixou marcas profundas na sociedade brasileira.

Nesse sentido, os centros urbanos nacionais acompanharam essa transformação e guardam uma pluralidade de riquezas culturais que devem ser preservadas como forma de proteção de nossa própria identidade.

No entanto, o crescimento desordenado de nossas cidades, a pressão por moradia e a especulação imobiliária, atrelada à falta de vontade política, à inércia da sociedade, fruto de uma educação pautada ao esquecimento de nossa história, resultou no dismantelamento, sucateamento e destruição dos poucos resquícios ainda sobreviventes de nosso passado.

Dentre as formas de proteção do patrimônio cultural nacional inseridas em nosso ordenamento jurídico, destaca-se o instituto do tombamento, sendo o instrumento mais utilizado para essa finalidade, todavia, devido à limitação ao uso, fruição e gozo do bem, em especial o imóvel urbano protegido, o tombamento é temido por proprietários e demonizado pelas grandes construtoras.

Por outro lado, com o advento da Lei Federal nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), surge em nosso ordenamento em âmbito federal o instrumento da transferência do direito de construir, a qual, em suma, possibilita ao proprietário do bem transferir ou alienar a terceiro o potencial construtivo do bem imóvel tombado, compensando eventuais perdas ante à limitação imposta, assim, harmonizando o seu direito de propriedade à preservação do bem histórico.

Posto isso, este trabalho não tem como objetivo exaurir o tema proposto, mas tão somente analisar e especificar os elementos formadores desses institutos, da mesma forma, abordar a problemática da indenização aos proprietários

do bem tombado e trazer uma ferramenta alternativa, qual seja, a transferência do direito de construir, como instrumento para a concretização da proteção aos bens culturais.

Assim, no primeiro capítulo, o enfoque inicial será a definição de patrimônio cultural e sua proteção no ordenamento jurídico pátrio.

Posteriormente, no segundo capítulo, será analisado o próprio instituto do tombamento, o Decreto-lei Federal nº 25/1937, bem como os principais elementos que o compõe e a questão da indenização ao proprietário.

Por fim, no terceiro e último capítulo, trataremos especificamente da transferência do direito de construir, conceito, previsão legal, bem como a compatibilização desse instrumento como meio compensatório e viabilizador da proteção do bem histórico.

I PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO

1.1 Patrimônio Cultural - Conceito

Sinteticamente, cultura pode ser compreendida de duas formas: I) “complexo de atividades, instituições, padrões sociais ligados à criação e difusão das belas-artes, ciências humanas e afins”;¹ e II) “o complexo dos padrões de comportamento, das crenças, das instituições das manifestações artísticas, intelectuais, etc., transmitidos coletivamente, e típicos de uma sociedade.”²

Do mesmo modo, o Professor Luis Alberto David de Araújo³ (2010) define a palavra *cultura* da seguinte forma:

O conceito de cultura responde a duas realidades humanas distintas: uma interna e outra externa. Internamente, a cultura tem partes com o desenvolvimento interior do indivíduo, que tem alicerce na arte, na ciência, na expressão intelectual e corporal. Externamente, a cultura reflete o próprio conceito de civilização, entendido a partir das manifestações humanas dentro da vida em sociedade, gerando hábitos, costumes, tradições e instituições sociais.

Por sua vez, o termo “patrimônio” vem do latim *patrimonium*. Seu primeiro significado vem de um sentido de “herança paterna”⁴, acompanhado também por “bens de família”; bens necessários à ordenação e sustentação de um eclesiástico; ou, quaisquer bens materiais ou morais, pertencentes a uma pessoa, instituição ou coletividade.

Leciona o Professor Paulo Affonso Leme Machado⁵:

¹ HOUAISS, Antônio. Dicionário eletrônico.

² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, 1910-1989. Minidicionário da língua portuguesa / Aurélio Buarque de Holanda Ferreira; coordenação Marina Baird Ferreira, Margarida dos Anjos; equipe Elza Tavares Ferreira...[et al]. 3.ed. – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

³ ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Curso de direito constitucional*. Luiz Alberto David Araújo, Vidal Serrano Nunes Júnior. – 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 529.

⁴ MICHAELIS: Dicionário Escolar Língua Portuguesa. São Paulo. Editora Melhoramentos, 2008. (Dicionários Michaelis). 870 págs.

⁵ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. Pág. 1095.

O conceito de *patrimônio* está ligado a um conjunto de bens que foi transmitido para a geração presente. O *patrimônio cultural* representa o trabalho, a criatividade, a espiritualidade e as crenças, o cotidiano e o extraordinário de gerações anteriores, diante do qual a geração presente terá que emitir um juízo de valor, dizendo o que querará conservar, modificar ou até demolir. Esse patrimônio é recebido sem mérito da geração que o recebe, mas não continuará a existir sem seu apoio. O patrimônio cultural deve ser fruído pela geração presente, sem prejudicar a possibilidade de fruição da geração futura.

Em suma, o complexo processo de desenvolvimento cultural de uma Nação dar-se-á através de gerações, sendo que o estabelecimento dos vínculos com as inúmeras etapas/fases culturais daquelas gerações faz surgir o que entendemos por “patrimônio cultural”.

O patrimônio cultural de um povo compreende as obras de seus artistas, arquitetos, músicos, escritores e sábios, assim como as criações anônimas surgidas da alma popular e o conjunto de valores que dão sentido à vida. Ou seja, as obras materiais e não materiais que expressam a criatividade desse povo: a língua, os ritos, as crenças, os lugares e monumentos históricos, a cultura, as obras de arte e os arquivos e bibliotecas.

Qualquer povo tem o direito e o dever de defender e preservar o patrimônio cultural, já que as sociedades se reconhecem a si mesmas através dos valores em que encontram fontes de inspiração criadora.⁶

Segundo este entendimento, patrimônio cultural é aquilo (bem / objeto, material ou imaterial) que determinado grupo reconhece como possuidor de um determinado valor (podendo ser histórico, artístico, arquitetônico, afetivo, paisagístico, ou ambiental), que este mesmo grupo atribui ao bem.

Os bens ou objetos culturais são coisas criadas pelo homem mediante projeção de valores, “criadas” não apenas no sentido de produzidas, não só do mundo construído, mas no sentido de vivência espiritual do objeto, consoante se dá em face de uma paisagem natural de notável beleza, que, sem ser materialmente construída ou produzida, se integra com a presença e participação do espírito humano.

A essência do bem cultural consiste na sua peculiar estrutura, em que se fundem, numa unidade objetiva, um objeto material e um valor que lhe dá sentido.⁷

Assim, o “patrimônio cultural brasileiro”, resumidamente, pode ser compreendido como o conjunto de determinados “bens de valor cultural”. Este valor

⁶ Declaração do México. Conferência Mundial sobre Políticas Culturais. ICOMOS – Conselho Internacional de Monumentos e Sítios. México – 1985.

⁷ SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional da cultura*, p. 26.

foi delimitado pelo texto Constitucional, como referentes à identidade, à ação e à memória dos grupos que formaram a sociedade brasileira.

Dessa forma, o “bem cultural” é possuidor de um ‘sentido’ para determinada comunidade, agregado durante o passar dos anos e gerações, atribuindo-lhe significado e que lhe confere identidade.

Como sociedade heterogênea que somos, o Brasil possui um “patrimônio cultural” diversificado de interesse da União, dos Estados e dos Municípios.

José Afonso da Silva⁸ assevera que o patrimônio cultural nacional é composto por bens de interesse nacional, o patrimônio cultural estadual, os bens de interesse de cada Estado e o patrimônio cultural municipal, no âmbito do Município que o formou.

Ademais, menciona o autor, ainda, que o termo brasileiro tem maior abrangência, referindo-se ao que ocorre no território do país, enquanto nacional se relaciona à ideia de nação, não raramente utilizado em contraposição ao regional, estadual ou local e também ao estrangeiro ou internacional.

De modo a proteger esse ‘bem’, para tanto, ao longo de nossas Constituições Republicanas, os constituintes inseriram em nosso ordenamento um arcabouço jurídico objetivando a proteção do “patrimônio cultural brasileiro”, todavia, como veremos a seguir, seu conceito evoluiu e se estendeu ao longo das décadas, passando abranger, além das expressões humanas, também conjuntos naturais.

1.2 Proteção ao Patrimônio Cultural

Em nossa história, a primeira notícia que se tem documentada acerca de bem protegido por seu valor cultural/histórico é datado de 28 de agosto de 1721,

⁸ SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional da cultura*, p. 77 - 102.

quando o monarca Rei Dom João V, de Portugal, por meio de alvará, decretou que “daqui em diante, nenhuma pessoa, de qualquer estado, qualidade e condição que seja, desfaça, destrua em todo, nem em parte, qualquer edifício que mostre ser daqueles tempos, ainda que em parte esteja arruinado e, da mesma sorte, as Estátuas, Mármore e Cipos em que estiverem esculpidos algumas figuras, ou tiverem letreiros fenícios, gregos, romanos, góticos e arábicos, ou lâminas, ou chapas de qualquer metal que contiverem os ditos letreiros ou caracteres; como outrossim medalhas ou moedas que mostrarem ser daqueles tempos até o Reinado do Senhor Dom Sebastião, nem encubram ou ocultem algumas das sobreditas cousas.”

De igual forma, adotando o mesmo posicionamento, o Vice-rei de Portugal, Conde de Galvêas, em 1742, enviou carta ao Governador da Capitania de Pernambuco questionando a transformação do Palácio das Duas Torres, construído por Maurício de Nassau, em quartel militar.

Nota-se que, apesar de estarmos ainda sob o domínio português, este é o primeiro documento administrativo oficial visando à proteção de um bem do patrimônio histórico brasileiro.

Em caráter mundial, os primeiros regramentos visando a este fim foram idealizados nas Convenções de Haia, em 1899 e 1907 (anteriores às duas grandes guerras), momento em que foram regulamentadas as condutas a serem tomadas em casos de guerra, oportunidade em que foram determinadas as medidas possíveis para que fossem poupados, nos campos de batalha, os monumentos históricos, salvo se utilizados para fins militares.

O mundo voltou-se novamente a discutir de forma mais abrangente a proteção do patrimônio cultural mundial apenas em outubro de 1931, ou seja, 24 anos após a última convenção em Haia.

Nessa nova Conferência, realizada em Atenas, vários países se reuniram sob o comando do Escritório Internacional de Museus, onde foram

expostos os princípios gerais, as doutrinas e as legislações existentes à época acerca da proteção dos monumentos de interesse histórico, artístico ou científico.

Cumprido destacar que neste encontro consagrou-se o direito da coletividade em relação à propriedade privada, ainda que este direito imponha limitações ao proprietário do bem, assim, rompendo com a velha dogmática do direito absoluto sobre a propriedade.

Ademais, inúmeras recomendações foram propostas pelos Estados participantes, sendo as conclusões reunidas em um documento denominado Carta de Atenas.

Em solo nacional, já como República, a primeira ação concreta de proteção ao patrimônio cultural brasileiro foi a elevação da cidade mineira de Ouro Preto à categoria de monumento nacional pelo Decreto n. 22.928, de 12 de julho de 1933.

No contexto do período modernista, em 1936, o Ministro Gustavo Capanema tomou duas atitudes: solicitou ao escritor Mário de Andrade a elaboração de um anteprojeto de lei e confiou a Rodrigo Melo Franco de Andrade a função de implantar um órgão administrativo federal de proteção ao patrimônio histórico e artístico.

Assim é que no Brasil foi criado o 'Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional' (SPHAN), precursor do atual 'Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN)', instituído pela Lei nº 378, de 13 de janeiro de 1937, que deu nova organização ao Ministério da Educação e Saúde Pública.

O Capítulo III, Seção III (Dos serviços relativos à educação), artigo 46 determinava:

Art. 46 - Fica criado o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, com a finalidade de promover, em todo o país e de modo permanente, o tombamento, a conservação, o enriquecimento e o conhecimento do patrimônio histórico e artístico nacional.

§ 1º - O Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional terá, além de outros órgãos que se tornarem necessários ao seu funcionamento, o Conselho Consultivo.

§ 2º - O Conselho Consultivo se constituirá do diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, dos diretores dos museus nacionais de coisas históricas e artísticas, e de mais dez membros, nomeados pelo Presidente da República.

§ 3º - O Museu Histórico Nacional, o Museu Nacional de Belas-Artes e outros museus nacionais de coisas históricas ou artísticas, que forem criados cooperarão nas atividades do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, pela forma que for estabelecida em regulamento.

Ato contínuo, no mesmo ano, entra em vigor no Brasil o Decreto-lei nº 25/1937, o qual organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional⁹, regramento este que ainda encontra-se em vigor, possuindo embasamento constitucional, e que será abordado quando tratarmos especificamente acerca do instituto do 'tombamento' em capítulo específico.

Outros importantes encontros e pactos internacionais foram realizados ao longo do século XX (p. ex. *Pacto Roerich*), contudo, talvez os mais importantes que ocorreram em escala mundial foram o II Congresso de Arquitetos e Técnicos de Monumentos Históricos, que culminou com a Carta de Veneza (reexame dos princípios previstos na Carta de Atenas, além de novas recomendações aos Estados); e a décima sétima sessão da Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, ocorrida em 1972.

⁹ Art. 1º Constitue o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

§1º Os bens a que se refere o presente artigo só serão considerados parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional, depois de inscritos separada ou agrupadamente num dos quatro Livros do Tombo, de que trata o art. 4º desta lei.

§2º Equiparam-se aos bens a que se refere o presente artigo e são também sujeitos a tombamento os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana.

Art. 2º A presente lei se aplica às coisas pertencentes às pessoas naturais, bem como às pessoas jurídicas de direito privado e de direito público interno.

Art. 3º Excluem-se do patrimônio histórico e artístico nacional as obras de origem estrangeira:

- 1) que pertençam às representações diplomáticas ou consulares acreditadas no país;
- 2) que adornem quaisquer veículos pertencentes a empresas estrangeiras, que façam carreira no país;
- 3) que se incluam entre os bens referidos no art. 10 da Introdução do Código Civil, e que continuem sujeitas à lei pessoal do proprietário;
- 4) que pertençam a casas de comércio de objetos históricos ou artísticos;
- 5) que sejam trazidas para exposições comemorativas, educativas ou comerciais;
- 6) que sejam importadas por empresas estrangeiras expressamente para adorno dos respectivos estabelecimentos.

Parágrafo único. As obras mencionadas nas alíneas 4 e 5 terão guia de licença para livre trânsito, fornecida pelo Serviço ao Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

Vale ressaltar que em esfera nacional também ocorreram encontros de forma a estabelecer uma agenda de proteção aos bens culturais brasileiros.

Nesse sentido, destacam-se o Compromisso de Brasília (1970), no qual ficou assentada a “ação supletiva dos Estados e dos Municípios à atuação federal no que se refere à proteção dos bens culturais de valor nacional”, entre outros; posteriormente, o Compromisso de Salvador (1971), reforçou as bases do primeiro encontro e acrescentou 24 novas recomendações que abordam a articulação da preservação com outras áreas (habitação, turismo, educação) e outras instituições (universidades e eclesiásticas), bem como questões de financiamento.

Segundo Marins (2008, p.154-155):

A partir dos encontros governamentais que geraram os chamados Compromissos de Brasília (1970) e Salvador (1971) e que consolidaram o esforço da esfera federal para que os estados repartissem a tarefa de proteger o patrimônio edificado, alcançava-se a possibilidade de proteção de numerosos bens não contemplados pelos critérios estabelecidos há décadas pelo IPHAN.

Cabia, entretanto, estabelecer um corpo de reflexões que delimitassem novos padrões, mais abrangentes do que aqueles que definiram o patrimônio considerado de interesse nacional desde a década de 1930 e, em tese, mais sensíveis às múltiplas identidades culturais e trajetórias sociais documentadas pelo patrimônio arquitetônico nos diferentes estados da federação.

Outras convenções internacionais (p. ex. Declaração de Estocolmo – 1972) e nacionais (p. ex. Carta de Petrópolis – 1987) ocorreram neste período, tendo como objeto a proteção do patrimônio cultural, servindo como base para que as Constituições brasileiras disciplinassem o tema e que, como veremos, antecederam a promulgação da Constituição Federal de 1988.

1.3 Patrimônio Cultural Brasileiro – Constituições Republicanas

À luz do ordenamento jurídico pátrio, mais especificamente em nossas Constituições, verificamos ao longo de nossa história que o próprio conceito de “patrimônio cultural” tal qual era posto evoluiu, seja pelo campo de abrangência dos

bens a serem tutelados, seja pelo ente federativo competente a zelar por sua integridade.

Insta consignar que as Constituições de 1824 (Império) e 1891 (1ª da República) nada dispuseram sobre nosso patrimônio histórico, já que protegiam a propriedade de modo absoluto e qualquer forma de amparo a esse conjunto de bens acarretaria limitação ao direito de propriedade, não obstante a proteção dada ao Palácio das Duas Torres, em Pernambuco, em 1742.

Por sua vez, apenas com o advento da Constituição Federal de 1934 houve o primeiro esboço protetivo ao patrimônio cultural brasileiro, o qual atribuiu, primeiramente, à União e aos Estados a competência concorrente em “proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte” (art. 10, III).

Importante ressaltar que já naquela época passa a se considerar que a propriedade não podia ser mais exercida contra o interesse social ou coletivo, aparecendo aqui uma limitação ao direito de propriedade de bens culturais.

Posteriormente, em pleno Estado-Novo, a Constituição Federal de 1937 estatuiu que “os monumentos históricos, artísticos ou naturais, assim como as paisagens ou os locais particularmente dotados pela Natureza, gozam de proteção e dos cuidados especiais da Nação, do Estado e dos Municípios. Os atentados contra ele cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional” (art. 134).

Podemos observar que já em 1937, o constituinte atribuiu aos Municípios também o dever de proteção do patrimônio cultural, agregando todos os entes federativos no objetivo comum de zelar por aqueles bens.

Da mesma forma, a Carta de 1946 previu que “as obras, monumentos e documentos de valor histórico e artístico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de particular beleza, ficam sob a proteção do Poder Público” (art. 175).

Por fim, já no período da Ditadura Militar, o art. 172, da CF/1967, aduzia que “o amparo à cultura é dever do Estado”, sendo complementada a assertiva no parágrafo único do mesmo artigo, o qual determinava que “Ficam sob 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”. A EC/1969 tão somente repetiu o disposto no texto constitucional anterior.

Deve-se atentar, no entanto, que as normas constitucionais até o momento elencadas tinham caráter meramente programático e conseqüentemente, delegavam para a legislação infraconstitucional a normatização dos preceitos mencionados na Carta Maior.

Nota-se também que os legisladores se atinham apenas e tão somente a bens materiais que tinham certos valores à coletividade como monumentos, obras artísticas, paisagens naturais, entre outros. Esse entendimento foi suplantado com o advento da nova Constituição (1988), a qual passa a proteger também bens de natureza imaterial, conforme passaremos a tratar.

1.4 Patrimônio Cultural Brasileiro – Constituição Federal de 1988

Inicialmente, como é sabido, a Constituição Federal de 1988 trouxe inúmeros avanços em diversos campos e na questão de proteção do patrimônio cultural brasileiro não foi diferente.

O art. 23 da Constituição de 1988 determina que é de competência comum dos entes federativos as medidas direcionadas à proteção do patrimônio cultural:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

III – proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

IV – impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

V – proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;
 VI – proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

Da mesma forma, presente no art. 24, o constituinte originário atribuiu à União, Estados e Distrito Federal a competência concorrente em legislar sobre:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

VII – proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;

VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IX – educação, cultura, ensino e desporto;

Isto quer dizer, nos termos do § 1º¹⁰ do mesmo artigo, que à União compete legislar sobre normas gerais, cabendo aos Estados e ao Distrito Federal a competência legislativa suplementar, prevista no § 2º¹¹ do citado artigo da Constituição Federal.

Aos Municípios também são atribuídas competências consoantes à proteção do patrimônio cultural, competências estas que são tanto administrativas quanto legislativas, senão vejamos:

Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

Podemos destacar de início, em consonância ao artigo acima transcrito, a competência material comum de “promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e ação fiscalizadora federal e estadual.”

Por outro lado, ao contrário da competência material que está expressa, no que se refere à competência legislativa, o Município pode legislar sobre

¹⁰ Art. 24. § 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

¹¹ Art. 24. § 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

o assunto em estudo com fundamento no “interesse local” expresso no artigo 30, incisos I e II, do texto constitucional¹², assim, podendo exercer competência concorrente ou mesmo privativa, se a matéria em discussão for exclusivamente fundada em interesse local.

Além da questão da competência, há que ser considerado o grau de interesse do bem, se nacional, regional ou local. O entendimento geral é que se um bem tem interesse nacional, o terá regional e localmente também. Todavia o inverso não seria verdadeiro.

Renovados os votos de uma República Democrática, buscando sintetizar e dar guarida aos principais anseios da população, o constituinte de 1988 dedicou também uma seção específica para tratar sobre a cultura e, por conseguinte, do patrimônio cultural brasileiro.

No Capítulo III, Seção II – Da Cultura, a CF/88 passa a disciplinar os direitos culturais, acesso às fontes da cultura nacional, assim como define quais bens constituem o patrimônio cultural brasileiro e cria o Sistema Nacional de Cultura.

Desta forma, objetivando maior proteção e atenção a ser dada pelo Poder Público, o constituinte inseriu no art. 216 os bens que constituem o patrimônio cultural brasileiro.

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:
I - as formas de expressão;

¹² Nesse sentido: FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Op. cit., p. 213; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Bens culturais e sua proteção jurídica, pp. 116-118; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Op. cit., pp. 58-59; PIRES, Maria Coeli Simões. Da proteção ao patrimônio cultural, p. 111. José Afonso da Silva assim se manifesta: “Os Municípios, como se vê do caput do art. 24, não estão contemplados nas regras de competência legislativa concorrente. Mas eles, a rigor, não estão fora inteiramente desse contexto, porque a eles é prevista competência para a proteção da cultura, como vimos acima. Ora, tendo em vista isso e mais as normas de distribuição de competência a eles no art. 30, vamos ver que lhes resta área de competência concorrente. A eles cabe legislar supletivamente à legislação federal e estadual no que couber (art. 30, II), vale dizer, naquilo em que se dá a eles a possibilidade de atuar; esse aspecto está consignado no mesmo art. 30, IX, onde se lhes dá a competência para promover a fiscalização do patrimônio histórico-cultural local, observadas a legislação e a ação fiscalizadora federais e estaduais. Aí está: se se reconhece a existência de um patrimônio cultural local, que só pode ser patrimônio cultural municipal, então é que, por essa via, se lhes outorga competência legislativa para normatizar sobre tal patrimônio”. *Ordenação constitucional da cultura*, pp 43-44.

- II - os modos de criar, fazer e viver;
- III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;
- IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;
- V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

De plano, verifica-se que o *caput* do art. 216 refere-se aos bens de natureza material e imaterial portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, estabelecendo, assim, uma relação entre esses três elementos.

No dizer de Lúcia Reiszewitz, “a identidade é assim o elemento que faz com que tenhamos raízes, estejamos vinculados a alguma coisa ou alguém. Faz das nossas ações uma manifestação que pertence a um todo, merecendo, por isso, atenção preservacionista.”¹³

A *Ação* se dá pelas realizações materiais e imateriais, consideradas individual ou realizadas pela coletividade.

Já a *Memória* pode ser entendida como a conservação de fatos, ideias, impressões e conhecimentos adquiridos¹⁴ ou ainda ações ocorridas no passado ou até mesmo de nosso presente que serão transmitidas no futuro, guardando relação entre as esferas temporais – passado/presente/futuro.

Podemos observar que o conceito constitucional de patrimônio cultural, do modo que está definido na Constituição de 1988, é bem amplo, dinâmico, aumentando o campo de incidência anteriormente previsto nas cartas passadas e legislações infraconstitucionais, as quais dispunham unicamente sobre os patrimônios *histórico* e *artístico* e, equiparadamente, os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana (art. 1º, §2º, Decreto-lei nº 25/1937).

¹³ REISEWITZ, Lúcia. Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 102.

¹⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, 1910-1989. Minidicionário da língua portuguesa / Aurélio Buarque de Holanda Ferreira; coordenação Marina Baird Ferreira, Margarida dos Anjos; equipe Elza Tavares Ferreira...[et al]. 3.ed. – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

Em razão da extensão dada ao patrimônio cultural pela Constituição de 1988, Paulo Affonso Leme Machado lhe atribui o nome de *patrimônio cultural social nacional*.¹⁵

Conforme diretriz dada pelo artigo 216, seu campo de abrangência passa a englobar também as peculiaridades de diversos fragmentos sociais pertencentes à nação, formas institucionais das relações sociais e também a interação do homem com a natureza.

Talvez o grande trunfo da atual Carta Constitucional foi ultrapassar a barreira protetiva atrelada até então somente aos bens culturais materiais. O patrimônio cultural, como definido atualmente no artigo 216, é composto tanto por bens de natureza material quanto imaterial.

Em consonância à divisão prevista no texto constitucional, subdividimos, ainda, os bens culturais materiais em: **i)** bens imóveis como os núcleos urbanos, sítios arqueológicos e paisagísticos e bens individuais; e **ii)** bens móveis como coleções arqueológicas, acervos museológicos, documentais, bibliográficos, arquivísticos, videográficos, fotográficos e cinematográficos.

Por sua vez, os bens culturais de natureza imaterial¹⁶ dizem respeito àquelas práticas e domínios da vida social que se manifestam em saberes, ofícios e modos de fazer; celebrações; formas de expressão cênicas, plásticas, musicais ou

¹⁵ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. Pág. 1097.

¹⁶ UNESCO - Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial – Paris (2003).

Artigo 2: Definições Para os fins da presente Convenção, 1. Entende-se por “patrimônio cultural imaterial” as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas - junto com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares culturais que lhes são associados - que as comunidades, os grupos e, em alguns casos, os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural. Este patrimônio cultural imaterial, que se transmite de geração em geração, é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente, de sua interação com a natureza e de sua história, gerando um sentimento de identidade e continuidade e contribuindo assim para promover o respeito à diversidade cultural e à criatividade humana. Para os fins da presente Convenção, será levado em conta apenas o patrimônio cultural imaterial que seja compatível com os instrumentos internacionais de direitos humanos existentes e com os imperativos de respeito mútuo entre comunidades, grupos e indivíduos, e do desenvolvimento sustentável. 2. O “patrimônio cultural imaterial”, conforme definido no parágrafo 1 acima, se manifesta em particular nos seguintes campos: a) tradições e expressões orais, incluindo o idioma como veículo do patrimônio cultural imaterial; b) expressões artísticas; c) práticas sociais, rituais e atos festivos; d) conhecimentos e práticas relacionados à natureza e ao universo; e) técnicas artesanais tradicionais.

lúdicas; e nos lugares (como mercados, feiras e santuários que abrigam práticas culturais coletivas).¹⁷

Insta consignar que, além das expressões humanas que se dão através dos bens materiais e imateriais, à natureza também recaem as medidas protetivas características dos patrimônios culturais, sendo objetos de direitos, salvaguardas que já eram previstas nos anos de 1930, no Decreto-lei nº 25/37¹⁸, porém, estendidas no campo constitucional atual ao não manter no texto o caráter de “notabilidade” do bem natural, assim, alcançando todos e quaisquer bens naturais.

Nesse sentido, conforme ensina Luiz Alberto David Araújo¹⁹, o patrimônio cultural envolve o meio ambiente cultural.

É que o meio ambiente natural, embora, por evidente, tenha existência autônoma, ganha significado no contexto social, na medida das projeções de valores que recebe.

Uma formação rochosa, por exemplo, uma vez objeto dessa projeção de valores, ganha significado no arcabouço das relações sociais: recebe uma classificação quanto à origem, tem sua formação localizada em determinada fase histórica e serve de referência à identidade do país. A rocha – repita-se – tinha existência em si; esses significados, no entanto, foram agregados pela projeção de valores, vale dizer, pela cultura. Desse modo, a natureza, ressignificada no contexto das relações humanas, constituiria o assim chamado meio ambiente cultural.

Sabendo que o patrimônio cultural brasileiro engloba também o meio ambiente cultural, consoante o artigo 225²⁰, cabe ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente, compreendido este em todas as suas formas.

Não é outra a interpretação de Lúcia Valle Figueiredo, que, ao comentar a Constituição Federal, diz que “o art. 216, § 1º, afirma que o Poder

¹⁷ Extraído de: <http://portal.iphan.gov.br/portal/montarPaginaSecao.do?id=10852&retorno=paginaIphan>

¹⁸ Art. 1º, § 2º. Equiparam-se aos bens a que se refere o presente artigo e são também sujeitos a tombamento os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana.

¹⁹ ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Curso de direito constitucional*. Luiz Alberto David Araújo, Vidal Serrano Nunes Júnior. – 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 529.

²⁰ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Público, com a colaboração da comunidade, protegerá o patrimônio cultural brasileiro (neste compreendido o patrimônio cultural ambiental).”²¹

Assim, observamos que a Constituição de 1988 alargou a esfera preservacionista, alcançando desde bens culturais materiais até bens culturais imateriais, formas de expressão humana, passadas de gerações a gerações, impregnada de valores e que confere à determinada coletividade identidade.

Para tanto, como forma de efetivação, em seu §1º, o art. 216 determina que o Poder Público, com a colaboração da comunidade²² promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, mediante instrumentos de efetivação da proteção.

O texto constitucional menciona cinco instrumentos²³ para a divulgação e proteção do patrimônio cultural brasileiro, quais sejam, os inventários, os registros, a vigilância, a utilização da desapropriação e, nosso objeto de estudo, o tombamento.

Verifica-se, também, que não exclui outros meios, deixando, portanto, ao legislador, à Administração Pública e à comunidade a possibilidade de criar outras formas de “acautelamento” e “preservação”.

Portanto, tendo como base o conceito de *patrimônio cultural brasileiro* e como está previsto no texto constitucional, passaremos a tratar de um dos instrumentos constitucionais de proteção mencionados – o tombamento.

²¹ “Discriminação constitucional das competências ambientais”, *Revista de Direito Ambiental* 35/39-55, Ano 0, julho-setembro/2004.

²² No art. 225 da CF, de forma semelhante, atribuiu tanto ao Poder Público quanto à coletividade o dever de defesa e preservação do meio ambiente.

²³ Art. 216. § 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

II DO TOMBAMENTO

2.1 Conceito

Tombamento é a inscrição de determinado bem (móvel ou imóvel) em um dos Livros do Tombo. Esse conceito vem do Direito Português, em que o verbo *tombar* significa registrar, inventariar ou inscrever bens do Reino, guardados na Torre do Tombo, local em que por séculos guardou os arquivos do estado lusitano.

Insta consignar que não se utiliza na legislação portuguesa o instituto jurídico do “tombamento” tal qual o utilizamos aqui no Brasil, sendo a proteção legal dos bens culturais lá chamada de “classificação e inventariação”.

Segundo CRETELLA (1973):

Se *tombar* é inscrever, registrar, inventariar, cadastrar, *tombamento* é a operação material da inscrição de bem, móvel ou imóvel, no livro público respectivo. *Tombamento* é também o ato administrativo que concretiza a determinação do poder público, no livro do tomo. "Tombo é o inventário autêntico dos bens, e terras de alguém com suas confrontações, rendas, direitos, encargos, demarcações."

O instituto do tombamento tal qual o conhecemos atualmente foi inserido em nosso ordenamento jurídico mediante o Decreto-lei nº 25, de 30 de Novembro de 1937, o qual organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, possuindo também embasamento constitucional no § 1º do art. 216.

O mencionado diploma legal determina o que constituía àquela época o *patrimônio cultural brasileiro* – como já assentamos, esse *patrimônio* foi estendido com o advento da Constituição Federal de 1988.

Art. 1º Constitue o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

Isto posto, diante desta afirmação trazida pelo dispositivo legal, é possível perceber que há necessidade de se tombarem o bem móvel ou imóvel que traz consigo o valor do patrimônio histórico e artístico nacional, eis que constitui a riqueza de uma sociedade.

Conforme dispõe o §1º, do art. 1º, do referido decreto, os bens passíveis de serem tombados somente serão considerados parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional, depois de inscritos separadamente ou agrupadamente num dos quatro Livros do Tombo, de que trata o 4º do mesmo diploma legal.²⁴

Importante destacar que os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados da natureza ou agenciados pela indústria humana, equiparam-se aos bens mencionados no *caput* do art. 1º, sendo também sujeitos ao tombamento.

Vale lembrar que, para fins de tombamento, a caracterização de “notável” para os bens naturais foi totalmente superada com a promulgação da Constituição de 1988, momento em que foi excluída essa determinação e estendido a todo e qualquer sítio de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.²⁵

Com relação a sua conceituação, Hely Lopes Meirelles dizia que “Tombamento é a declaração pelo Poder Público do valor histórico, artístico,

²⁴ Art. 4º. O Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional possuirá quatro Livros do Tombo, nos quais serão inscritas as obras a que se refere o art. 1º desta lei, a saber:

1) no Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico, as coisas pertencentes às categorias de arte arqueológica, etnográfica, ameríndia e popular, e bem assim as mencionadas no § 2º do citado art. 1º.
 2) no Livro do Tombo Histórico, as coisas de interesse histórico e as obras de arte histórica;
 3) no Livro do Tombo das Belas Artes, as coisas de arte erudita, nacional ou estrangeira;
 4) no Livro do Tombo das Artes Aplicadas, as obras que se incluírem na categoria das artes aplicadas, nacionais ou estrangeiras.

²⁵ Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: (...)

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

paisagístico, turístico, cultural e científico de coisas ou locais que, por essa razão, devam ser preservados, de acordo com a inscrição em livro próprio.”²⁶

De acordo com Lúcia Valle Figueiredo²⁷:

Tombamento, de maneira singela, é o ato administrativo constitutivo por meio do qual a Administração Pública, ao reconhecer, à luz de manifestações técnicas, que determinado bem se enquadra nos pressupostos constitucionais e legais e, no confronto do caso concreto com os valores resguardados pela Constituição, verifica a necessidade de conservá-lo e determina sua preservação, com a conseqüente inclusão no Livro do Tombo.

Diógenes Gasparini²⁸, por sua vez, concebe o tombamento como fato e como ato administrativo:

A palavra tombamento pode ser tomada como fato ou como ato administrativo. Como fato, é a operação material de registro do bem no Livro do Tombo correspondente, levado a efeito pelo agente público responsável. Como ato, é restrição imposta pelo estado ao direito de propriedade, com a finalidade de conservá-la em razão do valor artístico, paisagístico, arqueológico, etnográfico ou bibliográfico que representa para a coletividade.

No entendimento do Professor Paulo Affonso Leme Machado²⁹:

O tombamento é uma forma de implementar a função social da propriedade, protegendo e conservando o patrimônio privado ou público através da ação dos poderes públicos, tendo em vista seus aspectos históricos, artísticos, naturais, paisagísticos e outros relacionados à cultura, para a fruição das presentes e futuras gerações.

Assim delineado, o instituto do tombamento pode ser compreendido como uma das formas do Poder Público condicionar a propriedade privada para que ela, assim, atenda à sua função social, uma vez que a utilização da propriedade pelo titular do direito está adstrita a temperamentos voltados para o interesse público, qual seja, a promoção e proteção do patrimônio cultural brasileiro, nos termos do artigo 216, da Constituição Federal.

²⁶ *Direito administrativo brasileiro*, p. 543

²⁷ *Curso de direito administrativo*, p.296.

²⁸ GASPARINI, Diogenes. Tombamento II. In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 74. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 213

²⁹ *Direito ambiental brasileiro*, p. 1114.

Nesse sentido, leciona Paulo Affonso Leme Machado³⁰:

Conceituo *tombamento* como um regime jurídico que, implementando a função social da propriedade, protege e conserva o patrimônio cultural privado ou público brasileiro, através da ação dos poderes públicos e da comunidade, tendo em vista, entre outros, seus aspectos históricos, artísticos, arqueológicos, naturais e paisagísticos, para fruição das presentes e futuras gerações.

De acordo com Heraldo Garcia Vitta³¹, “embora no tombamento a exclusividade, um dos atributos da propriedade, seja comprometida ante a utilização do bem pela coletividade, justamente neste ponto reside a nobre função social da propriedade: continua sendo proprietário o particular (ou o próprio Poder Público); apenas sua utilização passa a ter certos temperamentos, voltados para o bem-estar da coletividade.”

A função social da propriedade desponta na Constituição Federal de 1988 como princípio constitucional³² norteador do direito do particular em usufruir da coisa, assertiva esta corroborada no Código Civil de 2002, art. 1228, §1º, o qual dispõe que “*O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o **patrimônio histórico e artístico**, bem como evitada a poluição do ar e das águas.*”

Em decorrência do tombamento, os poderes ao titular do bem afetado ficam parcialmente elididos, uma vez que poderá usar e gozar do bem, mas não alterá-lo, para não desfigurar o valor que se quer nele resguardar, além de ficar constituído no dever de mantê-lo em boa conservação.³³

Tal assertiva merece destaque quando analisamos que as limitações ao direito de propriedade não se restringem tão somente ao particular do bem tombado, proteção total ou parcial do bem, dado que o entorno do bem considerado

³⁰ *Direito ambiental brasileiro*, p. 1116.

³¹ *Tombamento: Uma Análise Crítica*. In Revista do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, vol. 64, p. 65.

³² CF/88. Art. 5º, XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; (...)

³³ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 911.

patrimônio histórico e artístico também sofrerá restrições³⁴ para que o valor nele contido possa ser apreciado e acessível a toda sociedade.

Em consonância aos ensinamentos de Paulo Affonso Leme Machado, procurou-se proteger a visibilidade da coisa tombada, seja monumento histórico, artístico ou natural. O monumento ensina pela presença e deve poder transmitir uma fruição estética mesmo ao longe. Não só o impedimento total da visibilidade está vedado, como a dificuldade ou impedimento parcial de se ver o bem protegido. Ainda, segundo o autor, a lei somente resguarda a visão, “podendo a vizinhança deixar de apresentar homogeneidade com a coisa a ser alterada de modo prejudicial”.³⁵

Por outro lado, Hely Lopes Meirelles já dava interpretação diversa:

O conceito de redução de visibilidade, para fins da lei de tombamento, é amplo, abrangendo não só a tirada da vista da coisa tombada como a modificação do ambiente ou da paisagem adjacente, a diferença de estilo arquitetônico e tudo o mais que contraste ou afronte a harmonia do conjunto, tirando o valor histórico ou a beleza original da obra ou do sítio protegido.³⁶

A saber, o tombamento, então, consiste em um ato administrativo³⁷, revestido de todas as formalidades próprias, pelo qual o Poder Público (Administração Pública)³⁸ declara o valor cultural de coisas móveis e imóveis,

³⁴ Art. 18. Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso a multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto.

³⁵ *Direito ambiental brasileiro*, p. 1118.

³⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 546.

³⁷ *Na realidade prática, o instituto do tombamento apresenta-se como um todo, no qual se observam os seguintes traços: 1) a Administração, sujeito ativo do procedimento; 2) o particular, proprietário do bem, sujeito passivo da iniciativa do Estado; 3) o bem a ser tombado, objeto, móvel' ou imóvel, de valor histórico, estético, etnográfico, paisagístico, arqueológico; 4) texto de lei, emanado do legislativo, possibilitando a restrição, e enumerando os bens que devem ser preservados; 5) o livro do registro ou tomo; 6) a operação material da inscrição, consistente no registro e inventário pormenorizado do bem tombado; 7) parecer, opinião, ou juízo de valor de órgão competente, em geral, colegiado, que aponta, define e descreve o bem, objeto da proteção do poder público; 8) o processo ou rito do tombamento, conjunto de operações, determinadas pela Administração, cuja finalidade é colocar o bem privado sob a custódia do Estado. (J. Cretella Júnior. *Do Tombamento no Direito Brasileiro*. 1973, p. 83).*

³⁸ (...) *Frisou-se, ainda, que o tombamento é constituído por ato do Poder Executivo que, observada a legislação pertinente, estabelece o alcance da limitação ao direito de propriedade, ato emanado do Poder Legislativo não podendo alterar essas restrições. Dessa forma, afirmou-se que o ato do Poder Legislativo que efetiva o tombamento e, de igual modo, o que pretende alterar as condições de tombamento regularmente instituído pelo Poder Executivo, é inconstitucional, por agredir o princípio da harmonia entre os Poderes.*

inscrevendo-as no respectivo Livro do Tombo e, ao mesmo tempo, sujeitando-as a um regime especial que impõe limitações (deveres negativos de não fazer ou de fazer apenas com permissão da autoridade) ao exercício de propriedade (poder de usar, fruir e dispor) – incidente também aos imóveis vizinhos –, realizando sua função social, com a finalidade de preservá-las.

O tombamento, sendo ato administrativo, é precedido de um procedimento, oportunidade em que são feitos os estudos acerca de seu valor histórico, cultural, artístico, turístico ou paisagístico, sendo concedido o direito ao contraditório ao proprietário.

Como já tratado, o tombamento pode recair sobre bens públicos e particulares³⁹, recaindo sobre a totalidade do bem ou parte dele (nos casos de imóveis). Com relação ao tombamento de bens públicos, este pode incidir sobre bens de qualquer um dos entes federativos, o que será feito de ofício, por ordem do diretor do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, devendo aquele notificar a entidade a quem pertencer o bem, ou sob cuja guarda estiver a coisa tombada, a fim de produzir os necessários efeitos (art.5º, Decreto-lei nº 25/37).

De outro modo, o tombamento de coisa pertencente à pessoa natural ou à pessoa jurídica de direito privado poderá ser: i) voluntária⁴⁰ (ou espontânea) – por iniciativa do proprietário do bem ou por anuência à notificação que lhe dá ciência do procedimento do poder público; ou ii) compulsória⁴¹ – quando o proprietário se recusar a anuir à inscrição da coisa após notificação, garantido àquele impugnar a decisão (art. 9º, Decreto-lei nº 25/37).

(ADI 1706/DF, rel. Min. Eros Grau, 9.4.2008) – STF. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo501.htm#ADI> e Administração de Quadras Residenciais > Acesso em 15/01/2015.

³⁹ Art. 2º. A presente lei se aplica às coisas pertencentes às pessoas naturais, bem como às pessoas jurídicas de direito privado e de direito público interno.

⁴⁰ Art. 7º. Proceder-se-á ao tombamento voluntário sempre que o proprietário o pedir e a coisa se revestir dos requisitos necessários para constituir parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional, a juízo do Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ou sempre que o mesmo proprietário anuir, por escrito, à notificação, que se lhe fizer, para a inscrição da coisa em qualquer dos Livros do Tombo.

⁴¹ Art. 8º Proceder-se-á ao tombamento compulsório quando o proprietário se recusar a anuir à inscrição da coisa.

Cumprido ressaltar que o proprietário continuará sendo detentor do direito à propriedade, contudo deverá observar algumas nuances estabelecidas por essa intervenção estatal, ou seja, o particular deverá observar as regras estabelecidas pela lei do Tombamento antes de tomar qualquer tipo de atitude em relação ao bem. Exemplo: *As coisas tombadas não poderão, em caso nenhum ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de cinquenta por cento do dano causado* (art.17, Decreto-lei nº 24/37).

Dessa forma, após o registro do tombamento no Ofício de Registro de Imóveis respectivo, surgem os seguintes efeitos⁴²: a) Proíbe-se que o titular do direito real de uso ou proprietário, destrua ou mutile o bem tombado; b) Somente após autorização do Poder Público, que o proprietário ou titular do direito real de uso poderá pintar, reformar ou realizar qualquer obra no bem objeto do tombamento; c) Caberá ao proprietário ou titular do direito real de uso conservar às suas expensas bem de acordo com as características culturais. Caso não tenha recursos, deverá informar ao Poder Público que tombou, para que o conserve as suas custas; d) Permite-se que o Poder Público inicie obras no bem sem prévio conhecimento e autorização do proprietário ou do titular do direito real de uso; e) Tem o Poder Público o direito de preferência nas hipóteses de alienação do bem; f) Permite-se que o bem tombado seja objeto de penhor, anticrese ou hipoteca; g) Inexiste a obrigatoriedade de indenizar ao proprietário nas hipóteses de tombamento.

De igual proteção revestem-se também os bens em processo de tombamento, aos quais certas limitações ao direito de propriedade também são impostas.

⁴² ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 16.ed. Rio de Janeiro: Método, 2008.

2.2 Natureza Jurídica

A natureza jurídica do tombamento não é matéria pacífica dentro do estudo do Direito Administrativo, existindo três correntes bem delineadas defendidas por grandes doutrinadores.

A primeira corrente de juristas, entre os quais figuram José Cretella Júnior, Themístocles Brandão Cavalcanti e Sonia Rabello de Castro defende que a natureza jurídica do tombamento é de limitação administrativa.

Segundo o Professor Hely Lopes Meirelles⁴³, limitação administrativa pode ser compreendida como “toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social”, assim, uma forma de intervenção do Estado de ordem restritiva na propriedade.

Em síntese apartada, na limitação administrativa o Poder Público edita normas gerais condicionando o uso da propriedade para atingir o bem-estar social, não incidindo sobre um determinado bem em específico, porém enquadrando a todos os particulares que se encontrarem na mesma situação de fato e de direito.

Para os doutrinadores defensores dessa corrente, o tombamento consiste em uma das manifestações do Poder de Polícia do Estado⁴⁴ e sujeita à restrição os bens tombados para proteção do patrimônio histórico e artístico do país.

A crítica a essa corrente está no fato de que o tombamento, conforme visto, é ato administrativo pautado na reserva da administração, logo não pode ser instituído pelo Poder Legislativo, caso assim o fosse, não seria possível defesa (impugnação) pelo particular.

⁴³ *Direito Administrativo Brasileiro*, pg. 539.

⁴⁴ *O fundamento jurídico do tombamento está no poder de polícia do Estado. Somente o poder de polícia — a necessidade da proteção dos bens históricos e artísticos — justifica tais limitações.* (J. Cretella Júnior. *Do Tombamento no Direito Brasileiro*. 1973, pág. 85)

Outrossim, a limitação administrativa é genérica e abstrata, ou seja: é direcionada a uma coletividade de pessoas que se encontrem na mesma situação fática; por sua vez, o tombamento deve ser instituto sobre um determinado bem (individualizado) que atende aos anseios no sentido de se preservar o patrimônio histórico-cultural. Logo, a conclusão que se chega é que essa corrente não é a mais acertada.

Dando prosseguimento ao estudo, a segunda corrente, que outrora era defendida pelo Professor Celso Antônio Bandeira de Mello (entendimento alterado)⁴⁵, entende que o tombamento possui natureza jurídica de servidão administrativa, visto que incide sobre imóvel determinado, causando a seu proprietário ônus maior do que aos demais membros da coletividade.

A servidão administrativa é uma forma de intervenção do Estado na propriedade privada de caráter restritivo, a qual consiste em direito real de gozo, de natureza pública, instituído sobre imóvel de propriedade alheia, com base em lei, por entidade pública ou por seus delegados, em favor de um serviço ou de um bem afetado a fim de utilidade pública.

Para Adilson de Abreu Dallari⁴⁶ “o tombamento configura verdadeira servidão administrativa, na medida em que o Poder Público absorve uma qualidade ou um valor já existente no bem tombado, para desfrute ou proveito da coletividade.”

Diante de todo o exposto, também é possível tecer algumas críticas a essa corrente no sentido de que: i) muito embora a servidão administrativa se assemelhe ao tombamento no sentido de ser uma forma de intervenção restritiva do Estado na propriedade privada onde recai sobre determinado bem específico diante do interesse público estatal, não poder ser considerada como natureza jurídica do tombamento, uma vez que neste instituto não há a relação de coisa serviente e coisa dominante; iii) o tombamento não pode ser instituído por lei, advém de um ato

⁴⁵ Até a 26ª edição deste Curso exprimimos o entendimento de que o tombamento era modalidade de servidão administrativa. Estávamos errados. Convenceu-nos disso a argumentação da administrativista Adriana Zandonade, em tese de doutoramento que estava sob nossa orientação. *Curso de Direito Administrativo*, 27ª ed., p. 911.

⁴⁶ *Tombamento*, pg. 13.

da Administração Pública, enquanto a servidão, em determinadas hipóteses seria possível; iii) o tombamento não exige do proprietário um agir, mas, sim, um suportar, devendo conservar o bem; iv) o tombamento recai sobre bens imóveis e móveis, ao passo que a servidão recai somente sobre bens imóveis.

Por fim, a terceira corrente defendida pelo professor José Santos Carvalho Filho, ao nosso entender, é mais coerente. Entende o doutrinador que a natureza jurídica do tombamento é simplesmente de tombamento, ou seja, única.

Não há que se falar em limitação ou servidão administrativa, pois esses institutos se assemelham, mas não podem, em razão de suas similitudes servirem de natureza jurídica do instituto.⁴⁷

Nesse mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, mencionando que a doutrina não é uniforme com relação à natureza jurídica do tombamento, prefere considerar o tombamento uma “categoria própria”, pois não se enquadra “nem como simples limitação administrativa, nem como servidão”:

O tombamento tem em comum com a limitação administrativa o fato de ser imposto em benefício de interesse público; porém dela difere por individualizar o imóvel. Comparado com a servidão, o tombamento a ela se assemelha pelo fato de individualizar o bem; porém dela difere porque falta a coisa dominante, essencial para caracterizar qualquer tipo de servidão, seja de direito público ou privado.⁴⁸

O doutor Édis Milaré acompanha esse entendimento, qualificando o tombamento “como meio de intervenção do Estado consistente na restrição do uso de propriedades determinadas.”⁴⁹ Esse, também, o posicionamento de Marçal Justen Filho: “O tombamento é um regime jurídico diferenciado, o que significa a existência de regras diferenciadas daquelas normalmente aplicáveis à propriedade privada.”⁵⁰

⁴⁷ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 682.

⁴⁸ Op. cit., p. 142.

⁴⁹ Op. cit., p. 278.

⁵⁰ *Curso de direito administrativo*, p. 412.

Como mencionado, não há um consenso entre os doutrinadores a respeito de sua natureza jurídica, visto que ora apresenta características peculiares de servidão administrativa ora carrega aspectos das limitações administrativas.

Nesse sentido, seguimos a linha de Maria Cristina Biazão Manzato para a qual não podemos com segurança dizer que o tombamento é uma limitação administrativa ou uma servidão. Ele possui um regime jurídico próprio que ora se assemelha à limitação ora, à servidão, conforme o caso concreto se apresenta, em face das restrições ao direito de propriedade.⁵¹

2.3 Indenização

Ponto que também merece destaque neste estudo é a questão da possibilidade de indenização ao proprietário que tem seu bem tombado, principalmente, para aqueles que são possuidores de bens imóveis em solo urbano (tema principal deste estudo).

Como já tratamos anteriormente,⁵¹ o tombamento impõe ao proprietário certas restrições que afetam o pleno exercício de seu direito de propriedade.

Nesse diapasão, o tema ganha relevância tendo em vista que, na prática, a conservação dos bens culturais decorre mais de aspectos financeiros do que da própria consciência de preservação do proprietário.

Esse sentimento fora revelado pelo Procurador Geral da República, Gabriel de Rezende Passos, no famoso caso “Arco do Teles” (1942), tendo então assim se manifestado:

A defesa dos nossos monumentos históricos e artísticos é um dever de todos, inclusive dos particulares e – por estranho que isso pareça aos apelantes – é dever também dos proprietários de tais de tais monumentos.

(...) Ao invés de atentar contra a propriedade, o que o “Serviço” faz é justamente proteger a propriedade, a saber, protege a propriedade de valor histórico ou artístico contra – singularidade! – contra o proprietário

⁵¹ MANZATO, Maria Cristina Biazão. *Transferência do Direito de Construir como uma das Formas de Indenização do Tombamento*. Tese de Mestrado em Direito Urbanístico. PUC/SP – 2007.

ignorante ou ganancioso. E a protege visando a utilidade comum, que se reflete na conservação dos monumentos, que possam servir de marcos de nossa evolução cultural, ou assinaladores de fatos de nossa história.⁵²(sic)

Não destoava desse entendimento Paulo Affonso Leme Machado, para o qual:

O tombamento não é um castigo, mas um prêmio para quem incorpora a noção de sociabilidade e do caminhar da História. Eterniza no tempo uma efêmera passagem pela terra. Dessa forma, o proprietário passa ter interesse na conservação do bem tombado. O interesse não é só da sociedade e do Poder Público. O proprietário, sabendo conservar ou tendo possibilidade financeira de fazê-lo, ganhará com a classificação oficial do bem que lhe pertence.

No entanto, a indenização surge como forma de distribuir equitativamente o ônus da restrição ao direito de um determinado proprietário diante da conservação de um bem histórico em benefício de toda a coletividade. Dessa forma, cabendo a todos igualmente repartir o prejuízo suportado pelo particular.

Heraldo Garcia Vitta⁵³ afirma que:

O que justifica a indenizabilidade no tombamento é o princípio da igualdade ou a impossibilidade de alguns suportarem prejuízos econômicos, em benefício de todos, da coletividade. É o princípio da distribuição das cargas públicas, segundo o qual todos devem arcar os benefícios da sociedade, sendo vedado a alguns fazê-lo em benefício dos demais integrantes da comunidade.

De acordo com o Professor Hely Lopes Meirelles⁵⁴:

Ao determinar o tombamento, o Poder Público pode impor restrições à utilização ou conservação do bem, mas se elas chegarem a constituir interdição do uso da propriedade, ainda que de forma indireta, a coisa tombada deverá ser desapropriada. O tombamento de uma obra de arte, que permita ao seu dono continuar no seu desfrute, não acarretará indenização, assim como o tombamento de uma igreja, que continue a ser utilizada para culto dos fiéis. Mas o tombamento de um terreno urbano, em que fique interditada a construção ou de um imóvel rural, em que fique proibida a atividade agrícola ou pastoril, obriga, necessariamente a indenização. (...) tombamento não é confisco. O tombamento só dispensa indenização quando não impede a utilização do bem segundo a sua destinação natural, nem acarreta seu

⁵² RT 147:788.

⁵³ *Tombamento: uma análise crítica*, p. 172.

⁵⁴ Tombamento. In *Estudos e Pareceres de Direito Público*, vol. 10, p. 367.

esvaziamento econômico. Esse é o princípio básico, de que têm se esquecido nossas autoridades encarregadas da preservação do patrimônio histórico e paisagístico ao determinar o tombamento de bens individuais, sem desapropriação, punindo exatamente o cidadão que se obstinou em preservar, quando todos a sua volta obtinham as vantagens econômicas da modernização.

Como tudo em Direito, há divergências quanto à obrigatoriedade da indenização estatal ao particular. Em um extremo encontramos doutrinadores que afastam a ideia de retribuição pecuniária ao particular, em face do conteúdo social do direito de propriedade, deverão incidir outros meios de reparação (isenções, incentivos fiscais, instrumentos jurídicos previstos no Estatuto das Cidades, entre outros) que não indenização.

No outro extremo, encontram-se aqueles que sustentam que o tombamento deve ser sempre indenizado. Para esses autores, a partir do momento em que o tombamento recai sobre o bem e produz seus efeitos de abstenção de certos atos, restrição de direitos, ao estado cabe indenizar.

Por sua vez, há uma linha intermediária de autores que entendem que a indenização deve ser definida em face do alcance do tombamento, em outras palavras, se o instituto recai sobre determinado imóvel, específico dentre tantos outros, e havendo o esvaziamento econômico do bem, deverá ser indenizado o proprietário. Por outro lado, caso o tombamento for geral, é dizer, ainda que individualizado cada imóvel, se o tombamento recair sobre um agrupamento de propriedades (ex. bairro), o proprietário não fará jus à indenização.

Aduz Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁵ que:

Como regra, o tombamento exige uma indenização ao particular cujo bem seja desse modo afetado. Sem embargo, quando abrange toda uma cidade ou quase toda, como ocorreu com Parati ou Ouro Preto, os imóveis não se desvalorizam e o tratamento a que se sujeitam os administrados é uniforme, inexistindo razão para que sejam indenizados, até porque, em muitos casos, ocorrerá valorização dos imóveis atingidos. Pelo contrário, na esmagadora maioria dos casos de tombamento pelo Patrimônio Histórico, quando são atingidos algum ou alguns especificados bens há uma individualização do bem objeto de ato imperativo da Administração, que traz consigo um prejuízo econômico

⁵⁵ *Curso de Direito Administrativo*, p. 912.

manifesto para o proprietário e, assim sendo, é de rigor que este seja indenizado.

Leciona Paulo Affonso Leme Machado⁵⁶:

A Administração Pública tem o direito de escolher o bem a ser tombado, mas nesse caso passa a ter o dever de indenizar, pois a limitação passou a ser singular, e não geral.

O direito à indenização não é regra, mas é admissível quando a inscrição do bem no Livro do Tombo efetivamente acarretar prejuízos ao titular do direito, reduzir seu valor econômico ou inutilizá-lo.

A jurisprudência já se manifestou no sentido de ser indevida a indenização caso não reste caracterizada a desvalorização do bem, consoante se verifica da ementa transcrita:

DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA - Aposseamento administrativo – Tombamento que não descaracterizou a utilização econômica do bem pelo particular – Normalidade da fruição racional da gleba atingida – Pressuposto indenizatório inexistente – Demanda improcedente - Sucumbência do autor - Recurso improvido.
(TJSP - Apelação Cível n. 137.639-5/9 - Guarujá - 7ª Câmara de Direito Público - Relator: Jovino de Sylos - 31.03.03 - M.V.)

Na mesma esteira, outro julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, tem a seguinte ementa:

DESAPROPRIAÇÃO - Indireta - Inexistência de turbação administrativa ou qualquer lesão ao direito dominial - Imóvel permanece nas condições que se encontrava antes do tombamento - Resolução n. 40/85, apenas, formalizou as restrições decorrentes de legislação sobre uso e propriedade – indenização indevida - Recursos providos.
(TJSP - Apelação Cível n. 22.499-5 – Santos - 8ª Câmara de Direito Público - Relator: Walter Theodósio - 02.04.97 - V.U.)

Como anotado, tem-se na doutrina correntes favoráveis à indenização e correntes contrárias. O que atualmente se adota é que havendo a depreciação econômica do bem ou a subtração de sua real utilidade, nesse sentido, justo será a reparação indenizatória ao particular.

⁵⁶ *Ação Civil Pública: ambiente, consumidor, patrimônio cultural: tombamento* -- São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, cit. p. 95-97.

Esse foi o entendimento do então Ministro Celso de Mello no caso da desapropriação da Casa Modernista (AI 127174), o qual entendeu que havendo esvaziamento do conteúdo patrimonial, é necessário que o Poder Público indenize seu proprietário.

Nesse mesmo sentido, assentou entendimento o também então Ministro Joaquim Barbosa (Ag. Reg. REExt. 361.127/SP):

Como se sabe, a construção doutrinária por trás do conceito de desapropriação indireta destaca o caráter especial, individualizado, do prejuízo sofrido com o tombamento. Não é qualquer tombamento que dá origem ao dever de indenizar: é preciso demonstrar que o proprietário sofre um dano especial, peculiar, no direito de propriedade. Em um exemplo que se extrai da jurisprudência desta Corte, se toda uma rua ou se todo um bairro é alvo de tombamento, fica muito difícil para o proprietário de um dos imóveis alegar o prejuízo necessário para a configuração da desapropriação indireta. Foi a situação fática tratada, por exemplo, no RE 121.140, rel. min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 23.08.2002, no qual se discutiu o tombamento do bairro de Cosme Velho e de parte do bairro das Laranjeiras, na cidade do Rio de Janeiro.

Ainda, segundo o entendimento de Lúcia Valle Figueiredo, a discussão acerca da indenização está adstrita à natureza do tombamento, devendo ser analisada no caso concreto, conforme três hipóteses que apresenta: a) se a propriedade ficar totalmente aniquilada, configura-se autêntico caso de “desapropriação indireta”, que se resolve com a indenização correspondente; b) se o bem tombado ficar com sua utilização apenas parcialmente reduzida, situação em que o Poder Público deverá indenizar o proprietário na proporção do dano e estará configurada uma verdadeira servidão administrativa, ou nas palavras da autora, “de regime jurídico em tudo assemelhado à servidão administrativa”; c) se nenhum prejuízo ocorre ao proprietário pelo tombamento, como por exemplo, o tombamento geral que atinge toda uma cidade, como nos casos de Olinda, Ouro Preto, Diamantina, dentre outros, nada haverá a indenizar, concluindo, ainda, pela figura assemelhada à servidão administrativa, porém não indenizável, por ausência de prejuízo.⁵⁷

Verifica-se que o assunto é muito delicado, ainda mais quando envolve possíveis perdas pelos proprietários de imóveis urbanos tombados que, ao verem

⁵⁷ *Disciplina urbanística da propriedade*, p. 62-63.

seus direitos de propriedade limitados, em especial, o de alienação – tão cobiçado pelas grandes incorporadoras e construtoras – buscam o auxílio do Poder Judiciário objetivando o ressarcimento ante aos possíveis danos econômicos que deverão suportar.

Devemos reforçar que para efeito de indenização o prejuízo deverá ser real e concreto, quantificado à época do procedimento do tombamento, não podendo ser considerado dano futuro ou hipotético (expectativa de ganho), caso o fosse, recairíamos em flagrante especulação imobiliária, o que incorreria em danos ao Poder Público e à coletividade.

Portanto, sob esse enfoque econômico e meios de amortização das perdas, a alienação do direito de construir não utilizado ou o direito de construir em outro local, a isenção de impostos, são também outras formas de compensação outorgadas pelo Poder Público⁵⁸, razão pela qual passaremos a tratar acerca do instrumento da transferência do direito de construir como meio viabilizador do tombamento.

⁵⁸ *Direito Ambiental Brasileiro*, p. 1146.

III DA TRANSFERÊNCIA DO DIREITO DE CONSTRUIR

Esse instituto surgiu como forma de compensação ao proprietário do bem imóvel que, diante do interesse público, ficou impedido de exercer em plenitude o direito de construir naquele terreno e, em hipóteses expressamente previstas em lei, possibilitando àquele transferir seu direito para outro imóvel de sua propriedade ou alienar a terceiros.

A alienação e a transferência do direito de construir se relacionam à ideia de solo criado, segundo o qual é a possibilidade de criação de área horizontal, mediante edificação sobre ou sob o solo natural, acima de um certo coeficiente único de aproveitamento, quase sempre igual a um, conforme Diógenes Gasparini, citando Eros Roberto Grau.⁵⁹

Considerando-se que o coeficiente de aproveitamento (relação entre a área edificável e a área do terreno) é, por exemplo, um, o proprietário pode construir uma área equivalente à área do terreno. A partir desse coeficiente básico, qualquer edificação acima ou abaixo da superfície caracteriza-se, potencialmente, como solo criado pertencente ao Município, que poderá dar a tal direito o destino que melhor satisfaça o interesse público, como nos ensina Diógenes Gasparini.⁶⁰

O estudo de tal hipótese legal nos interessa quando abrange os imóveis tombados.

Nesse sentido, a transferência do direito de construir apresenta uma dupla função, servindo tanto como forma de indenização indireta do Poder Público àquele particular, limitado em seu direito de propriedade, quanto como meio viabilizador do tombamento, possibilitando a preservação do patrimônio histórico.

⁵⁹ *O estatuto da cidade*. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, 2002, p. 169.

⁶⁰ *Idem*, p. 169.

3.1 Origem

A origem do instituto da transferência do direito de construir como o conhecemos surgiu em Chicago. Com o nome de *Space Adrift* (“Espaço Flutuante”), o instituto visava à intensificação da proteção do patrimônio histórico, conferindo aos proprietários que tiveram seus imóveis definidos pelo Poder Público de interesse histórico autorização para alienar o direito de construir para aquele terreno. Assim, a transferência do direito de construir desse terreno a outro permitiria a este último majorar a área a ser construída que anteriormente não seria possível.

O “Plano de Chicago”, como ficou conhecido, foi apresentado e introduzido em solo nacional por John Costonis que, presente no Seminário “O Solo Criado”, realizado em São Paulo e promovido pelo Centro de Pesquisas da Administração Municipal – CEPAM (transformado na Fundação Prefeito Faria Lima), discutiu e apresentou o instituto do “solo criado”, algo bastante inovador para aquela época.

Com a modernização dos grandes centros e a concentração populacional nas urbes, o solo criado deu-se em razão do avanço da engenharia civil, permitindo a construção de edifícios e conseqüentemente da criação de “solos” superpostos, assim, criados os “solos” artificiais ou virtuais.

Objetivando encontrar um meio termo entre o interesse dos proprietários de bens tombados, limitados em seu direito de propriedade, e a utilização do potencial construtivo desses imóveis, surge, então, o termo “solo criado”. Assim, “a idéia do SOLO CRIADO, que nós chamamos de transferência dos direitos de construção, foi idealizada para tratar com justiça dos interesses dos proprietários dos terrenos dos governos municipais e do interesse público na preservação do patrimônio da comunidade.”⁶¹

Nas palavras de John Costonis⁶²:

⁶¹ *O solo criado/Carta do Embu*, pp. 80-82.

⁶² *Ibid.*, p. 83

O valor de uma propriedade imobiliária é, em grande parte, devido ao direito de nela construir. Mas se o edifício for tombado como monumento histórico, esse direito é perdido (...). Talvez, se reformulássemos o nosso conceito de propriedade, fosse possível enfrentar esse conflito aparentemente sem solução hoje em dia. Imaginemos que o prédio na frente desta fotografia é um marco histórico, com direito de construção não utilizado, representado em verde. Imaginemos que, quando este edifício fosse tombado como monumento histórico, permitíssemos a transferência dos direitos de construir no local para o terreno adjacente, concedendo, assim, que o terreno contíguo possa acumular a densidade a que teria direito o primeiro terreno. O pagamento que o dono do monumento histórico iria receber por esses direitos transferidos representaria uma compensação adequada. O construtor que compra esses direitos estaria comprando um bem com determinado valor. Os custos para a cidade seriam, simplesmente, os custos para regulamentar a transferência. Poderemos, assim, conservar o nosso monumento sem prejuízo para ninguém em particular.

A aplicação da transferência do direito de construir se dá quando o proprietário se utiliza apenas de uma fração do direito de construir previsto para o local, sendo o restante transferido a outros locais e se mostra como potencial adicional nos prédios da vizinhança.

Percebe-se, então, que desde os anos 70 discutia-se a possibilidade de divisão, cisão, entre o direito de propriedade e o direito de construir. Todavia, a doutrina brasileira não foi muito receptiva inicialmente, razão pela qual o instituto não teve sua aplicabilidade imediata em solo nacional.

Naquele encontro, as conclusões dos doutrinadores foram sintetizadas e formalizadas em um documento denominado 'Carta de Embu'⁶³, sendo a utilização do instituto experimentada por alguns municípios.

A título de exemplo, a Lei nº. 9.725/1984, do Município de São Paulo, dispunha em seu art. 1º que “o potencial construtivo dos imóveis de caráter histórico ou de excepcional valor artístico, cultural ou paisagístico, preservados por lei municipal, poderá ser transferido, por seus proprietários, mediante instrumento público, obedecidas as disposições desta Lei”.

⁶³ Os firmantes da *Carta de Embu* foram: Álvaro Villaça Azevedo, Celso Antônio Bandeira de Melo, Dalmo do Valle Nogueira Filho, Eros Roberto Grau, Eurico de Andrade Azevedo, Fábio Fanucchi, José Afonso da Silva, Maria Lourdes Cesarino Costa, Mario Pazzagliani Filho, Miguel Seabra Fagundes, Jorge Hori, Antônio Claudio Moreira Lima, Clementina De Ambrosis, Domingos Theodoro de Azevedo Netto, Luiz Carlos Costa e Norberto Amorim. Vid. VV.AA., *Solo Criado/Carta de Embu*, CEPAM-Fundação Prefeito Faria Lima, 1977.

De igual forma, em Curitiba, a Lei n. 6.337/1982, chamada de “Lei do Solo Criado”, instituiu o “incentivo construtivo para a preservação dos imóveis de valor cultural, histórico ou arquitetônico”.⁶⁴

3.2 Direito de propriedade, direito de construir e solo criado

Como tratamos anteriormente, o direito de propriedade sofre delimitações previstas em lei, as quais determinam seu contorno, como uma moldura dentro da qual o direito pode ser exercido.

Dessa forma, o direito de propriedade é garantido desde que seu exercício guarde relação com uma finalidade social.

O princípio da função social da propriedade, desta sorte, passa a integrar o conceito jurídico-positivo de propriedade, de modo a determinar – repita-se – profundas alterações estruturais na sua interioridade. Por isso que, embora sem autorizar a supressão da propriedade privada, transforma-a em um dever.⁶⁵

O direito em si não é ilimitado, devendo ser a propriedade considerada em sua função social⁶⁶, afastando-se de sua noção clássica, pois a destinação que o proprietário dá ao seu bem gera externalidades que afetam toda a coletividade à sua volta. Assim, toda edificação interfere no meio ambiente urbano, e, por tal razão, deve sofrer limitações tendo em vista os interesses da coletividade.

Segundo este entendimento, no tocante à propriedade urbana, objeto de nosso estudo, a Constituição Federal de 1988 em seu art. 182, §2º, determinou que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor (instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana).

⁶⁴ Nesse sentido, destaca mos o art. 4º, o que dispõe que “Não sendo possível a utilização do incentivo na forma do artigo anterior, poderá ser ele transferido para outro imóvel mediante interveniência da Prefeitura Municipal”.

⁶⁵ GRAU, Eros Roberto. *Direito urbano*, p. 67.

⁶⁶ Art. 5º, XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; (...)

Assim, a propriedade urbana está destinada ao cumprimento de uma função específica dentro dos planos urbanísticos, instrumento básico de atuação do Poder Público nessa seara.

Diante do exposto, a função social da propriedade urbana definirá, para os proprietários, a quantidade de edificação adequada, segundo planos urbanísticos. Tal afirmação permite dizer que a propriedade urbana é resultado de um direito planejado.

José Afonso da Silva vai mais longe, ao definir que a propriedade urbana somente passa a existir em face das normas urbanísticas:

A qualificação do solo como urbano, porque destinado ao exercício das funções urbanísticas, dá a conotação essencial da propriedade urbana. Esta, diferentemente da propriedade agrícola, é resultado já da projeção da atividade humana. Está, portanto, impregnada de valor cultural, no sentido de algo construído pela projeção do espírito do Homem. Pois, pelo visto, ela só passa a existir e a definir-se pela atuação das normas urbanísticas.⁶⁷

No Brasil, o direito de construir sempre foi atrelado ao direito de propriedade, bastando tão somente ao proprietário a observância dos limites traçados pela lei civil, no tocante ao direito de vizinhança.

Diante da criação do instituto do solo criado, passou-se então a discussão a respeito da separação ou não entre o direito de propriedade e o direito de construir.

São três as correntes doutrinárias que podemos identificar: i) uma, ligada ao direito civil, defendia que o direito de propriedade implicaria na plenitude do direito de construir; ii) outra corrente defendia a total separação entre o direito de propriedade e do direito de construir; iii) uma terceira intermediária, defendia que a lei poderia definir limites objetivos ao direito de construir.

⁶⁷ *Direito urbanístico brasileiro*, p. 78.

A primeira corrente, mais próxima do Direito Civil, defendia que o direito de construir seria inerente ao direito de propriedade, com os atributos de gozo, disposição e fruição do bem.⁶⁸

Nesse sentido, o direito de construir seria um direito subjetivo de quem possui o domínio, não podendo recair limitações, assim, não havendo lugar para a ideia de solo criado. Seus defensores admitem no máximo restrições advindas do direito de vizinhança.

Em outro extremo, em posição divergente, defendida à época por Eros Roberto Grau, encontramos a separação entre o direito de propriedade e o direito de construir. Para esta corrente, o direito de construir não pertenceria ao proprietário, mas apenas a ele poderia ser atribuído, por meio de autorização ou concessão do Poder Público, seu efetivo titular.

Dessa forma, o direito de construir, não integrando o direito de propriedade, pertenceria à coletividade para a edificação de qualquer espaço e não somente para o solo criado.⁶⁹

Por sua vez, a posição intermediária defendia que somente à lei caberia definir limites objetivos ao direito de construir, e, para construções que a ele excedem, haveria necessidade de outorga por parte do Poder Público.

Vale ressaltar que esta corrente reconhece de que o direito de propriedade envolve o poder de utilização do bem, entretanto, estabelece que cabe à legislação especificar os limites em que poderá ser exercido.

A experiência francesa contribuiu para a sedimentação desse instituto, adotado no Brasil nas conclusões da Carta de Embu.⁷⁰

⁶⁸ Código Civil. Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

⁶⁹ SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 254-256.

⁷⁰ Carta de Embu. 2.1. O proprietário de imóvel sujeito a limitações administrativas, que impeçam a plena utilização do coeficiente único de edificação, poderá alienar a parcela não-utilizável do direito de construir. 2.2. No caso de imóvel tombado, o proprietário poderá alienar o direito de construir correspondente à área edificada ou ao coeficiente único de edificação.

Em 1975, na França, a Lei nº 75-1.328 estabeleceu que “uma densidade igual a 1,0 constitui o limite legal de densidade. Para a cidade de Paris, esse número é fixado em 1,5”. Chamado de *plafond légal de densité* (teto legal de densidade), esse limite (coeficiente único) também determinou que o exercício do direito de construir se subordinava ao interesse coletivo e toda construção de densidade excedente ao *plafond légal* ficava condicionada ao pagamento de um montante igual ao valor do terreno.

Dessa forma, entendia-se que o proprietário do terreno teria direito de construir até o limite de uma vez a área do lote (em Paris, até uma vez e meia), e, se quisesse construir além desse coeficiente teria que adquirir da Municipalidade esse direito, ao preço do solo natural.⁷¹

De acordo com essa corrente, encontramos o pensamento de José Afonso da Silva quando afirma que “o conceito de solo criado não importa a separação da faculdade de construir do direito de propriedade do terreno. Ao contrário, reafirma sua correlação, na medida em que transforma em direito subjetivo a faculdade de construir até o limite do coeficiente único estabelecido”.⁷²

De um lado, conforme retratado, observa-se a influência da experiência norte-americana no tocante aos interesses pela preservação histórica, e, de outro, a influência da experiência francesa no que tange à ideia da viabilização de uma política de controle de densidade.

Diante da nova concepção trazida pelo instituto do solo criado e sua adoção nos textos legais, o direito de construir passou a ter nova feição. Pode ele ser exercido em sua integralidade até o limite especificado pelo Poder Público, além do qual deverá ser outorgado mediante contrapartida (no caso da outorga onerosa do direito de construir). De igual forma, poderá também ser transferido para outro imóvel ou mesmo alienado para ser utilizado em outro local, consubstanciado no

⁷¹ *Idem.*, mesma página.

⁷² *Idem.*, mesma página.

instituto da transferência do direito de construir. Tem ele um valor econômico destacado ou destacável da propriedade.

Portanto, o direito de construir, bem entendido o direito de edificar a maior do que o mínimo previsto, pode ser objeto de relações jurídicas privadas porque transformou-se em bem imaterial e negociável, razão pela qual o direito de construir pode ser considerado um direito autônomo.

3.3 Previsão legal e requisitos para aplicação do instituto

O instituto jurídico da transferência do direito de construir foi disciplinado nacionalmente mediante promulgação da Lei Federal nº 10.257/2001, denominada Estatuto da Cidade, a qual “estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental” (artigo 1º, parágrafo único).

O referido estatuto arrola no artigo 4º institutos tributários, financeiros, jurídicos e políticos que poderão ser utilizados como instrumentos para a concretização das finalidades expressas na lei, oportunidade em que destacamos dentre esses institutos, mais precisamente no art. 4º, inciso V, alínea “a”, a transferência do direito de construir, instrumento este de ordenação e controle do uso do solo, a fim de concretizar a política urbana desenhada pelo plano diretor do Município.

Ato contínuo, no art. 35 do mencionado Estatuto, o legislador infraconstitucional passa a disciplinar diretamente acerca da transferência do direito de construir, oportunidade em que delimita os requisitos necessários para a aplicação do referido instituto.

Conforme se extrai do *caput* do art. 35⁷³, há necessidade de previsão da transferência do direito de construir no plano diretor do município para a aplicação concreta do instituto.

Vale destacar que o art. 39 do mesmo estatuto, em consonância ao disposto na Constituição Federal⁷⁴, determina que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas”, respeitadas as diretrizes previstas.

Nesse sentido, procurando minimizar os prejuízos impostos ao particular proprietário do imóvel urbano tombado, bem como ao Poder Público, que poderá isentar-se de eventual indenização, o Estatuto da Cidade prevê que lei municipal baseada no plano diretor poderá autorizar o proprietário de imóvel urbano, público ou particular, a exercer em outro local ou a alienar o direito de construir a terceiros, devendo ser realizado mediante escritura pública. Também deverão estar previstos em lei os limites relativos ao coeficiente básico de construção para a área onde se localiza o imóvel preservado.

José Afonso da Silva aponta dois tipos de transferência do direito de construir: a *interlocativa*, “o proprietário de imóvel urbano poderá, nas hipóteses autorizadas pela lei municipal, com base no plano diretor, exercer em outro local seu direito de construir. Pressupõe-se, pois, que o proprietário só pode exercer esse

⁷³ Estatuto da Cidade. 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: (...)

⁷⁴ 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.

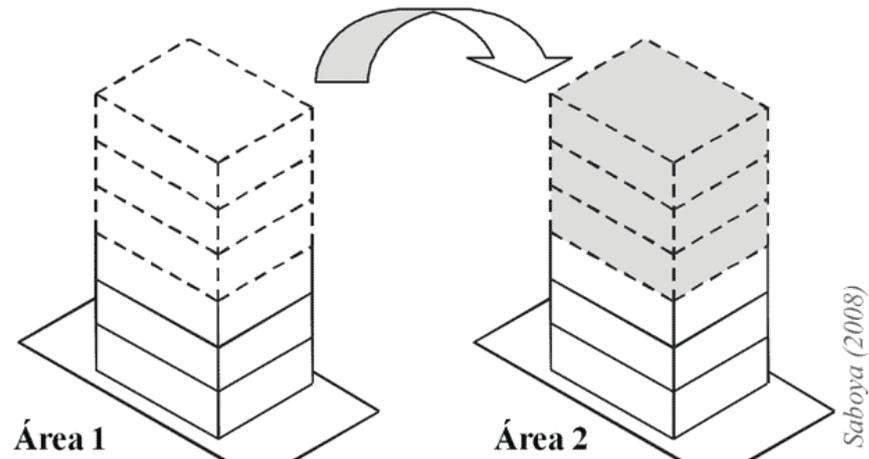
§ 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

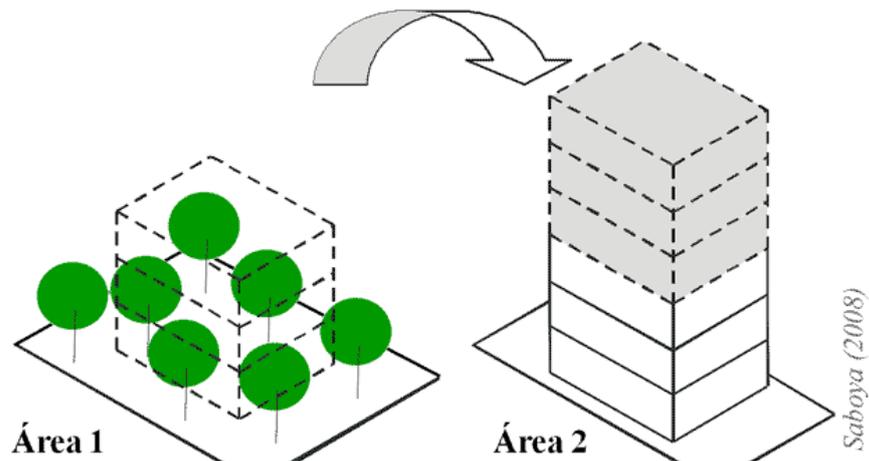
§ 3º - As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

direito em outro imóvel seu”, e a *intersubjetiva*, “que consistirá na transferência do direito de construir de um sujeito para outro”.⁷⁵

Transferência do Direito de Construir



Transferência do Direito de Construir



⁷⁵ *Direito urbanístico brasileiro*, pp. 270-271.

A lei municipal instituidora do instrumento estabelecerá as condições em que o instituto deverá ser aplicado. Ademais, deverá delimitar a área em que poderá ser transferido o direito de construir ou a identificação dos imóveis declarados de interesse social; a área capaz de receber o potencial construtivo; a finalidade social, conforme as hipóteses descritas no artigo 35 do Estatuto da Cidade; a quantidade (quantum) de potencial construtivo que poderá ser transferida, a forma de cálculo, assim como, o procedimento para a transferência.

O instituto poderá ser utilizado quando o imóvel urbano for considerado de interesse público⁷⁶, em especial em face do objeto de nosso estudo, com a finalidade de preservação, quando o imóvel for considerado de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural, conforme dispõe o inciso II, do mencionado artigo.

Importante lembrar que o tombamento é apenas uma das formas de preservação de bens culturais (ex. inventários, registros, vigilância, entre outros), todavia, afigura-se como a mais eficiente maneira de concretização da defesa do patrimônio histórico-cultural e o melhor instrumento para justificar a implementação da transferência do direito de construir, diante da possibilidade de participação do proprietário no processo administrativo precedente à inscrição do bem no livro do tomo, assegurados o contraditório e ampla defesa e da obrigatoriedade de transcrição do tombamento no Registro de Imóveis.

Dessa forma, os proprietários de imóveis urbanos tombados, que estão localizados em zonas com potencial construtivo superiores ao que o efetivamente utilizado, poderão transferir a diferença para outro lote, minimizando ou mesmo anulando as perdas financeiras. Tem-se que a finalidade desse instrumento é evitar que o proprietário deixe de fazer as manutenções necessárias à edificação e de dificultar o trabalho de preservação, por estar insatisfeito com as possibilidades de ganhos financeiros com o seu imóvel.

⁷⁶ Art. 35. 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.

Assim, o instrumento jurídico da transferência do direito de construir possui o importante papel de viabilizar a proteção do patrimônio histórico – neste caso o imóvel tombado – a partir do momento em que o proprietário do bem imóvel urbano será compensado pela limitação que sofrera ao direito de propriedade imposto pelo tombamento e à expectativa de retorno financeiro que teria sem a incidência da restrição administrativa, dessa forma, possibilitando também que outros imóveis de interesse público por seu valor histórico venham a ser tombados.

Outro ponto que merece ser analisado se refere à quantidade de potencial construtivo que poderá ser transferido ou alienado. Esse requisito diz respeito à identificação da restrição ao direito de construir do proprietário em face do tombamento do imóvel urbano.

Quando se restringe a possibilidade de modificação (construção, reforma, demolição) do imóvel tombado, isso significa que seu proprietário não poderá mais construir até o coeficiente básico⁷⁷ especificado na lei municipal. Retirando-se o potencial construtivo daquele imóvel, há uma diminuição econômica do bem (prejuízo), ainda que parcial, que deverá ser calculada para efeitos de indenização naquele momento, levando-se em conta o potencial básico.

Por outro lado, como dito anteriormente, a construção até o potencial básico integra o direito de propriedade. Entretanto não se poderá levar em conta o potencial construtivo máximo para a área, que somente poderá se concretizar por meio de outorga onerosa⁷⁸, para se evitar enriquecimento sem causa.

A título exemplificativo: em um terreno de 1.000 m² há um imóvel tombado com área construída de 200 m². Lei municipal dispõe que para aquela localidade o coeficiente de aproveitamento básico é 1, ou seja, poderá ser construída uma vez a área do terreno. Diante da impossibilidade de ali ser ampliada

⁷⁷ Relação entre a área edificável e a área do terreno. Ex. coeficiente 1 – terreno de 1.000 m², possibilidade de construção de até 1.000 m²; coeficiente 2 – terreno de 1.000 m², possibilidade de construção de até 2.000 m²; e coeficiente 0,5 – terreno de 1.000 m², possibilidade de construção de até 500 m²; e assim por diante.

⁷⁸ Estatuto da Cidade. 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.

a construção já existente ou erigida nova edificação, poderá ser autorizada a transferência de potencial construtivo equivalente a 800 m².

A compensação do proprietário deve ocorrer de uma ou de outra forma:

i) indenização em dinheiro; ou, ii) transferência do direito de construir, referente à diferença entre o potencial construído e o básico.

Cabe lembrar que, para delimitar o objeto do trabalho, estamos analisando a restrição quanto à possibilidade de modificação do bem tombado. Assim, não estamos considerando prejuízos potenciais em relação ao uso e gozo do imóvel tombado, cuja indenização tem outro fundamento, diferente daquele que é aqui tratado.

Há que se considerar que, da mesma forma, é possível que a zona onde se encontre o bem tombado tenha potencial construtivo baixo, o que de plano impediria a criação de solo (solo criado), ou que o imóvel já tenha construção acima do coeficiente básico, não havendo, assim, lugar para a transferência de seu potencial construtivo por ausência de excedente deste.

O imóvel urbano que receberá o coeficiente construtivo transferido deve pertencer ao proprietário do bem tombado, ou a terceiros que adquiriram daquele o coeficiente relativo ao direito de construir. Nos dois casos, o imóvel receptor deve estar localizado em zona delimitada pelo Município que permita o recebimento do coeficiente, razão pela qual a lei municipal, ao regular as condições da transferência⁷⁹, deverá prever a intervenção da Municipalidade para a utilização do coeficiente adquirido, visando seu controle, verificação e aprovação. Em razão da necessidade de se manter o planejamento urbano dentro das áreas de adensamento estipuladas no plano diretor, a lei poderá dispor expressamente quais as áreas que poderão receber os coeficientes.

A transferência do direito de construir celebrada por contrato oneroso entre particulares exigirá, para sua perfeita eficácia, a manutenção do coeficiente de

⁷⁹ Estatuto da Cidade. Art. 35. §2º A lei municipal referida no caput estabelecerá as condições relativas à aplicação da transferência do direito de construir.

aproveitamento previsto para o imóvel receptor na data do contrato, sob pena de não ser possível o correspondente exercício pelo adquirente. O problema estará em que, sendo a fixação de coeficiente de aproveitamento uma disposição de lei municipal, sua alteração poderá ocorrer independentemente da vontade do alienante, provocando certa insegurança ao ajuste.

De igual forma, havendo a transferência do potencial construtivo e posteriormente ocorrendo o cancelamento do tombamento, não será possível a restituição do coeficiente daquele imóvel, vez que o direito de construir transferido já foi efetivamente exercido em outro local.

Importante destacar, também, a possibilidade trazida pelo § 1º do art. 35, o qual dispõe que “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*”. Em outras palavras, impossibilitado financeiramente de arcar com os custos de preservação do bem tombado, o proprietário poderá doar o imóvel ao Poder Público, eximindo-se dos custos de manutenção do bem, ao passo que poderá fazer jus ao instrumento da transferência do direito de construir, assim, exercendo-o em outro local ou aliená-lo a terceiro, minimizando suas perdas financeiras.

De forma a exemplificar o tema proposto, em São Paulo, a Lei nº 16.050, de 31 de julho de 2014, que instituiu o novo Plano Diretor Estratégico do Município, trouxe, dentre os instrumentos urbanísticos adotados, a transferência do direito de construir para fins de: preservação de bem de interesse histórico, paisagístico, ambiental, social ou cultural (art. 123, inciso I), entre outros.

O instituto é tratado do art. 122 ao art. 133 do mencionado diploma legal, oportunidade em que destacamos a diferenciação do cálculo referente ao potencial construtivo que é feita entre os imóveis provenientes de desapropriação “amigável” e doação pelos particulares ao Poder Público e aos imóveis em que não há doação do particular à municipalidade.

Cumprido destacar que o Novo Plano Diretor Paulistano (2014) condiciona a expedição da Certidão de Transferência de Potencial Construtivo de imóveis enquadrados como ZEPEC-BIR⁸⁰ (entre eles, os imóveis tombados) à comprovação do estado de conservação do imóvel cedente, mediante manifestação do proprietário e anuência do órgão municipal de preservação (art. 129, *caput*).

Por sua vez, quando o imóvel cedente apresentar estado de conservação inadequado ou insatisfatório, deverá ser exigida do proprietário a adoção de medidas de restauro ou de conservação (art. 129, § 1º), estando condicionada a expedição da certidão de transferência de potencial construtivo à verificação das condições de conservação e preservação do imóvel cedente (art. 129, § 2º).

⁸⁰ ZEPEC-BIR = Zonas Especiais de Preservação Cultural - Bens Imóveis Representativos.

Art. 32. O zoneamento do Município deverá incluir, dentre outras, as seguintes zonas: (...)

X - Zonas Especiais de Preservação Cultural - ZEPEC; (...)

Art. 62. A ZEPEC tem como objetivos: I - promover e incentivar a preservação, conservação, restauro e valorização do patrimônio cultural no âmbito do Município; II - preservar a identidade dos bairros e das áreas de interesse histórico, paisagístico e cultural, valorizando as características históricas, sociais e culturais; III - identificar e preservar imóveis e lugares dotados de identidade cultural, religiosa e de interesse público, cujos usos, apropriações e/ou características apresentam um valor que lhe são socialmente atribuídos pela população; IV - estimular a fruição e o uso público do patrimônio cultural; V - possibilitar o desenvolvimento ordenado e sustentável das áreas de interesse histórico e cultural, tendo como premissa a preservação do patrimônio cultural; VI - propiciar a realização de ações articuladas para melhoria de infraestrutura, turismo, da economia criativa e de desenvolvimento sustentável; VII - integrar as comunidades locais à cultura da preservação e identidade cultural; VIII - propiciar espaços e catalisar manifestações culturais e artísticas; IX - proteger as áreas indígenas demarcadas pelo governo federal; X - propiciar a preservação e a pesquisa dos sítios arqueológicos; XI - proteger e documentar o patrimônio imaterial, definido nos termos do registro do patrimônio imaterial.

Art. 63. As ZEPEC classificam-se em 4 (quatro) categorias de acordo com as respectivas resoluções de tombamento ou instrumentos de proteção instituídos por órgãos municipais, estaduais e federais:

I - Bens Imóveis Representativos (BIR) - elementos construídos, edificações e suas respectivas áreas ou lotes, com valor histórico, arquitetônico, paisagístico, artístico, arqueológico e/ ou cultural, inclusive os que tenham valor referencial para a comunidade; (...)

Art. 64. As ZEPEC deverão ser identificadas e instituídas por meio dos seguintes instrumentos existentes e os a serem criados:

I - tombamento; (...)

Art. 65. Aplicam-se nas ZEPEC os seguintes instrumentos de política urbana e patrimonial:

I - transferência do potencial construtivo nas ZEPEC-BIR e ZEPEC-APC; (...)

Art. 66. A aplicação dos instrumentos de política urbana nas ZEPEC-BIR deve seguir as seguintes disposições:

§ 1º A transferência do direito de construir de imóveis classificados como ZEPEC-BIR se dará de acordo com o disposto nos arts. 124, 125 e 128 desta lei.

Diante de todo o exposto ao longo de nosso estudo, portanto, verifica-se que o instrumento jurídico-urbanístico da transferência do direito de construir tem o importante papel de possibilitar ao proprietário do bem imóvel urbano tombado, restringido em seu direito de propriedade, ser ressarcido economicamente e, concomitantemente, conforme retratado, alcançando sua dupla finalidade, qual seja, preservar o bem considerado patrimônio histórico-cultural pelo Poder Público e acessível à coletividade para sua apreciação.

CONCLUSÃO

A memória cultural de um povo merece proteção especial do ordenamento jurídico, razão pela qual a preservação dos bens culturais, dever do Poder Público com a colaboração da comunidade, recebeu tratamento diferenciado pela Constituição Federal de 1988, a qual caracterizou o patrimônio cultural brasileiro como conjunto de bens portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

Nesse cenário, inserido em nosso ordenamento mediante o Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, encontramos o instituto jurídico do tombamento, ato administrativo por meio do qual o Poder Público impõe uma série de restrições à propriedade privada com o objetivo de proteger um bem cultural, sendo o principal mecanismo utilizado como forma de preservação dos bens declarados de valor histórico, artístico e cultural.

Verificamos que a partir de 1934 a preservação do patrimônio histórico e artístico foi elevada ao patamar de proteção constitucional. Com o advento da Constituição de 1988, o patrimônio anteriormente compreendido teve seu campo de influência alargado, passando a ser denominado de “patrimônio cultural”, preocupando-se, então, também com as diversas manifestações culturais do povo brasileiro, além de prescrever os mecanismos para se alcançar a efetiva preservação.

Conforme estudamos, fundamentadas no princípio da função social da propriedade, visando à preservação do bem cultural, o tombamento restringe o exercício do direito de propriedade do proprietário ante a imodificabilidade do bem tombado, impedindo a ampliação, demolição ou realização de novas construções no local e em seu entorno, o que, em tese, poderá gerar prejuízos econômicos aos seus detentores.

Nesse contexto, o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01), em seu artigo 35, trouxe o instrumento jurídico-urbanístico da transferência do direito de construir, o qual apresenta uma dupla função, de um lado possibilitando ao proprietário de bem imóvel urbano a ser preservado transferir ou alienar seu direito de construir até o coeficiente básico estipulado no Plano Diretor ou lei municipal equivalente, compensando a limitação imposta ao seu direito e, de outro, servindo de meio viabilizador à preservação de bens culturais nos centros urbanos e resolvendo, de forma bastante satisfatória, o desconforto de se ter um imóvel tombado.

Portanto, se efetivamente utilizada pela Administração Pública, a transferência do direito de construir pode se tornar importante instrumento de preservação do patrimônio cultural brasileiro, uma vez que o Poder Público poderá utilizá-lo como forma de indenização/compensação ao proprietário do bem tombado, sem acarretar a elevação de despesas ao erário, da mesma forma que poderá atrair outras propriedades de valor histórico a serem tombadas diante de uma realidade compensatória.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente. Direito administrativo descomplicado. 16.ed. Rio de Janeiro: Método, 2008.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. Curso de direito constitucional. Luiz Alberto David Araújo, Vidal Serrano Nunes Júnior. – 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Tombamento e dever de indenizar. Boletim de Direito Administrativo, pp. 309-316, maio, 1988.

_____. Curso de direito administrativo. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Curso de direito constitucional. São Paulo: Celso Ribeiro Bastos Editora, 2002.

CARVALHO FILHO, José Antônio. Curso de direito administrativo. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

CRETELLA JUNIOR, José. Tombamento I. In: Enciclopédia Saraiva de Direito, vol. 74. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. O Estado e a obrigação de indenizar. São Paulo: Saraiva, 1980. 190

COSTONIS, John J. O solo criado. In: O solo criado/Carta do Embu. São Paulo: Fundação Prefeito Faria Lima, 1977.

DALLARI, Adilson Abreu. Tombamento. Revista de Direito Público, São Paulo, v. 86.

_____. Tombamento. In: DALLARI, Adilson Abreu, FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). Temas de direito urbanístico - 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

DALLARI, Adilson Abreu. Instrumentos da política urbana. In: DALLARI, Adilson Abreu, FERRAZ, Sérgio (Coord.). Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal 10.257/2001. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. Direito de superfície. In: DALLARI, Adilson Abreu, FERRAZ, Sérgio (Coord.). Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal 10.257/2001. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DI SARNO, Daniela Campo Libório. Elementos de direito urbanístico. Barueri: Manole, 2004.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, 1910-1989. Minidicionário da língua portuguesa / Aurélio Buarque de Holanda Ferreira; coordenação Marina Baird Ferreira, Margarida dos Anjos; equipe Elza Tavares Ferreira...[et al]. 3.ed. – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Disciplina urbanística da propriedade. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2006.

FONSECA, Maria Cecília Londres. O patrimônio em processo: trajetória da política federal de preservação no Brasil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ; MinC-Iphan, 2005.

GASPARINI, Audrey. Tombamento e direito de construir. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

_____. O Tombamento e a Transferência do Direito de Construir. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005.

GASPARINI, Diógenes. Tombamento II. In: Enciclopédia Saraiva de Direito, vol. 74. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. O Estatuto da Cidade. São Paulo: Editora NDJ, 2002.

_____. Direito administrativo. 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 192

GRAU, Eros Roberto. O solo criado. In: O solo criado/Carta do Embu. São Paulo: Fundação Prefeito Faria Lima, 1977.

_____. Direito urbano: Regiões metropolitanas, solo criado, zoneamento e controle ambiental, projeto de lei de desenvolvimento urbano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

_____. O estatuto da cidade. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, 2002.

HOUAISS, Antônio. Dicionário eletrônico.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Direito urbanístico: condições e possibilidades da constituição do espaço urbano. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 193

MACHADO, Carlos Augusto A. Tombamento – um instituto jurídico. In: DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Temas de direito urbanístico – I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 22^a ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. Ação Civil Pública: ambiente, consumidor, patrimônio cultural: tombamento - São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

MANZATO, Maria Cristina Biazão. Transferência do Direito de Construir como uma das Formas de Indenização do Tombamento. Tese de Mestrado em Direito Urbanístico. PUC/SP – 2007.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. A proteção constitucional ao patrimônio cultural. Revista de direito ambiental. São Paulo, v. 5, n. 20, pp. 111-151, out/dez, 2000.

MARINS, P. C. G. Trajetórias de preservação do patrimônio cultural paulista. In: SETUBAL, Maria Alice. (Org.). Terra paulista: trajetórias contemporâneas. São Paulo: Cenpec / Imesp, 2008, pp.137-167.

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

_____. Tombamento e indenização. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 600, pp. 15-18, 1995.

_____. Direito administrativo brasileiro. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Direito de construir. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MICHAELIS: Dicionário Escolar Língua Portuguesa. São Paulo. Editora Melhoramentos, 2008. (Dicionários Michaelis). 870 págs.

MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente – A Gestão Ambiental em Foco. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MONTEIRO, Yara Darcy Police; SILVEIRA, Egle Monteiro da. Transferência do direito de construir. In: DALLARI, Adilson Abreu, FERRAZ, Sérgio (Coord.). Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal 10.257/2001. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MORAES, José Diniz de. A função social da propriedade e a Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 1999.

MOREIRA, Antonio Cláudio Moreira Lima e. O solo criado/Carta do Embu. São Paulo: Fundação Prefeito Faria Lima, 1977.

MOREIRA, Mariana. Transferência do direito de construir. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Introdução ao direito ecológico e ao direito urbanístico. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

PAULO, Vicente, 1968-. Direito Constitucional descomplicado / Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino. – 7. Ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2011.

PINTO, Victor Carvalho. Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REISEWITZ, Lúcia. Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da Rocha. Função social da propriedade pública. São Paulo: Malheiros, 2005.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. Conceito de patrimônio cultural no Brasil: do Conde de Galvêias à Constituição Federal de 1988. In: MARTINS, Clerton (Org.). Patrimônio cultural: Da memória ao sentido do lugar. São Paulo: Roca, 2006.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Tombamento e patrimônio cultural. In: Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo, v. 17, n. 66, pp. 52-69, out/dez, 1993.

_____. Patrimônio cultural: análise de alguns aspectos polêmicos. Revista de Direito Ambiental. São Paulo, v. 06, n. 21, pp. 174-191, jan/mar, 2001.

SILVA, José Afonso da. Ordenação constitucional da cultura. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Ordenação constitucional da cultura. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Direito ambiental constitucional. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Direito urbanístico brasileiro. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito de construir e novos institutos urbanísticos. Revista Direito – Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC/SP 1/6-52, 1995.

VITTA, Heraldo Garcia. Tombamento: Uma Análise Crítica. Revista do Tribunal Regional Federal da Terceira Região. São Paulo: Publicação Oficial, vol. 64, 2004.

ZANDONADE, Adriana. *O tombamento à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: s.n, 2010.