

**MARIA CRISTINA BIAZÃO MANZATO**

**TRANSFERÊNCIA DO DIREITO DE CONSTRUIR COMO UMA DAS  
FORMAS DE INDENIZAÇÃO DO TOMBAMENTO**

**MESTRADO EM DIREITO**

**PUC/SÃO PAULO**

**2007**

MARIA CRISTINA BIAZÃO MANZATO

TRANSFERÊNCIA DO DIREITO DE CONSTRUIR COMO UMA DAS  
FORMAS DE INDENIZAÇÃO DO TOMBAMENTO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito Urbanístico, sob a orientação do Professor Doutor Sílvio Luís Ferreira da Rocha.

PUC/SÃO PAULO

2007

MARIA CRISTINA BIAZÃO MANZATO

TRANSFERÊNCIA DO DIREITO DE CONSTRUIR COMO UMA DAS  
FORMAS DE INDENIZAÇÃO DO TOMBAMENTO

BANCA EXAMINADORA

---

---

---

Aos meus pais Luiza e Ernesto (*in memoriam*), pelo exemplo, sacrifício, dedicação e carinho incondicionais.

Ao meu marido Marcos,  
com meu amor eterno.

A minha filha Patrícia,  
razão de minha vida.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Professor Doutor Sílvio Luís Ferreira da Rocha, meu orientador, pela generosidade em compartilhar seu tempo e seus conhecimentos, acompanhando com dedicação a realização deste trabalho.

Aos Professores Doutores Antonio Carlos Mendes, Lúcia Valle Figueiredo, Márcio Cammarosano, Maria Garcia e Willis Santiago Guerra Filho, em cujas aulas encontrei a inspiração e os fundamentos para o desenvolvimento do tema.

Aos amigos Adalberto Robert Alves, Milena Letícia Pfister, Patrick Ferreira Vaz, Raquel Iost e Telma Sofia Machado da Silva, pelo incentivo, apoio, carinho, enfim, por estarem sempre ao meu lado.

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo a análise da transferência do direito de construir como uma das formas de indenização do tombamento, instituto este que tem especial importância na proteção do patrimônio cultural, sendo que impõe restrições ao proprietário, com a finalidade de conservar as características originais do bem, que justificaram sua preservação e, de tais restrições, podem resultar prejuízos. A maior problemática envolvendo o tombamento é a indenização, que deve ser mensurada em face da ocorrência de limitação a um dos conteúdos do direito de propriedade e qual sua repercussão econômica. A imodificabilidade do bem tombado apresenta-se como restrição que atinge o direito de construir. Como forma de compensação ao proprietário, pelo fato de não poder exercer o direito de construir em sua plenitude, surgiu o instituto da transferência do direito de construir, que lhe possibilita utilizar em outro local ou mesmo alienar esse direito. O instituto foi acolhido pelo ordenamento jurídico por meio do Estatuto da Cidade, que disciplina a transferência do direito de construir em seu artigo 35, integrando as normas gerais de ordenação urbana, podendo ser implementado por todos os Municípios, mediante inclusão no plano diretor e lei específica estabelecendo as condições de aplicação. A lei instituidora da transferência do direito de construir deverá identificar os imóveis declarados como de interesse de preservação; indicar as áreas que poderão receber potencial construtivo; mensurar ou trazer de forma clara como será aferido o valor do potencial construtivo transferível. Poderá ser transferido coeficiente de aproveitamento resultante da diferença obtida entre o coeficiente efetivamente utilizado e o coeficiente de aproveitamento básico, uma vez que o direito de construir integra o direito de propriedade até este limite. Se a única restrição imposta ao proprietário se referir ao direito de construir, a transferência desse direito poderá compensá-lo integralmente, ou, ainda, evitar o dano ou reduzi-lo, tornando-se importante instrumento de preservação dos bens culturais, constituindo-se em uma das soluções para a problemática da indenização do tombamento.

## ABSTRACT

This work has the objective of analyses the development rights transfer as one of the forms of heritage rights compensation. This institute has an especial importance in the cultural heritage preservation, that it imposes restriction to the owner, with the purpose of keeping the original characteristics of the good, that justifies its preservation and, from these restrictions, can result some looses. The biggest problem that involves the heritage register is the compensation, that must be measured in view of the limitation occurrence to one of the contents of property rights and what is its financial repercussions. . The heritage registered of the good non-changed presents itself as a restriction that affects the development rights. As a way of compensation to the owne, by the fact he can't exercise the development rights in its totality, the institute of development rights transfer has been created and makes possible to the owner to use in another place or even alienate this right. The institute has been taken in the legal order, by the City Law, that disciplines the development rights transfer at its article 35, that integrates the general rules of the urban order, that can be implanted by all the Cities, that is included at the City Plan and specific law that establishes the application conditions. The instituted law of development rights transfer will must identify the goods declared as preservation interest; to indicate the areas that can receive the development potential; to measure or bring clearly how it will be estimated the value of development potential that can be transferred. It can be transferred the zoning bonus result from the difference between the used bonus and the basic zoning bonus; in that the development rights integrates the property right until this limit. If the only imposed restriction to the owner refers to the development rights, this right transfer will be able to redress him totally or even avoid the damage or reduce it and make it an important instrument of culture goods preservation, that consists itself in one of the solutions for the problem of heritage register compensation.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>I PATRIMÔNIO CULTURAL</b> .....	12
<b>II PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO CULTURAL</b> .....	35
2.1 Competência para a preservação .....	35
2.2 Formas de preservação .....	43
2.2.1 Proteção na esfera administrativa .....	60
2.2.2 Proteção na esfera judicial .....	62
2.2.3 Proteção internacional .....	64
<b>III. TOMBAMENTO</b> .....	68
3.1 Conceito e natureza jurídica .....	75
3.2 Competência para tombar .....	82
3.3 Obrigatoriedade de tombar .....	84
3.4 Modalidades de tombamento .....	89
3.5 Processo administrativo .....	91
3.6 Cancelamento do tombamento .....	92
3.7 Apreciação pelo Poder Judiciário .....	96
<b>IV TOMBAMENTO E INDENIZAÇÃO</b> .....	100
4.1 Restrições impostas ao proprietário .....	105
4.2 Restrições impostas ao entorno .....	110
4.3 Indenização .....	114
<b>V TRANSFERÊNCIA DO DIREITO DE CONSTRUIR</b> .....	138
5.1 Direito de propriedade e direito de construir .....	138
5.2 Origens do instituto .....	152
5.3 Aplicação do instituto .....	156
5.4 Transferência do direito de construir e tombamento .....	163
5.4.1 Transferência do direito de construir <i>interlocativa</i> e <i>intersubjetiva</i> .....	164
5.4.2 Bem de interesse cultural .....	166
5.4.3 Coeficiente de aproveitamento a ser transferido .....	169
5.4.4 Indenização .....	170
5.4.5 Cancelamento do tombamento .....	173
5.4.6. Entorno .....	175
5.4.7 Doação do imóvel tombado ao Poder Público .....	175
5.5 Algumas experiências .....	176
<b>CONCLUSÕES</b> .....	182
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	188

## INTRODUÇÃO

Para melhor compreensão sobre a formação da sociedade em inter-relação com a cultura, Ernst Cassirer inicia seus estudos com a pergunta “o que é o homem?” A busca pelo autoconhecimento é a mais alta meta da indagação filosófica. Platão interpretou a máxima “Conhece-te a ti mesmo” no sentido de que o homem não deve ser estudado em sua vida individual, mas em sua vida política e social.<sup>1</sup>

Deparamo-nos, assim, com uma especial importância da preservação da cultura, da história e dos bens que simbolizam as manifestações humanas. O homem, como ser social, é fruto de uma história e sempre buscou formas de se expressar por meio da linguagem, do mito, da religião e da arte. Por intermédio destas expressões podemos intentar uma busca pela descoberta do que é o homem.

E continua Ernst Cassirer que a característica notável do homem, a marca que o distingue, não é sua natureza metafísica ou física, mas sim, seu trabalho. É esse trabalho, o sistema das atividades humanas, que define e determina o círculo de “humanidade”.<sup>2</sup> As formas de expressão e manifestação dão ao homem sua condição humana.

Consoante esse entendimento, temos que todas as obras humanas surgem em particulares condições históricas e sociológicas, e a cultura deve ser analisada sob tais aspectos e, que as manifestações humanas, em todas as suas formas, são imprescindíveis para se compreender o homem, e, desta compreensão nasce um esboço da formação da sociedade em que está inserido.

Sob a ótica da história, no entender de Ernst Cassirer, não podemos reconstruir o passado nem despertá-lo para uma nova vida em um sentido físico; tudo o que podemos fazer é “lembrarmo-nos” dele.

---

<sup>1</sup> *Ensaio sobre o homem: introdução a uma filosofia da cultura humana*, p. 107.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 115.

O espaço urbano, voltado ao atendimento das necessidades da coletividade, guarda uma pluralidade de riquezas culturais que devem ser preservadas. Os aspectos culturais desta ambiência necessitam de mecanismos eficientes para a conservação de sua originalidade, de elo com o passado e fundamento da cidadania, como forma concreta de visualização do sentimento de pertença a uma comunidade.

Dentre as formas de proteção inseridas em nosso ordenamento jurídico, o tombamento ganha especial importância, sendo o instrumento mais utilizado para esse mister.

Nosso trabalho tem como objetivo especificar os elementos formadores desse instituto, bem como um de seus aspectos mais controvertidos: a indenização. Nesse cenário, o estudo da transferência do direito de construir ganha realce, uma vez que se caracteriza como importante instrumento para a concretização da proteção aos bens culturais.

No primeiro capítulo analisamos o patrimônio cultural brasileiro, nos termos em que foi concebido pela Constituição Federal. Procuramos compreender como os bens culturais se relacionam com a identidade, a memória e o ser e viver da sociedade, como essência da cidadania.

O segundo capítulo se refere às formas de proteção do patrimônio cultural. Tratamos da competência do Poder Público para a preservação, nos limites traçados pela Constituição Federal, bem como dos instrumentos administrativos e judiciais encontrados no ordenamento jurídico para a concretização das medidas protetivas. Mencionamos, outrossim, algumas experiências estrangeiras na proteção do patrimônio cultural, e, considerando que a necessidade de preservação dos bens culturais ultrapassa as fronteiras das nações, apontamos normas de proteção internacional.

Enfocamos no terceiro capítulo o instituto do tombamento, iniciando com breve histórico a respeito do termo e do contexto em que foi elaborado o Decreto-lei n. 25, de 30 de novembro de 1937, cujas normas continuam em vigor. Da análise de seu conceito e natureza jurídica, bem como do procedimento para sua aplicação, merecem destaque o estudo sobre a obrigatoriedade de tombamento e o cancelamento do tombamento.

Entretanto, a maior problemática envolvendo o tombamento é a indenização. Assim, tratamos da matéria em capítulo próprio. Analisamos,

inicialmente, a função social da propriedade, como princípio constitucional e norteador das restrições impostas à propriedade. Com o tombamento, algumas restrições são impostas ao proprietário, com a finalidade de conservar as características originais do bem, que justificaram esta forma de preservação e, de tais restrições, podem resultar prejuízos. Cuidamos de estudar a ocorrência de limitação a um dos conteúdos do direito de propriedade, em que medida acontece e qual a repercussão econômica no patrimônio do proprietário do bem tombado, assim como as formas de indenização.

Encontramos no Estatuto da Cidade um instrumento que possibilita a compensação do proprietário de bem de interesse cultural: a transferência do direito de construir. Esse instituto foi criado como forma de compensação ao proprietário de imóvel que, em função de interesse público, fica impedido de exercer o direito de construir em plenitude naquele local. Analisamos o instituto no quinto e último capítulo, partindo do estudo do direito de propriedade e do direito de construir. Merece destaque a aplicação da transferência do direito de construir em face do tombamento, sendo que, ao levantarmos a problemática da implementação do instituto, procuramos demonstrar as possíveis soluções.

Nesse sentido, concluímos que a transferência do direito de construir pode ser utilizada como interessante instrumento de preservação do patrimônio cultural.

## I PATRIMÔNIO CULTURAL

A expressão patrimônio cultural brasileiro encontra-se inserida no texto constitucional, sendo que seu artigo 216 descreve os bens que o compõe.

Vamos iniciar nosso trabalho partindo desse dispositivo, analisando cada um de seus elementos, para compreendermos o que seja o patrimônio cultural brasileiro sob o olhar da Constituição Federal.

Consoante o mencionado artigo 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: as formas de expressão; os modos de criar, fazer e viver; as criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. Portanto, numa primeira leitura, patrimônio cultural abrange a idéia de conjunto de bens<sup>3</sup>, materiais e imateriais, portadores de valores culturais.

Cumpre-nos compreender o alcance da norma constitucional no que se refere a expressão patrimônio cultural brasileiro, uma vez que determina a identificação e proteção dos chamados bens culturais.

Na concepção civilística “patrimônio” pode ser conceituado como “complexo das relações jurídicas de uma pessoa que tenham valor econômico”.<sup>4</sup> Em sentido comum, liga-se à propriedade, como conjunto de bens de uma pessoa, família ou instituição.

---

<sup>3</sup> Bem em seu significado geral, é tudo o que possui valor, preço, dignidade, a qualquer título. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*, p. 107. Ainda: “Bem pode ser definido a princípio, como tudo aquilo capaz de satisfazer a uma legítima necessidade humana”. MONTEIRO, Washington de Barros *apud* ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Nesse sentido, ao falarmos em bem cultural, estamos identificando o valor que o qualifica.

<sup>4</sup> BEVILÁQUA, Clóvis, *apud* DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*, vol. 3, p. 541.

A Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965 (Lei de Ação Popular) define patrimônio público, em seu artigo 1º, parágrafo 1º, como o conjunto de bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico, pertencentes aos entes da administração pública direta e indireta. Nesse ponto, encontramos o conceito um pouco mais alargado, uma vez que não se limita a considerar somente o valor econômico, mas nos remete a valores culturais.

Assim, podemos dizer que o patrimônio cultural é formado por bens impregnados de valor cultural.

Partimos do princípio de que os valores valem e que eles não têm existência material, mas necessitam de coisas e pessoas para serem percebidos. Mas, como e por que os valores valem? Algumas teorias sobre o assunto tentam responder a esse inquietante questionamento. Por não ser este o foco principal de nosso trabalho, iremos somente apresentar algumas delas conforme a sistematização de Miguel Reale e abordar um pouco mais detidamente seu posicionamento, uma vez que será o adotado ao longo de nossa dissertação.

Uma primeira corrente é chamada subjetiva, reunindo teorias psicológicas da valoração, como por exemplo, a de tipo hedonista, em que valioso é o que nos agrada, causando-nos prazer, e a de tipo voluntarista, que liga o problema do valor à satisfação de um desejo ou um propósito, com uma base volitiva, resultando que valioso é o que desejamos ou pretendemos. Em resumo, para a corrente subjetiva, os valores existem como resultando de motivos psíquicos e seriam uma ordem de preferência psicologicamente explicável.

Por outro lado, busca-se entender os valores por meio de explicações objetivistas, citando o autor três dessas correntes: a sociológica, a ontológica e a histórico-cultural. Para a primeira, os valores são produtos da consciência coletiva. O ontologismo axiológico, voltando à posição platônica, entende que os valores só podem ser captados por um contato direto do espírito emocional ou eideticamente. Podemos dizer que a idéia fundamental da teoria histórico-cultural reside na afirmação de que o valor é projeção do espírito, em sua universalidade, enquanto se realiza e se projeta para fora, como consciência histórica.

Parte o autor de que a natureza se repete, só o homem inova e se transcende e, servindo-se das leis da natureza, erigiu um segundo mundo (o mundo histórico, o mundo cultural) sobre o mundo dado. Nessa linha de raciocínio, é projeção do espírito - entendido este como atividade inovadora - capaz de instaurar

novas formas de ser e de viver. A objetivação é ato de perceber ou pensar objetos e também realizar objetos e objetivos. O homem é um ser espiritual, pois é um ente livre e dotado de poder de síntese, capaz de criar uma nova forma, um todo novo, reunindo elementos particulares e experiências. E isso não se dá isoladamente, mas numa universalidade, que compreende a totalidade da espécie humana, o homem que se realiza na História, no processo de experiência humana em que todos participam.

A projeção do espírito para fora de si acontece no plano da História e como História. É o “espírito objetivo”, nas palavras de Hegel, sendo que Miguel Reale denomina de “mundo da cultura” ou “mundo histórico-cultural”.

Valores são algo que o homem realiza em sua própria experiência, assumindo contornos, formas e expressões diversas no decorrer do tempo, e que só podem ser compreendidos com referência à História. E, como os valores se constituem na História e pela História e, inserindo-se na experiência histórica, aí se deve buscar a razão de ser daquilo que se põe como valor. Os valores não existem em si, mas em relação ao homem que se realiza na História.

Assim, nas palavras de Miguel Reale, “os valores não possuem uma existência em si, ontológica, mas se manifestam nas coisas valiosas. Trata-se de algo que se revela na experiência humana, através da História”.<sup>5</sup>

Retornando à análise do conceito de valor de Miguel Reale que trouxemos anteriormente, podemos alargá-lo para melhor compreendê-lo e dizer que valor é a projeção da atividade inovadora do homem sobre o mundo dado, outorgando sentido aos atos e às coisas, enquanto se realiza e se projeta para fora, como consciência histórica, na experiência de gerações.

Tendo em vista que os valores se manifestam nas coisas valiosas, ainda segundo Miguel Reale, encontram-se, dessa forma, impregnando coisas, bens. Os que nos interessam, são aqueles denominados bens culturais, ou seja, bens que possuem um sentido, um significado especial: um valor cultural.

Nesse viés, o patrimônio cultural brasileiro, dito de forma singela, é o conjunto de determinados bens de valor cultural. Este valor foi delimitado pelo texto Constitucional, como referentes à identidade, à ação e à memória dos grupos formadores da sociedade brasileira, como veremos mais adiante.

---

<sup>5</sup> *Filosofia do direito*, pp. 195-214.

Assim, justifica-se a necessidade de buscarmos conceituar o termo cultura, ou seja, em que seu sentido deve ser usado para identificarmos o patrimônio cultural brasileiro e os bens culturais. Em última análise, servirá para respondermos à questão: toda manifestação cultural é recepcionada como patrimônio cultural brasileiro e, dessa forma, passível de proteção constitucional?

Deparamo-nos com a dificuldade de conceituação, uma vez que cultura é tema discutido por filósofos, antropólogos, sociólogos, cada qual sob sua ótica.

Dessa forma, não pretendemos dar um conceito de cultura, mas, diante das concepções existentes, interessa-nos trazer aquele ou aqueles que mais se compatibilizam com o texto constitucional.

Etimologicamente, o termo cultura é de origem latina e significa ação de cuidar, tratar, venerar.<sup>6</sup>

Em Nicola Abbagnano encontramos que o termo cultura tem dois significados básicos: no primeiro e mais antigo, significa a formação do homem, sua melhoria e seu refinamento; no segundo, indica o produto dessa formação, ou seja, o conjunto dos modos de viver e de pensar cultivados, civilizados, polidos, que também costumam ser indicados pelo nome de civilização.<sup>7</sup>

Miguel Reale compreende a cultura como “cabedal de bens objetivados pelo espírito humano, na realização de seus fins específicos”, encontrando no espírito humano sua fonte e revelando-se por meio da história em várias formas de manifestação, tanto em coisas materiais quanto em conhecimentos, atitudes e comportamentos sociais. Assim, cultura contém “tudo aquilo que o homem adicionou e continua adicionando à natureza, afeiçoando-a as suas tendências fundamentais”.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Segundo HOUAISS, Antônio. *Dicionário eletrônico*. Ainda nesse sentido, para Hannah Arendt, “cultura” tem origem romana, de *colere* – cultivar, habitar, tomar conta, criar e preservar – e relaciona-se essencialmente com o trato do homem com a natureza, no seu trato e preservação até que ela se torne adequada à habitação humana, com uma atitude de carinhoso cuidado. Menciona a autora ter sido Cícero quem primeiro usou a palavra “cultura” para questões do espírito e da alma, falando de *excolere animum*, cultivar o espírito, e de *cultura animi*, no sentido de um espírito cultivado. Para os romanos, o ponto essencial era sempre a conexão da cultura com a natureza, e, assim, cultura significava, originalmente, a agricultura, tida em alta conta em Roma em oposição às artes poéticas e de fabrico. Mesmo a *cultura animi* de Cícero, resultado da educação em Filosofia, significava exatamente o oposto de ser um fabricante ou criador de obras de arte. *Entre o passado e o futuro*, pp. 265-267. Miguel Reale afirma que os romanos já faziam distinção entre *cultura animi* e *cultura agri*, sendo que a agricultura era apreciada em seu valor humano, não se confundindo com a cultura do espírito. *Op. cit.*, p. 217.

<sup>7</sup> *Op. cit.*, pp. 225-229.

<sup>8</sup> *Op. cit.*, pp. 217-240. O autor nos alerta para a distinção entre o sentido filosófico e o comum do termo cultura, entendido este como absorção pessoal de conhecimentos e o aprimoramento do espírito em razão dos conhecimentos adquiridos.

Em sua linha de pensamento, preleciona a existência de dois mundos fundamentais: o mundo da natureza e o mundo da cultura (também chamado de “mundo do espírito”, “mundo histórico”, “espírito objetivo” ou “vida humana objetivada”), sendo que o homem constrói um mundo histórico sobre o mundo dado. Apresenta ele como diferenciação básica, que a natureza se explica e a cultura se compreende. “O elemento axiológico é a essência da compreensão da cultura. No fundo, a cultura é compreensão; e compreensão é valoração. Compreender, em última análise, é valorar, é apreciar os entes sob prismas de valor, vivenciando-os”.<sup>9</sup>

Ainda nessa abordagem, José Afonso da Silva nos explica que somente a Filosofia é capaz de mostrar a relação entre natureza e cultura, não em face de uma dicotomia, mas, sim, de interdependência necessária, pois a “natureza funciona como suporte de valores projetados pela vida humana que evidencia uma unidade essencial”, sendo que criar cultura, no fundo, consiste em transformar realidades naturais ou sociais, mediante a impregnação de valores”. Assim, “a concepção filosófica da cultura a vê como vida humana objetivada, ou seja, como projeção de valores espirituais que impregnam objetos da natureza”.<sup>10</sup>

Retornando a Miguel Reale, para se compreender o conceito de cultura, devemos partir da idéia de que a “cultura é um sistema ou um conjunto de bens culturais”. Para o autor, o bem cultural possui dois elementos: “suporte” e “significado”. “Suporte” seria o material, real ou psíquico, enquanto o “significado”, a expressão particular de valores.<sup>11</sup>

Nesse diapasão, nos deparamos com locais ou bens individualizados que guardam uma pluralidade de riquezas culturais que devem ser preservadas para que se compreenda o presente e se possa vislumbrar o futuro, conhecendo-se o

---

<sup>9</sup> *Ibid.*, pp. 243-255. Para Miguel Reale, a distinção entre explicar e compreender se refere ao “ser” e “dever ser”, no sentido da existência de nexos de causalidade e nexos de finalidade. Quando se fala em explicar, aplica-se um juízo de realidade (S é P) onde se atribui uma qualidade a um ente conforme ele se apresenta de fato, na realidade, não restando ao sujeito cognoscente possibilidade de opção e de preferência. Por outro lado, compreender exige um juízo de valor (S deve ser P) que apresenta, além da relação causal ou funcional, uma conexão de sentido, numa diretriz axiológica que resulta de uma tomada de posição do sujeito cognoscente. Dessa forma, compreender é “ver as coisas na integralidade de seus sentidos ou de seus fins, segundo conexões vivenciadas valorativamente”.

<sup>10</sup> *Ordenação constitucional da cultura*, p. 32.

<sup>11</sup> *Op. cit.*, p. 223. O autor menciona como exemplo uma estátua, que pode ser de bronze, de granito ou de mármore, sendo que essa matéria representa o suporte de um significado de beleza. Em uma realização de valor, o que sobreleva é o significado. Da mesma forma, em um quadro, o que vale não é a tela, mas aquilo que o artista quis projetar no mundo objetivo.

passado. Estão impregnados de valores e encontramos presente uma relação entre “suporte” e “significado”. São aqueles denominados “bens culturais”.

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.<sup>12</sup>

Dessa forma, podemos dizer que o bem cultural é aquele que se encontra inserido numa realidade histórica e temporal, envolvido por valores presentes numa determinada comunidade, e por isso, guardam relação com sua identidade, história, arte e expressões. Ou seja, possui um significado.

Os bens culturais compõem o patrimônio cultural brasileiro. Aqui nos deparamos com o termo brasileiro delimitando ou identificando a qual patrimônio cultural estamos nos referindo.

Inicialmente, precisamos ter em mente que a cultura não é única e nesse sentido não se pode vislumbrar uma cultura brasileira homogênea. O traço caracterizador da cultura brasileira é exatamente sua pluralidade advinda das interações entre os grupos formadores desta sociedade.

É nessa diversidade, que encontramos a expressão patrimônio cultural brasileiro, abarcando o patrimônio cultural de interesse da União, dos Estados e dos Municípios. Como nos diz José Afonso da Silva, compreende o patrimônio cultural nacional, 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. 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 idéia de nação, não raramente utilizado em contraposição ao regional, estadual ou local e também ao estrangeiro ou internacional.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional da cultura*, p. 26.

<sup>13</sup> *Ibid.*, pp. 77-102.

Ainda nos resta responder a indagação anteriormente feita: toda manifestação cultural é recepcionada como patrimônio cultural brasileiro e, dessa forma, passível de proteção constitucional?

Numa abordagem antropológica, toda manifestação humana é manifestação cultural. Mas, será que essa concepção nos basta para alcançarmos o sentido da norma constitucional?

Parece-nos que precisamos ir além do conceito antropológico. O artigo 216 da Constituição Federal nos reporta a necessidade de que as manifestações culturais ou os bens culturais sejam dotados de significado.

Retomamos o ensinamento de Miguel Reale. As manifestações ou bens são “suportes”. Para que sejam contados como pertencentes ao patrimônio cultural brasileiro necessitam do “significado”: que sejam portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

Nesse panorama, José Afonso da Silva ressalta que tudo o que o homem constrói, toda obra humana, é cultura, entretanto, nem tudo isso faz parte do sentido que a Constituição emprega para que essas manifestações culturais façam parte do patrimônio cultural brasileiro, mas somente com uma “significação referencial da norma constitucional”. O autor cita o exemplo de utensílios, objetos de cultura no sentido antropológico, mas que só terão significação constitucional se lhe forem acrescido o sentido referencial, por exemplo, “objeto de uso de uma personalidade histórica importante, ter participado de uma batalha (a espada) expressiva”.<sup>14</sup>

O Texto Constitucional ampliou a definição do Decreto-lei n. 25, de 30 de novembro de 1937, que utiliza a expressão patrimônio histórico e artístico nacional:

Art. 1º . Constitui 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

---

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 35. Nesse sentido: REISEWITZ, Lúcia. A autora diferencia o patrimônio cultural de fontes de cultura, estas mencionadas no artigo 215 da Constituição Federal, entendidas como “rede de significações e linguagens fruto da atividade do ser humano”. Assim, “nem tudo aquilo que é fonte de cultura é o que a norma jurídica consagra como patrimônio cultural”. *Direito ambiental e patrimônio cultural*, p. 86.

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 de 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.

Como podemos ver, o Decreto-lei transcrito entende como patrimônio histórico e artístico nacional somente aqueles bens que, por estarem vinculados a fatos memoráveis da história, de excepcional valor ou de feição notável, são inscritos nos livros do Tombo. Assim, somente aqueles abrangidos pelo ato administrativo do tombamento são considerados pertencentes ao patrimônio histórico e artístico nacional.

Diante da nova ordem jurídica, entendemos que o Decreto-lei n. 25/37, nesse aspecto, não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1.988, que considera pertencente ao patrimônio cultural brasileiro os bens portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira e, conforme § 1º do artigo 216, o tombamento é apenas uma das formas de proteção, ao lado de inventários, registros, vigilância, desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

Da mesma forma, a discussão sobre o patrimônio cultural não mais se restringe ao valor excepcional do bem, mas inclui todas as atividades humanas portadoras de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da nacionalidade ou sociedades brasileiras.<sup>15</sup>

Assim, os bens que compõem o patrimônio cultural brasileiro são dotados de um sentido, um significado.

O bem que compõem o chamado patrimônio cultural traduz a história de um povo, a sua formação, cultura e, portanto, os próprios elementos identificadores da cidadania, que constitui princípio fundamental norteador da República Federativa do Brasil.<sup>16</sup>

O sentimento de pertencer a uma comunidade é elemento essencial para o exercício da cidadania, como compromisso com a concretização dos valores fundamentais declarados como norteadores da República Federativa do Brasil.

---

<sup>15</sup> MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*, pp. 273-274.

<sup>16</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*, p. 22.

Envolve, inclusive, a participação no processo democrático de criação de uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos e fundada na harmonia social”, como nos diz o preâmbulo de nossa Constituição.

Nesse sentido, não são quaisquer bens ou manifestações culturais que merecem a proteção sob o olhar do Texto Constitucional, como vimos anteriormente, mas aqueles que sejam referenciais para definir a essência da identidade, ou da ação, ou da memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

Em linguagem coloquial, referência é alusão a coisas ou pessoas ou a relação entre elas, trazendo em si uma lembrança, um sinal de existência de pontos comuns. Dessa compreensão resulta que os bens culturais possuem em si algo de essência da identidade, da ação ou da memória da formação da sociedade brasileira, estruturando uma ponte para o conhecimento e memória desses valores.<sup>17</sup>

Já por identidade cultural, entende-se a disponibilidade de um patrimônio cultural exclusivo e próprio, junto a patrimônios culturais compartilhados.<sup>18</sup>

Quando falamos em identidade, nos reportamos à idéia de que somos diferentes, pois a identidade se define em razão de algo que lhe é exterior, do estrangeiro. Mas também há uma dimensão interna, para mostrar em que nos identificamos em função do espaço, do tempo, de circunstâncias e de fatores culturais.

A Constituição Federal, destarte, trouxe a consagração do pluralismo cultural, implicando no reconhecimento de que a cultura brasileira não é única, mas sim resultante da atuação e interação dinâmica de todos os grupos e classes sociais de todas as regiões. Nossa identidade de povo brasileiro traz esse perfil de diversidades culturais.

Inicialmente precisamos lembrar que a sociedade brasileira foi formada por diversas etnias, cada qual com uma realidade cultural pré-existente.

Historicamente, encontramos no início do processo civilizatório brasileiro a participação do índio, do branco e do negro.

---

<sup>17</sup> “Quer isso dizer que os bens que devem constituir o patrimônio cultural brasileiro hão de ser aqueles que sejam referenciais para definir a essência da identidade, ou da ação ou da memória dos mencionados grupos. Usamos, aqui, as alternativas porque não é necessário que a referência seja um vetor do conjunto desses objetos. Basta que seja pertinente a um, apenas: identidade, ou ação, ou memória”. SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 114.

<sup>18</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 702.

O índio que aqui vivia “antes da descoberta” possuía uma experiência de comunidade tribal. Eram organizados em tribos autônomas e possuíam culturas próprias e diversidades lingüísticas.<sup>19</sup>

Os portugueses, sob regime monárquico, trouxeram a experiência urbana e classista, com a concentração de poder nas mãos de poucos, com sua Corte e sob as rédeas do Vaticano, que oficializava as normas básicas da ação colonizadora.<sup>20</sup>

Os africanos foram trazidos um pouco mais tarde, pertencendo a três grandes grupos culturais: o das culturas sudanesas, o das culturas africanas islamizadas e o das tribos Bantu. Possuíam diversidades culturais e falavam dialetos específicos de cada uma de suas tribos de origem.<sup>21</sup>

A cultura elaborada na “colônia” vai refletir o encontro dessas três realidades.

Com o processo de imigração, após a abolição da escravatura, vários outros povos chegaram e aqui fizeram sua morada, trazendo na bagagem sua carga cultural (arte, língua culinária, festas), contribuindo para a formação do povo brasileiro, como, por exemplo, italianos, alemães, espanhóis e japoneses.

Essa pluralidade cultural, concebida no processo de formação, contribuiu para a identidade do povo brasileiro, para nos diferenciar, poderíamos dizer, de outros povos. Tanto assim, que ao nos definirmos dizemos que somos brasileiros. Temos uma identidade, uma identificação, que tem como traço característico as diversidades culturais.<sup>22</sup>

No dizer de Lúcia Reisewitz, “a identidade é assim o elemento que faz com que tenhamos raízes, estejamos vinculados a alguma coisa ou alguém. Faz das

---

<sup>19</sup> RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro...*, pp. 31-37.

<sup>20</sup> *Ibid.*, pp. 37-39.

<sup>21</sup> *Ibid.*, pp. 113-115.

<sup>22</sup> Nesse sentido, para Darcy Ribeiro, “a sociedade e a cultura brasileiras são conformadas como variantes da versão lusitana da tradição civilizatória européia ocidental, diferenciadas por coloridos herdados dos índios americanos e dos negros africanos. (...) O que tenham os brasileiros de singular em relação aos portugueses decorre das qualidades diferenciadoras oriundas de suas matrizes indígenas e africanas; da proporção particular em que elas se congregaram no Brasil; das condições ambientais que enfrentaram aqui e, ainda, da natureza dos objetivos de produção que os engajou e reuniu. Essa unidade étnica básica não significa, porém, nenhuma uniformidade, mesmo porque atuaram sobre ela três forças diversificadoras. A ecológica, fazendo surgir paisagens humanas distintas onde as condições de meio ambiente obrigaram a adaptações regionais. A econômica, criando formas diferenciadas de produção, que conduziram a especializações funcionais e aos correspondentes gêneros de vida. E, por último, a imigração, que introduziu, nesse magma, novos contingentes humanos, principalmente europeus, árabes e japoneses. Mas já o encontrando formado e capaz de absorvê-los e abraileirá-los, apenas estrangeirou alguns brasileiros ao gerar diferenciações nas áreas ou nos estratos sociais onde os imigrantes mais se concentraram”. *Ibidem*, pp. 20-21.

nossas ações uma manifestação que pertence a um todo, merecendo, por isso, atenção preservacionista”.<sup>23</sup>

A própria Constituição Federal reconheceu o pluralismo cultural brasileiro, adotando em seu preâmbulo a opção por uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, garantindo, assim, as manifestações culturais dos diversos grupos formadores da sociedade brasileira e o acesso às fontes de cultura em todas as suas formas.

Para podermos falar sobre nossa identidade cultural precisamos estar conscientes de que ela é formada por várias realidades culturais e, dessa diversidade, surge a nossa singularidade. E assim, toda ação de preservação de bens culturais precisa estar atenta a essa característica e sensível à manutenção da diversidade, a fim de assegurar nossa sobrevivência cultural.

O homem, como sabemos, é um ser social e, inserido na comunidade, dela absorve as fontes culturais que serão elementos que irão formá-lo como homem e, mediante suas manifestações, contribuirá para a formação de outros homens, de geração em geração.

Estamos diante de um processo de formação da sociedade brasileira. A cultura é dinâmica e a sociedade brasileira está em constante formação, porque o homem é dinâmico e se constrói e reconstrói a cada dia, assim como suas manifestações.

Podemos identificar um direito à memória, que reflete aquilo que já foi vivido, sentido e experimentado, e permanece guardado na mente e no coração das pessoas.

Nesse sentido, o entendimento de Daniela Campos Libório Di Sarno:

De qualquer forma, reconhecer elementos como próprios, através do tempo, traz identidade. Esta é uma noção de conteúdo histórico. O ambiente em que crescemos e vivemos é o espaço onde nossas lembranças reaparecerão. Assim, o espaço urbano traz as referências de identidade de um grupo social que somente serão compreendidas no ambiente histórico em que produziram. Por isso devem ser organizadas (valoradas) no território específico em que produzam tais sentimentos. Se assim for feito, uma postura de respeito poderá ser vivenciada pelos cidadãos.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> *Op. cit.*, p. 102.

<sup>24</sup> *Elementos de direito urbanístico*, p. 92.

Conforme comenta Lúcia Reisewitz, com o exercício da memória podemos identificar o que nos une enquanto povo e enquanto nação e, isso é essencial para que, conscientes de quem somos, nos tornemos menos vulneráveis às manipulações políticas e ideológicas, bem como possamos evitar repetir o passado, nos pontos negativos que marcaram a caminhada de nossa sociedade.<sup>25</sup>

Tudo o que aconteceu no passado merece ser lembrado, mas, como nos diz Ernst Cassirer<sup>26</sup>, não pode ser reconstruído ou despertado. Por isso, os bens culturais devem ser mantidos e preservados em seu estado original, desde um edifício com suas características arquitetônicas até a transmissão de conhecimento de geração em geração.

Os bens culturais nos refletem os acontecimentos da história, as realidades da formação da sociedade brasileira, as criações artísticas e científicas, as formas de ser, fazer e viver.

Os incisos do artigo 216 da Constituição Federal contemplam alguns bens culturais que integram o patrimônio cultural brasileiro. Vale dizer, os bens descritos nos incisos devem guardar relação com a formação da sociedade brasileira para serem passíveis da proteção constitucional.<sup>27</sup>

A Constituição Federal, quando prevê a proteção às formas de expressão e aos modos de criar, fazer e viver, dá um sentido dinâmico à proteção a esses bens culturais, uma vez que poderá ser adaptado às condições espaciais e temporais. A realidade da sociedade, que muda ao longo do tempo e em face das circunstâncias históricas, necessita de um mecanismo de proteção que seja sensível às suas transformações e capaz de acompanhá-las na proteção às suas manifestações, garantindo sua perpetuidade.

De acordo com a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, aprovada pela Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência

---

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 102.

<sup>26</sup> *Op. cit.*, p. 334.

<sup>27</sup> “Não se trata de proteger juridicamente todas as manifestações culturais, mas apenas os bens de natureza material e imaterial que sejam portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”. SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 114. Nesse sentido: MILARÉ, Edis. *Op. cit.*, p. 274; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Op. cit.*, 212. Em sentido contrário, Paulo Afonso Leme Machado entende que “temos que diferenciar o *caput* do art. 216 e seus quatro incisos. O *caput* refere-se à identidade, à ação e à memória dos grupos formadores da sociedade brasileira. Os quatro incisos do mesmo artigo apresentam a relação de ‘bens de natureza material e imaterial’ que podem ou não se relacionar com os grupos formadores da sociedade brasileira. A distinção que se faz tem como consequência que os bens incluídos nos quatro incisos podem ser protegidos mesmo que não tenham direta ou indiretamente vínculos à identidade, à ação e à memória dos grupos formadores da sociedade brasileira”. *Direito ambiental brasileiro*, p. 872.

e Cultura - UNESCO -, em 17 de outubro de 2003, entende-se por patrimônio cultural imaterial as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas - junto com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares que lhes são associados - que as comunidades, os grupos e, em alguns casos, os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural.

Esse 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, contribuindo assim para promover o respeito à diversidade cultural e à criatividade humana.<sup>28</sup> Enfim, o que a Constituição Federal chama de formas de expressão, modos de criar, fazer e viver do povo.<sup>29</sup>

As formas de expressão são os modos de exteriorização das manifestações culturais.<sup>30</sup> Dentre elas a língua, a literatura, a música, a dança, as festas religiosas, o folclore.

A língua, como sistema de representação constituído por palavras e por regras que as combinam em frases, que os indivíduos de uma comunidade lingüística usam como principal meio de comunicação e de expressão, falado ou escrito, conforme Dicionário Houaiss, é forma de transmissão de cultura de geração em geração.

A literatura (uso estético da linguagem escrita ou arte literária, como nos ensina o Dicionário Houaiss), como criação e narração de uma realidade sob a visão particular de seu autor, por meio de romances, novelas, poesias, teatros, reflete a realidade de uma época, sua forma de vida, suas ideologias e influências.<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup> Conforme informações do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN - in <http://www.iphan.gov.br>.

<sup>29</sup> Como exemplo temos o “Ofício das Panelas de Goiabeiras”, de Vitória-ES, fabricação artesanal de panelas de barro, cujo saber é repassado de mãe para filha por gerações sucessivas, constituindo o modo de sobrevivência de mais de 120 famílias.

<sup>30</sup> “O homem não pode viver sua vida sem constantes esforços para expressá-la”, como nos diz Ernst Cassirer. *Op. Cit.*, p. 299.

<sup>31</sup> Podemos citar como exemplo “Memórias de um sargento de milícias”, escrito por Manuel Antônio de Almeida, inicialmente como folhetim do suplemento “A Pacotilha” do “Correio Mercantil”, entre junho de 1852 a julho de 1853. Trata-se de um romance de costumes, que nos descreve a vida da sociedade urbana do Rio de Janeiro, na época de D. João VI. Ao contrário de outros contemporâneos, Manuel Antônio de Almeida nos faz conviver com todas as classes sociais e com costumes, bons ou maus, descreve todas as indumentárias, de gala ou não, que possam significar vivência social, bem como relata todas as festas de rua, de igreja e de família. Outro aspecto importante da obra é documentação da língua falada na época, não sofrendo nenhum “amaneiramento, impondo-se por um coloquial filtrado e pitoresco”, consoante apresentação de Eliane Zagury à edição de 1979 da Editora Ática.

Combinação harmoniosa de sons, como podemos conceituar a música, é uma das formas culturais mais autênticas, como expressão de pensamentos, sentimentos e emoções de uma comunidade.<sup>32</sup>

A dança, como forma de expressão por meio de movimentos ritmados do corpo, reflete as tradições, sentimentos, costumes, pensamentos e experiências da comunidade,<sup>33</sup> assim como as festas religiosas expressam da devoção do povo.<sup>34</sup>

Também como forma de expressão encontramos o folclore, que pode ser caracterizado pelas manifestações coletivas com valor funcional na vida de um povo, que as pratica de forma empírica e tradicional. É um fenômeno social, coletivo, de natureza dinâmica, popular, empírico, espontâneo, transmitido por via oral, com base na tradição e geograficamente localizado.<sup>35</sup> É o conjunto de tradições, lendas e crenças de um povo. É a forma que o povo tem para compreender e explicar o mundo. Por meio dessa manifestação cultural, podemos entender o processo de formação do povo brasileiro, segundo sua própria ótica, com suas explicações para os fenômenos cotidianos.<sup>36</sup>

Nessa esteira, encontramos os ditados ou provérbios populares, como expressão da sabedoria do povo, cujos ensinamentos, muitas vezes de conteúdo moral da comunidade, outras vezes em tom satírico, passam de geração em geração.<sup>37</sup>

---

<sup>32</sup> Nesse sentido encontramos desde a moda de viola, que conta casos e fala de saudade, até “O Guarani”, ópera indianista escrita por Carlos Gomes, baseada no romance de José de Alencar de mesmo nome.

<sup>33</sup> Podemos citar, dentre as centenas de danças tradicionais espalhadas pelo Brasil, o frevo, em Pernambuco, em que o passista, em suas acrobacias, se faz acompanhar de uma pequena sombrinha, e a quadrilha, que não pode faltar nas festas de São João.

<sup>34</sup> Encontramos, por exemplo, o Círio de Nazaré, uma celebração religiosa que acontece todo mês de outubro, em Belém do Pará, como demonstração de devoção e solidariedade, de reiteração de laços familiares e manifestação social e política. Apresenta uma estrutura complexa que agrega diferentes celebrações e festividades, antes e depois do evento principal – a procissão do Círio. Essas práticas têm desdobramentos regionais e congregam, anualmente, no segundo domingo de outubro, em torno de um milhão e meio de pessoas na cidade de Belém. A festa, que foi instituída em 1793, é marcada pelo sentido da rememoração. O Círio de Nazaré reconta, por meio de seu cerimonial religioso, a lenda que envolve o achado, em 1700, da imagem de Nossa Senhora de Nazaré por um caboclo denominado Plácido. Conforme informações do Conforme informações do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN – *in* <http://www.iphan.gov.br>.

<sup>35</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Op. cit.*, p. 704.

<sup>36</sup> O folclore brasileiro é muito rico. Uma das figuras de nosso folclore é o Saci-Pererê, representado por um menino negro que tem apenas uma perna, sempre com seu cachimbo e o gorro vermelho que lhe dá poderes mágicos, como desaparecer, por exemplo. Vive aprontando travessuras. Diz a crença popular que dentro de todo redemoinho de vento há um Saci... Que nunca ouviu falar dele?

<sup>37</sup> Como, por exemplo: “água mole em pedra dura, tanto bate até que fura”, “a união faz a força”, “diga-me com quem andas que eu direi quem és”, “onde há fumaça, há fogo”, “o hábito não faz o monge”.

Em todos os tempos os homens buscaram formas de comunicar-se, de expressar seus sentimentos e compartilhar seus conhecimentos. Isso constrói um povo. Os modos de criar, fazer e viver são usos, costumes, crenças e tradições que influenciam a vida cotidiana de uma sociedade.

Os usos e costumes são formas, maneiras de agir que surgem gradualmente em uma sociedade. Os usos são as maneiras de agir, as formas de conduta que um povo desenvolve durante a vida e, repetindo-as, tornam-se generalizadas, como, por exemplo, a forma com que os indivíduos se saúdam, o tipo de alimentação, o uso de gravatas e colares. Os costumes são maneiras de agir mantidas com tenacidade pelo grupo social, pois consideradas essenciais, como enterrar os mortos, usar roupas.

Encontramos em Max Weber o fundamento dos usos e costumes nas regularidades de fato, nas ações que se repetem com sentido tipicamente homogêneo. Denomina uso a probabilidade efetivamente dada de uma regularidade na orientação da vida social, mediante o exercício efetivo. O costume, por sua vez, dá-se quando o exercício se baseia no hábito inveterado, cuja regularidade é condicionada pela “situação de interesses”, na medida em que a probabilidade de sua existência empírica depende unicamente de que as pessoas orientem por expectativas suas ações puramente racionais, e cuja provável observação possam esperar de outros agentes pertencentes ao mesmo círculo. Os usos e costumes se diferenciam da convenção, que Max Weber conceitua como o costume que, no interior de determinado círculo de pessoas, é tido como “vigente” e está garantido por uma reprovação diante de um comportamento discordante.<sup>38</sup>

A tradição é a origem dos usos e costumes, responsável pelas práticas reiteradas, que passam de geração a geração.

Consoante Maria Helena Diniz, tradição é a transmissão de costumes verificados em épocas diversas de pessoa a pessoa, no decorrer do tempo, ou, o que é, vivamente, transmitido numa sociedade pela palavra, pela escrita ou pelo modo de agir.<sup>39</sup> Assim, a tradição pode se compreendida como parte de herança social que é valorizada pelo que representou no passado, não se perpetuando exclusivamente por meio de monumentos históricos ou documentos escritos, mas, e

---

<sup>38</sup> *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*, vol. 1, pp. 17-21.

<sup>39</sup> *Dicionário jurídico*, vol. 4, p. 597

principalmente, pelo contato direto e vivo, pela transmissão de pessoa a pessoa, geralmente partindo dos mais velhos às gerações seguintes.<sup>40</sup>

As crenças de um povo podem ser entendidas como o conjunto de representações coletivas aceitas como verdadeiras por uma sociedade, sem haver sido questionadas ou provadas por meios racionais. É um sistema de valores que são reconhecidos como ideais, implicando certa translação de elementos religiosos para a vida e conduta social.<sup>41</sup>

Esses modos de criar, fazer e viver refletem o cotidiano da comunidade e a proteção de sua continuidade é imprescindível para a saúde cultural do povo.<sup>42</sup>

As criações científicas, artísticas e tecnológicas dizem respeito às invenções e as novas fórmulas descobertas na área da ciência.

São formas de manifestações culturais, que o Poder Público deverá promover, consoante disposto no artigo 218 da Constituição Federal: “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica”.

A ciência, como fator de desenvolvimento cultural humano, assim foi tratada por Ernst Cassirer:

A ciência é a última etapa do desenvolvimento mental do homem, e pode ser vista como a mais alta e mais característica façanha da cultura humana. (...) Não existe nenhum segundo poder no nosso mundo moderno que se possa ser comparado ao do pensamento científico. Este é proclamado como o ápice e a consumação de todas as nossas atividades humanas, o último capítulo da história do gênero humano e o tema mais importante de uma filosofia do homem.<sup>43</sup>

Das criações artísticas, a Semana de Arte Moderna pode ser considerada uma das maiores revoluções culturais ocorridas no Brasil, envolvendo a arte em suas diversas formas, como por exemplo, a literatura, a pintura e a música. Basicamente foi idealizada e realizada por nove personalidades do mundo das artes

---

<sup>40</sup> DELLA TORRE, Maria Benedita Lima. *O homem e a sociedade*, p. 179-180.

<sup>41</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Op. cit.*, p. 707.

<sup>42</sup> Nesse sentido, os modos de criar, fazer e viver podem ser exemplificados: o uso da cor preta, pelos brasileiros, nos enterros e funerais como sinal de luto, enquanto que na China, a cor usada nessas ocasiões é a branca; a roca de fiar, os teares manuais no interior de Minas Gerais; peças bordadas à mão no Nordeste; as panelas de barro, no Espírito Santo; a culinária: chimarrão, no Rio Grande do Sul, vatapá e acarajé, na Bahia, feijão tropeiro e tutu-de-feijão, em Minas Gerais, moqueca de peixe, no Espírito Santo.

<sup>43</sup> *Op. cit.*, p. 338.

da época: Anita Malfatti, Di Cavalcanti, Graça Aranha, Manuel Bandeira, Mario de Andrade, Menotti Del Picchia, Oswald de Andrade, Tarsila do Amaral e Villa-Lobos.

Realizada no Teatro Municipal de São Paulo nos dias 13, 15 e 17 de fevereiro de 1922, a Semana de Arte Moderna tinha como objetivo manifestar um descontentamento com a realidade cultural da época. É um marco da sociedade brasileira.

As idéias modernistas podem ser vistas no *Manifesto antropófago*, de Oswald de Andrade. Aqui reproduzimos alguns de seus fragmentos:

Só a antropofagia nos une. Socialmente. Economicamente. Philosophicamente. Unica lei do mundo. Expressão mascarada de todos os individualismos, de todos os coletivismo. De todas as religiões. De todos os tratados de paz. (...)  
Queremos a revolução Carahiba. Maior que a revolução Francesa. A unificação de todas as revoltas eficazes na direção do homem. Sem nós a Europa não teria sequer a sua pobre declaração dos direitos do homem. A idade de ouro anunciada pela America. A idade de ouro. E todas as girls.<sup>44</sup>

O manifesto acima é uma denúncia à dependência no plano cultural ao capitalismo. Nada mais atual.

Obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais relacionadas à memória e à história de formação do nosso povo são bens culturais que a Constituição considera incluídos em sua esfera de proteção, quer sejam móveis ou imóveis.<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> Revista de Antropofagia, Anno I, numero I, maio de 1928, in SHWARTZ, Jorge (org.). *Caixa Modernista*.

<sup>45</sup> Os bens móveis são caracterizados pelos acervos dos museus, objetos arqueológicos (aqueles que guardam informações do passado da humanidade), documentos, livros, peças de arte sacra, pinturas, dentre outros, que retratam a vida cotidiana ou se referem a fatos específicos da história. Para exemplificar, podemos citar o acervo do Museu Imperial, em Petrópolis-RJ, que reúne 7.866 objetos representativos da cultura nacional e estrangeira do século XIX, e dentre as peças únicas, destacam-se os objetos-símbolos da Monarquia Brasileira, como a coroa imperial de D. Pedro I, a coroa e os trajes majestáticos de D. Pedro II e o cetro dos dois imperadores; seu Arquivo Histórico tem sido uma valiosa fonte de estudo do período monárquico brasileiro para pesquisadores e historiadores do país, com um acervo que compreende cerca de 100 mil documentos e sua Biblioteca, especializada em História, principalmente do Brasil no tempo Império, conta com 40 mil volumes, conforme informações disponíveis in <http://www.museuimperial.gov.br/iniciogeral.htm>. Quanto aos espaços destinados às manifestações artístico-culturais, temos o Museu de Arte de São Paulo - MASP - e o Teatro Municipal de São Paulo.

Já os conjuntos urbanos podem ser entendidos como o *habitat* humano, o local onde o homem habita e manifesta suas realizações, sendo composto por um conjunto de bens que agregam valores culturais.<sup>46</sup>

Sítios são lugares onde os elementos naturais e construídos possuem conformações ambientais representativas do processo de desenvolvimento, onde encontramos em inter-relação a natureza e as obras humanas.

As paisagens naturais relacionadas à formação da sociedade brasileira merecem guarida constitucional, sendo que as Constituições anteriores utilizavam a expressão “paisagens notáveis”, dotadas de grande beleza e particularidade.

Apesar da Constituição Federal falar somente em sítios arqueológicos, José Afonso da Silva traz uma nova sistematização, distinguindo três espécies de objetos culturais arqueológicos: monumentos, sítios e inscrições rupestres. Monumentos arqueológicos são as jazidas, como depósitos de objetos construídos ou organizados pelos paleomeríndios do Brasil: sambaquis, montes artificiais ou tesos, jazigos, poços sepulcrais. Sítios arqueológicos são os locais que foram ocupados pelos paleomeríndios (grutas, lapas) ou áreas por eles utilizadas para alguma finalidade (cemitérios, pouso, aldeamento). Inscrições rupestres são objetos (escritos, desenhos) que assinalam atividades dos paleomeríndios.<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> Dentre outros, podemos citar o conjunto arquitetônico, paisagístico e escultório denominado Santuário de Bom Jesus de Matozinhos, em Congonhas-MG. Sua construção foi iniciada em 1757, guardando traços do rococó mineiro, que é uma das fases do barroco nacional. O barroco, como um movimento, surgiu na Europa no século XVII e atingiu as artes, a arquitetura e a literatura. Esse estilo no Brasil recebeu influência de diversas tendências barrocas, tanto portuguesas quanto francesas, italianas e espanholas, ganhando expressões características em diversos locais, especialmente em Minas Gerais. Em 1800, Antônio Francisco Lisboa, o Aleijadinho, iniciou a execução do grupo escultórico composto de doze profetas em pedra sabão, que compõe o acervo desse monumento, integrando-o perfeitamente à paisagem de seu entorno. O conjunto é formado pela capela de Bom Jesus, pórtico, imponentes escadarias, muros e parapeitos do adro e outras seis capelas, dispostas ao longo do caminho que leva ao Santuário, localizado no alto de uma colina. As capelas têm em seu interior a representação de Sete Passos da Paixão de Cristo. O movimento, a perfeição dos traços e a expressão das figuras evocam cenas de drama teatral. As imagens foram esculpidas em madeira por Aleijadinho e pintadas por Manuel da Costa Athayde. O adro com os 12 Profetas - Isaías, Baruc, Jeremias, Ezequiel, Daniel, Oséias, Joel, Amós, Abdias, Jonas, Naum e Habacuc - foi a última etapa do conjunto, realizada entre 1800 e 1805. As grandes esculturas em pedra-sabão, situadas nesse pequeno espaço, criam perspectivas que o transformam num cenário monumental. A grandiosidade desta obra, desenvolvida quando Aleijadinho já se encontrava velho e doente, marca a genialidade do grande poeta da pedra sabão. O primoroso acabamento das estátuas em pedra, a expressividade das imagens em madeira e a perfeita integração do conjunto impõem-se vigorosamente. Antônio Francisco Lisboa, reconhecido como o artista brasileiro mais importante da época colonial, o Aleijadinho, em razão de uma doença degenerativa que o acometeu por volta dos 40 anos de idade. Informações do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN – *in* <http://www.iphan.gov.br>.

<sup>47</sup> *Op. cit.*, p. 126. Podemos citar o sítio Lajedo de Soledade, em Apodí-RN, que apresenta várias grutas, abrigos e cavernas onde foram executadas pinturas e gravuras rupestres. Para consulta aos

Vale lembrar que os bens indicados nos incisos do artigo 216 devem ser considerados em face de sua referência ao processo de formação da sociedade brasileira e não analisados isoladamente. Refletem a identidade do povo brasileiro e merecem receber a proteção constitucional.

Os conjuntos arquitetônicos e os sítios históricos nos remetem a uma época da história.

Ao caminharmos pelas ruas do preservado centro histórico da cidade de Tiradentes-MG, temos a sensação de voltar ao passado: as ruas estreitas, o calçamento de pedra, a fachada das casas, os lampiões... É a história que se perpetua no tempo. É uma experiência que não tem preço.

Tiradentes é assim: calçamento em pedra “pé-de-moleque”, por onde passaram senhores e escravos, garimpeiros, o povo e as procissões, e seguiam pelos becos que se formaram pelo encontro das ruas, tendo como cenário a arquitetura segundo as belezas do Barroco nos casarões, casas de telhas coloniais, e, ao fundo, a Serra de São José, onde se encontravam filões de ouro aos seus pés e que abraça a cidade, compondo um quadro inesquecível, de ontem e de hoje, cuja história que o tempo não conseguiu apagar.

Estar nesse túnel do tempo é a forma de vida dos moradores de Tiradentes, que, mais do que salvaguardar materialmente a arquitetura local, procuram conservar as tradições, sua forma de ser, fazer e viver.

Dessa forma, todo bem que se refere a nossa formação, identidade e memória, é bem cultural, reconhecido como parte do patrimônio cultural e merece proteção especial do ordenamento jurídico e da comunidade, que é, ao mesmo tempo, responsável pela sua conservação e beneficiária de suas manifestações.

Ainda nos resta analisar a relação do patrimônio cultural com o chamado meio ambiente cultural.

O conceito de meio ambiente, como nos lembra Edis Milaré, “pertence a uma daquelas categorias cujo conteúdo é mais facilmente intuído que definível, em virtude da riqueza e complexidade do que encerra”.<sup>48</sup>

---

bens que compõem o patrimônio arqueológico brasileiro indicamos o endereço eletrônico <http://www.iphan.gov.br>.

<sup>48</sup> E continua o autor: “Em *linguagem técnica*, meio ambiente é ‘a combinação de todas as coisas e fatores externos ao indivíduo ou população de indivíduos em questão’. Mais exatamente, é constituído por seres bióticos e abióticos e suas relações e interações. Não é mero espaço circunscrito, é realidade complexa e marcada por múltiplas variáveis. No *conceito jurídico* mais em uso de meio ambiente podemos distinguir duas perspectivas principais: uma estrita e outra ampla.

A primeira noção de meio ambiente é aquela que se refere aos fatores naturais e sua relação com os seres vivos: a natureza.

A Lei n. 6.938, de 31 de outubro de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, em seu art. 3º, inciso I, conceitua meio ambiente como “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

Entretanto, a expressão meio ambiente deve ser entendida em sentido amplo, pois envolve as múltiplas relações do ser humano com o mundo no tempo e no espaço, com os elementos naturais, artificiais e culturais.

No dizer de José Afonso da Silva, o meio ambiente é “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”.<sup>49</sup>

A problemática do meio ambiente ganhou contornos constitucionais:

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.

Segundo Edis Milaré o equilíbrio ecológico é requisito para a manutenção da qualidade e características essenciais do ecossistema ou de determinado meio, devendo ser entendido como estado dinâmico no amplo contexto das relações entre os vários seres que compõem o meio, como as relações tróficas.<sup>50</sup> O equilíbrio ecológico supõe mecanismos de auto-regulação ou retroalimentação nos ecossistemas.<sup>51</sup>

---

Numa *visão estrita*, o meio ambiente nada mais é do que a expressão do patrimônio natural e as relações com e entre os seres vivos. Tal noção, é evidente, despreza tudo aquilo que não diga respeito aos recursos naturais. Numa *concepção ampla*, que vai além dos limites estreitos fixados pela Ecologia tradicional, o meio ambiente abrange toda a natureza original (natural) e artificial, assim como os bens culturais correlatos. (...) Em outras palavras, quer-se dizer que nem todos os ecossistemas são naturais, havendo mesmo quem se refira a “ecossistemas sociais” e “ecossistemas naturais”. Esta distinção está sendo, cada vez mais, pacificamente aceita, quer na teoria, quer na prática”. *Op. cit.*, pp. 77-78.

<sup>49</sup> *Direito ambiental constitucional*, p. 20.

<sup>50</sup> Trófico é relativo a ou próprio de alimento ou do processo de alimentação. HOUAISS, Antônio. *Dicionário eletrônico*.

<sup>51</sup> *Op. cit.*, p. 982

Podemos dizer que nesse meio ambiente há uma situação de equilíbrio<sup>52</sup> entre os elementos bióticos e abióticos e seu ambiente, com a manutenção e desenvolvimento da vida em todas as suas formas.

Nesse sentido e, ainda consoante dispositivo constitucional em comento, o meio ambiente é bem essencial à sadia qualidade de vida, no sentido de concretização do fundamento da dignidade da pessoa humana e de tutela do direito à vida, não concebida somente no sentido fisiológico, mas albergando outros valores fundamentais para sua sobrevivência.

O direito à vida deve ser o pano de fundo para a interpretação, elaboração e aplicação de normas que envolvam o meio ambiente, pois a salvaguarda do *habitat* humano, em todas as suas formas, é inerente à preservação da espécie humana.

A Constituição (...) toma consciência de que “a qualidade do meio ambiente se transformara num bem, num patrimônio, num valor mesmo, cuja *preservação, recuperação e revitalização* se tornaram num imperativo do Poder Público, para assegurar a saúde, o bem-estar do homem e as condições de seu desenvolvimento. Em verdade, para assegurar o direito fundamental à vida”. As normas constitucionais assumiram a consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente. Compreendeu que ele é um valor preponderante, que há de estar acima de quaisquer considerações como as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade, como as da iniciativa privada. Também estes são garantidos no texto constitucional, mas, a toda evidência, não podem primar sobre o direito fundamental à vida, que está em jogo quando se discute a tutela da qualidade do meio ambiente, que é instrumento no sentido de que, através dessa tutela, o que se protege é um valor maior: a *qualidade da vida humana*.<sup>53</sup>

Consoante a Declaração de Estocolmo de 1972, em seu primeiro princípio: “o homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequadas num meio ambiente de tal qualidade que lhe permita levar uma vida digna e gozar do bem-estar, e tem a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras...”.

---

<sup>52</sup> Equilíbrio é condição de um sistema físico no qual as grandezas que sobre ele atuam se compõem, para não provocar nenhuma mudança em seu estado; posição estável de um corpo, sem oscilações ou desvios; postura ou posição estável; aprumo; igualdade de força entre duas ou mais coisas ou pessoas, grupos etc. em oposição; estado do que está submetido a duas forças opostas iguais; igualdade quantitativa; estado ou condição do que se mantém constante, inalterado; estabilidade; distribuição, proporção harmoniosa; harmonia. HOUAISS, Antônio. *Dicionário eletrônico*.

<sup>53</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 821.

Podemos entender qualidade de vida como a presença concreta de aspectos de bem-estar na vida do indivíduo.

A expressão “sadia qualidade de vida” nos remete a princípio ao conceito de saúde da Organização Mundial de Saúde, como sendo o “estado de bem-estar físico, mental e social”. Assim, a sadia qualidade de vida envolve vários aspectos e não somente a ausência de doenças. Mas, quais seriam eles?

Esse questionamento é respondido por Celso Antonio Pacheco Fiorillo: “são os bens fundamentais à garantia da dignidade da pessoa humana. Isso importa afirmar que ter uma sadia qualidade de vida é ter uma vida com dignidade”.<sup>54</sup>

Segundo Maria Garcia, “dignidade da pessoa humana corresponde à compreensão do ser humano na sua integridade física e psíquica, como autodeterminação consciente, garantida moral e juridicamente”.<sup>55</sup>

Com efeito, uma vida digna reclama a satisfação da concretização de valores mínimos fundamentais. E, tais valores se apresentam em várias dimensões: biológica (saúde, alimentação, moradia), psicológica (respeito, cuidado com si próprio, pertença a uma sociedade), cultural (lazer, acesso aos bens culturais, como literatura, música, tradições), e social (trabalho, transporte).

No mesmo sentido, José Afonso da Silva aponta que o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o amplo sentido normativo-constitucional, não podendo ser reduzido à defesa dos direitos pessoais tradicionais. Assim, a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (artigo 170), a ordem social visará a realização da justiça social (artigo 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (artigo 205), e, devem ser entendidos “não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana”.<sup>56</sup>

São ambientais todos os bens que adquirem essencialidade para a manutenção da vida em todos os seus aspectos. Decorre, daí, o dever do Poder Público e de toda a coletividade de proteção do meio ambiente, que deve ser resguardado não só para aqueles que estão vivos, mas reportando-se a um direito futuro, daqueles que virão.

---

<sup>54</sup> *Curso de direito ambiental brasileiro*, p. 55.

<sup>55</sup> *Limites da ciência*, p. 211.

<sup>56</sup> *Curso de direito constitucional positivo*, p. 105.

Nesse panorama, a expressão meio ambiente ganha contornos mais amplos, pois envolve múltiplas relações do ser humano com o mundo no tempo e no espaço, com os elementos naturais, artificiais e culturais, conforme as lições de Edis Milaré:

Essa visão faz-nos incluir no conceito de ambiente – além dos ecossistemas naturais – as sucessivas criações do espírito humano que se traduzem nas suas múltiplas obras. Por isso, as modernas políticas ambientais consideram relevante ocupar-se do patrimônio cultural, expresso em realizações significativas que caracterizam de maneira particular, os assentamentos humanos e as paisagens do seu entorno.<sup>57</sup>

Para melhor identificação da atividade degradante, bem como do bem diretamente agredido e facilitar a forma de proteção, convencionou-se classificar o meio ambiente em natural, artificial, cultural, do trabalho.

Meio ambiente natural, ou físico, é facilmente identificável, pois é constituído pelo ar, água, solo, flora e fauna. Relaciona-se com a natureza em todas as suas formas e com os recursos naturais, ou seja, a interação dos seres vivos e seu meio: são os recursos que a natureza coloca à disposição do homem.

Artificial é considerado o meio ambiente relacionado ao *habitat* urbano. Assim, é constituído pelo espaço urbano construído, suas edificações e equipamentos urbanos, como calçadas, ruas, viadutos, praças.

Já o meio ambiente do trabalho pode ser considerado como aquele em que as pessoas desenvolvem suas atividades laborais. Busca-se o equilíbrio entre as atividades desempenhadas, os bens móveis e imóveis da empresa, e a proteção à saúde e segurança do trabalhador.

E, finalmente, o meio ambiente cultural pode ser entendido como a interação de bens materiais e imateriais que guardam relação com a identidade, a memória e as manifestações de um povo, garantindo sua sobrevivência histórica. Ou, em outro dizer, é formado pelo patrimônio cultural.

---

<sup>57</sup> *Op. cit.*, p. 272. No mesmo sentido, os ensinamentos de José Afonso da Silva: “O *ambiente* integra-se, realmente, de um conjunto de elementos naturais e culturais, cuja interação constitui e condiciona o *meio* em que se vive. Daí por que a expressão “meio ambiente” se manifesta mais rica de sentido (como conexão de valores) do que a simples palavra “ambiente”. Esta exprime o conjunto de elementos; aquela expressa o resultado da interação desses elementos. O *conceito de meio ambiente* há de ser, pois, globalizante, abrangente de toda a Natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico”. *Direito ambiental constitucional*, p. 20.

## II PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO CULTURAL

### 2.1 Competência para a preservação

Como dissemos, os bens que compõem o patrimônio cultural brasileiro merecem proteção especial por serem o retrato da história, a memória viva e presente no meio da comunidade. O homem precisa sentir-se parte da história e os bens culturais lhe mostram os laços com suas origens. Ele não pode ser compreendido ou compreender-se como indivíduo isolado. O ser humano só é completo quando interage com o meio em que vive e transmite para as futuras gerações as suas manifestações.

Essa proteção envolve não só medidas para sua defesa, visando garantir a conservação de sua originalidade e para impedir sua destruição, mas também para que os bens culturais sejam vistos, usufruídos e inseridos no contexto da comunidade.

Questão que se coloca é a relativa à competência: a quem incumbe a salvaguarda do patrimônio cultural? Ou, em outro dizer, quem deve preservá-lo?

A Constituição Federal determina que o Poder Público, com a colaboração da comunidade promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro (artigo 216, § 1º). Ainda, consoante o artigo 225, cabe ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente, compreendido este em todas as suas formas, em especial sob o enfoque de nosso trabalho, o meio ambiente cultural.

Toda comunidade possui uma feição própria, retrato formado pelos traços da cultura dos seus grupos formadores. Esse sentimento de pertença e de participação na história deve levar a uma consciência de preservação. O dever da comunidade de colaborar com o Poder Público na proteção do patrimônio cultural nasce dessa necessidade de interação do homem com seu meio, como dissemos anteriormente.

Já em face do Poder Público, esse dever de proteção decorre de determinação constitucional.

Abrindo um parêntese, interessante notar que a Constituição, no entender de Konrad Hesse, como ordem jurídica fundamental da comunidade, precisa estar atenta às suas necessidades e amparar, dentro do ordenamento jurídico, os direitos a elas inerentes, cujos ensinamentos são pertinentes.

Nesse aspecto, mencionado autor trabalha com a noção de comunidade, estabelecendo um novo enfoque sobre a dicotomia Estado-sociedade. O Estado democrático não se constitui senão por meio da cooperação social. Assim, são denominações de diferentes conexões de atuação e que não devem ser entendidos em oposição. A Constituição é, assim, o plano estrutural básico, orientado a determinados princípios de sentido para a conformação jurídica de uma comunidade. “Em tudo, ela é ‘o plano estrutural fundamental, orientado por determinados princípios de sentido, para a configuração jurídica de uma coletividade’ (sic.)”.<sup>58</sup>

Dessa forma, a Constituição não pode estar apartada da realidade de seu tempo. Entretanto, ela não é somente a expressão desta, mas ela ordena e conforma a realidade política e social, tendo em vista a necessária correlação entre ser e dever ser. Em função desse elemento normativo, transforma-se a Constituição em força ativa, em força normativa, sendo que os valores nela positivados devem “sair de seu papel” e se concretizarem na sociedade:

A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar “a força que reside na natureza das coisas”, tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quando mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).<sup>59</sup>

Ressalta o autor a força normativa da Constituição (a possibilidade de moldar e modificar a realidade, em face da realização concreta de suas normas), que estará garantida se houver uma disposição de que as condutas sejam

---

<sup>58</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional...*, p. 37.

<sup>59</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*, p. 24.

orientadas segundo a sua normatividade e, se presentes, não só a vontade de poder, mas a “vontade de Constituição”.

Não obstante, em várias situações, infelizmente, nos deparamos com a ausência da concretização de tais normas e, dessa forma, muito do patrimônio cultural se perde. Ainda precisamos resgatar a “vontade de Constituição” no Poder Público e na coletividade, para que, como colaboradores, possam atuar juntos na preservação dos bens culturais.

Fechando parêntese e retornando ao dever de preservação determinado ao Poder Público, precisamos buscar no texto constitucional as normas de repartição de competência dos entes federativos.

Competência é a “faculdade juridicamente atribuída a uma entidade ou a um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões”, enquanto competências “são as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções”, segundo José Afonso da Silva.<sup>60</sup>

O quadro de competências elaborado pela Constituição Federal contempla os entes federados com poder de atuação e meios necessários para sua efetivação. Podemos dizer que esse sistema complexo de competências foi construído em face do modelo federativo adotado entre nós.

O federalismo possui dois níveis de poder, um central, federal, representado pela União, e poderes periféricos, dos Estados-Membros. Basicamente, temos um Estado soberano composto por Estados-membros que detêm autonomia. Tais conceitos entendidos, respectivamente, como poder de autodeterminação plena e capacidade de autodeterminação, editando suas próprias normas dentro das competências constitucionais ditadas pelo Estado soberano.<sup>61</sup>

---

<sup>60</sup> *Curso de direito constitucional positivo*, p. 477.

<sup>61</sup> “Soberania. De *soberano*, oriundo do baixo latim *superanus*, e este de *super* (sobre, em cima), ou de *supernus* (superior), designa a qualidade do que é soberano, ou possui *autoridade suprema*. É o *poderio supremo*, ou o *poder sobre todos*”. Por outro lado, “Autonomia. Palavra derivada do grego *autonomia* (direito de se reger por suas próprias leis), que se aplica para indicar precisamente a faculdade que possui determinada pessoa ou instituição, em traçar as normas de sua conduta, sem que sinta imposições restritivas de ordem estranha”. SILVA, De plácido e. *Vocabulário jurídico*, volumes III e IV, p. 244 e volumes I e II, p. 251.

Consoante o entendimento de Celso Bastos “Soberania é o atributo que se confere ao poder do Estado em virtude de ser ele juridicamente ilimitado. Um Estado não deve obediência jurídica a nenhum outro Estado. Isso o coloca, pois, numa posição de coordenação com os demais integrantes da cena internacional e de superioridade dentro de seu próprio território, daí ser possível dizer da soberania que é um poder que não encontra nenhum outro acima dela na arena internacional e nenhum outro que lhe esteja nem mesmo em igual nível na ordem interna. A autonomia, por outro lado, é a margem de discricção de que uma pessoa goza para decidir sobre os seus negócios, mas sempre delimitada essa margem pelo próprio direito. Daí porque se falar que os Estados-Membros

O modelo brasileiro, por outro lado, adotou uma tríplice estrutura de federação, uma vez que dela fazem parte os Municípios.

Nesse sentido, a repartição de competências ganha especial importância no modelo federativo nacional em razão de suas peculiaridades.

A primeira delas relacionada à formação do Estado federativo do Brasil. A inspiração para essa forma de Estado foi a experiência norte-americana, ganhando, entretanto, contornos diferentes. A federação americana surgiu de um processo de agregação de Estados independentes e soberanos, que reservaram para si alguns poderes, delegando outros ao governo geral, abrindo mão de sua soberania para tornarem-se Estados autônomos. No Brasil, ao contrário, a federação se formou pela segregação de um Estado unitário, em razão de uma descentralização política, sendo que os Estados-membros receberam poderes determinados pelo governo central.

A outra característica é a integração do Município na estrutura federativa. No Brasil, o federalismo ocorre em três níveis de poder: o poder central, a União, e centros de poderes autônomos, os Estados-Membros e os Municípios. Assim, o Município é ente político autônomo e, dessa forma, dotado de competência própria na partilha constitucional.

Em linhas gerais, cada ente federativo, União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, foi contemplado com competências próprias, enumerando a Constituição Federal as competências da União e dos Municípios e os Estados ficando com competências residuais. Ao lado destas, encontram-se competências materiais comuns e legislativas concorrentes. Vale lembrar que o Distrito Federal, sucessor do Município neutro, também pertence à Federação, incorporando as competências legislativas atribuídas aos Estados e Municípios.

Podemos descrever, de forma sucinta, as competências de cada ente federativo nos moldes do texto constitucional.

---

são autônomos, ou que os municípios são autônomos: ambos atuam dentro de um quadro ou de uma moldura jurídica definida pela Constituição Federal. Autonomia, pois, não é uma amplitude incondicionada ou ilimitada de atuação na ordem jurídica, mas, tão-somente, a disponibilidade sobre certas matérias, respeitados, sempre, princípios fixados na Constituição". *Curso de direito constitucional*, p. 474.

As competências expressas da União estão contidas nos artigos 21 e 22. O artigo 21 trata das competências materiais<sup>62</sup>, consubstanciadas em atuação política e administrativa necessárias ao desempenho das atribuições do Poder Público, caracterizando-se como competências não legislativas.<sup>63</sup> No artigo 22 encontram-se discriminadas as matérias sobre as quais compete à União legislar privativamente.<sup>64</sup>

Os Municípios também foram contemplados com competências legislativas exclusivas, entretanto, não enumeradas, mas compreendidas nos assuntos de interesse local, consoante artigo 30, inciso I. Com relação às competências materiais privativas, encontram-se elas disciplinadas nos incisos III, IV, V, VIII do mesmo artigo 30.

Aos Estados foram atribuídas competências remanescentes ou residuais<sup>65</sup>, no sentido de que lhes cabem as competências não enumeradas da União e dos Municípios ou que não lhes sejam vedadas pela Constituição, conforme artigo 25, § 1º.

As competências estaduais são reduzidas diante daquelas expressas da União e dos Municípios. No artigo 25, § 2º, encontramos competência material exclusiva dos Estados, sendo que integram as competências materiais privativas aquelas incluídas nos poderes remanescentes. Expressamente temos a competência legislativa estadual descrita no artigo 25, § 3º, que acompanha as competências residuais dos Estados, nos termos já mencionados.

---

<sup>62</sup> Lúcia Valle Figueiredo utiliza a expressão “competências administrativas”. *Disciplina urbanística da propriedade*, p. 197. Fernanda Dias Menezes de Almeida fala em competências materiais, gerais ou de execução. *Op. cit.*, p. 83.

<sup>63</sup> Nesse sentido, Celso Bastos classificava as competências em legislativas e não legislativas. *Curso de direito constitucional*, p. 492.

<sup>64</sup> José Afonso da Silva classifica a competência legislativa em: a) exclusiva, b) privativa, c) concorrente, d) suplementar. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 479. Entretanto, a diferença apontada entre a competência exclusiva, aquela que é atribuída a uma entidade com exclusão das demais (art. 21) e privativa, quando enumerada como própria, com possibilidade de delegação (art. 22 e seu parágrafo único) encontra crítica em parte da doutrina, que emprega indistintamente ambos os termos para designar as competências próprias de cada ente, como é o caso de Fernanda Dias Menezes de Almeida, citando estar na companhia de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, José Cretella Júnior e Celso Bastos. *Op. cit.*, pp. 78-80. Neste sentido estaremos utilizando tais expressões ao longo de nosso trabalho.

<sup>65</sup> José Afonso da Silva classifica as competências quanto à forma ou processo de distribuição em enumerada ou expressa, implícita ou resultante e em reservada ou remanescente e residual, “a que compreende toda matéria não expressamente incluída numa enumeração, reputando-se sinônimas as expressões *reservada* e *remanescente* com o significado de competência que sobra a uma entidade após a enumeração da competência de outra”. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 478. Entretanto, compartilhamos do entendimento de Fernanda Dias Menezes de Almeida no sentido de que “remanescente” e “residual” podem ser empregadas como expressões sinônimas, sendo que “competências reservadas” se aproximam mais do sentido de próprias ou privativas. *Op. cit.*, pp. 82-83.

Ao lado dessas competências reservadas ou remanescentes, temos competências materiais ou de execução atribuídas à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. São denominadas “competências comuns” e encontram-se descritas no artigo 23 do texto constitucional. Nesse sentido, com relação a uma determinada matéria concorre a competência de mais de um ente, cujas atribuições são exercitáveis conjuntamente.

Temos, ainda, competências concorrentes na órbita legislativa. O elenco se encontra expresso no artigo 24 da Constituição Federal. Nessa sistemática, cabe à União estabelecer normas gerais<sup>66</sup>, podendo os Estados legislar supletivamente ou de forma plena, diante da inexistência de lei federal sobre normas gerais. Além disso, apesar de não constarem da previsão do artigo 24, os Municípios detêm competência para suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, consoante artigo 30, inciso II, do texto constitucional.

Tal entendimento se justifica em face da autonomia municipal, difundida pela tradição política brasileira e agasalhada pelo texto constitucional. Daí decorre que o Município possui capacidade legislativa própria. E mais, o critério de competência é o interesse local. Presente este, pode haver competência privativa do Município ou concorrente com a União e o Estado.

Nesse panorama, podemos esboçar as atribuições dos entes federados no âmbito de proteção ao patrimônio cultural brasileiro, dando-nos pistas para identificarmos aqueles que detêm o poder-dever de preservação. Em matéria de proteção ao patrimônio cultural, todavia, encontramos tão-somente competências comuns e concorrentes.

O artigo 23 traz expressa a competência material comum, ou seja, a possibilidade dos entes federativos exercerem suas competências “juntamente e em pé de igualdade, consistindo, pois, num campo de atuação comum às várias entidades, sem que o exercício de uma venha a excluir a competência de outra, que

---

<sup>66</sup> Sobre as normas gerais: “Sintetizando, podemos afirmar: normas gerais, no ordenamento brasileiro, têm características diferenciadas das normas (classicamente também denominadas de gerais), dispõem de forma homogênea para determinadas situações para garantia da segurança e certeza jurídicas, estabelecem diretrizes para o cumprimento dos princípios constitucionais expressos e implícitos, sem se imiscuírem no âmbito de competências específicas dos outros entes federativos”. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Op. cit.*, p. 202.

pode ser assim exercida cumulativamente<sup>67</sup>, reportando-se a ações 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;

E, como dissemos anteriormente, o patrimônio cultural se insere no contexto do meio ambiente cultural e, assim, também sob as regras do artigo 225. Tal dispositivo impõe o dever de preservação do meio ambiente ao Poder Público, em cuja expressão estão compreendidos todos os entes federativos, traduzindo-se em regra de competência comum.

Traz, igualmente, o dever de defesa e proteção do meio ambiente, entendido em todas as suas formas, à coletividade, ou seja, as medidas administrativas devem ser implantadas e concretizadas no âmbito de atuação dos entes federativos e das pessoas que interagem com aquele meio.

No artigo 24 encontramos competência legislativa concorrente, subordinada às regras gerais estabelecidas pela União. Contempla tal dispositivo várias situações relacionadas ao meio ambiente cultural, que deverão ser objeto de legislação específica para a concretização do dever do Poder Público de preservá-lo:

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;

---

<sup>67</sup> BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, *apud* SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 479.

Ao Município, consoante artigo 30, inciso IX, cabe “promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual”. A competência material está expressa; quanto à legislativa, pode o Município legislar sobre o assunto em estudo com fundamento no “interesse local” expresso no artigo 30, incisos I e II, do texto constitucional.<sup>68</sup> Dessa forma, poderá exercer competência concorrente ou mesmo privativa, se a matéria for exclusivamente de interesse local.

Como vimos, o patrimônio cultural não é área de competência exclusiva do Município, ao contrário, faz parte do rol de competência materiais comuns, inseridas no artigo 23. Por outro lado, não se pode afastar a competência legislativa em assuntos que tais, uma vez que, diante do princípio da legalidade, os entes necessitam, para que possam executar seu poder-dever, de disciplina normativa sobre a matéria. E, nem se diga que a legislação federal ou estadual é suficiente para abarcar as situações peculiares do Município. A ele cabe cuidar das coisas da cidade, em face de sua realidade específica. Por essa razão, pugnamos pela competência legislativa do Município, contida na expressão “interesse local”, que autoriza a criação de normas específicas visando a proteção do patrimônio cultural do Município.

Nos limites das competências constitucionais, entendemos que a União deverá efetuar a proteção e a preservação dos bens culturais de interesse nacional; os Estados, de interesse regional ou estadual e os Municípios, o de valor cultural predominantemente local nos moldes de suas legislações específicas.<sup>69</sup> Poderá ocorrer, ainda, que o bem cultural a ser protegido seja dotado de sentido tal que mereça a salvaguarda de mais de um ente, nos casos em que possui valor nacional,

---

<sup>68</sup> 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.

<sup>69</sup> MUKAI, Toshio. *Direito urbano-ambiental brasileiro*, p. 157.

regional e local. Em se tratando de competência comum, a União, o Estado respectivo e seu Município poderão - e deverão - adotar as medidas de proteção pertinentes.<sup>70</sup>

Em face disso, temos que a União poderá definir o que seja o patrimônio cultural nacional, os Estados, o patrimônio cultural regional e os Municípios, o patrimônio cultural local, cada qual com sua legislação própria. Por outro lado, independentemente de qual ente federativo tenha incluído determinado bem em seu patrimônio, em razão da competência comum, caberá a todos os entes - daí o dever atribuído ao Poder Público - as medidas concretas visando sua preservação.

Tais medidas de proteção cabem também, à coletividade e, mais especificamente, à comunidade na qual o bem cultural está inserido.

O Poder Público, ao intentar medidas concretas de salvaguarda dos bens culturais, deve estar atento às manifestações humanas, tentando encontrar o sentido daquele bem para a comunidade e não se valendo apenas de aspectos técnicos, formais e legais. O ato de tombamento, por exemplo, não pode ser realizado somente em razão de normas técnicas ou de sua beleza arquitetônica, mas em função de um sentido para a comunidade na qual está inserido. Sendo sensível a essas manifestações, a própria comunidade espontaneamente será parceira do Poder Público na preservação e, mesmo na ausência de medidas concretas deste sentirá a necessidade de conservar o bem cultural, por guardar traços de sua identidade, fazer parte de sua vida e de sua história, traduzindo-se em exercício de cidadania e expressão da democracia.

## **2.2 Formas de preservação**

A necessidade da proteção do patrimônio cultural é sentida em todos os lugares e por todos os povos. Entretanto, as formas de concretização de medidas de preservação são diferentemente implantadas, em face das legislações que lhe dão suporte.

---

<sup>70</sup> “Vale notar que o tombamento realizado por um ente estatal não exclui idêntico procedimento dos demais. Conforme o bem seja considerado de relevo no plano municipal, estadual e federal, é possível sua inscrição no livro do tomo de cada uma das pessoas jurídicas de direito público interno em que se insira”. PIRES, Maria Coeli Simões. *Op. cit.*, p. 112. Ainda nesse sentido: MUKAI, Toshio. *Op. cit.*, p. 158.

Vejamos algumas experiências estrangeiras.

Na Argentina, a *Constitución Nacional* sancionada em 1º de maio de 1853 e reformada em 1860, 1866, 1898, 1957 e 1994, dispõe em seu artigo 41 sobre a proteção ao meio ambiente, cabendo às autoridades o dever de prover a proteção ao direito a um ambiente sadio, equilibrado e apto ao desenvolvimento humano, a utilização racional dos recursos naturais, a preservação do patrimônio natural e cultural e a informação e educação ambiental. Cabe à *Nación* ditar as normas que contenham os pressupostos mínimos de proteção e às *Provincias*, as necessárias para complementá-las.

Em face de tais disposições, a Lei 12.665, de 8 de outubro de 1940, modificada posteriormente pela Lei 24.252, de 13 de outubro de 1993, criou a *Comisión Nacional de Museos y de Monumentos y Lugares Históricos*, contemplando a proteção tanto a bens imóveis quanto a móveis, bem como, a possibilidade de desapropriação ou algum tipo de indenização e o impedimento de saída do país de bens móveis ou documentos históricos.

A Constituição da República Italiana dispõe em seu art. 9º, que à *Repubblica* cabe promover o desenvolvimento da pesquisa científica e técnica e tutelar a paisagem e o patrimônio histórico e artístico da Nação. Concretamente essa atividade fica a cargo do *Ministero per i Bene e le Attività Culturali*, instituído em outubro de 1998, que reúne diversas competências no âmbito da cultura, dos espetáculos, da tutela da paisagem e da vigilância sobre organismos esportivos. Por meio de um Decreto Legislativo, foi instituído o *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, que dispõe, dentre outras matérias, sobre o patrimônio cultural; função e competência em matéria de valorização do patrimônio cultural; os bens objeto de específica disposição de tutela; procedimento de declaração de interesse cultural; as formas de catalogação, vigilância e inspeção; medidas de proteção; intervenção imposta de conservação e saída de bens culturais móveis do território nacional.

Na mesma linha, o artigo 46 da *Constitución Española* prevê que “Os poderes públicos garantirão a conservação e promoverão o enriquecimento do patrimônio histórico, cultural e artístico dos povos da Espanha e dos bens que o integram, qualquer que seja seu regime jurídico e sua titularidade. A Lei Penal aplicará sanções aos atentados contra este patrimônio.” (tradução nossa).

A fim de concretizar esse dispositivo constitucional, foi editada a *Ley 16/1985, de 25 de junio, Del Patrimonio Histórico Español*, que dispõe em seu

preâmbulo (nossa tradução): “O Patrimônio Histórico Espanhol é o principal testemunho da contribuição histórica dos espanhóis à civilização universal e de sua capacidade criativa contemporânea. A proteção e o enriquecimento dos bens que o integram constituem obrigações fundamentais que vinculam a todos os poderes públicos, segundo o mandado que aos mesmos dirige o artigo 46 da norma constitucional.” Essa Lei dispõe, por exemplo, sobre um processo administrativo para a declaração de bens de interesse cultural, que se dará por meio de um *Real Decreto* de forma individualizada; uma detalhada conceituação a respeito dos bens culturais; a proteção dos bens imóveis e móveis; competência do Conselho do Patrimônio Histórico Espanhol para aprovação de planos nacionais de informação e preservação; forma de preservação dos bens culturais; medidas de fomento para o cumprimento dos deveres e compensação das cargas impostas pela lei aos proprietários, assim como benefícios fiscais, e a possibilidade de expropriação forçada diante do descumprimento das obrigações de conservação dos bens culturais.

Já a Constituição da República Portuguesa, que entrou em vigor em 26 de abril de 1976, cuida da proteção do patrimônio cultural em diversos dispositivos. E seu artigo 9º, “e”, dispõe que são tarefas fundamentais do Estado “proteger e valorizar o património cultural do povo português, defender a natureza e o ambiente, preservar os recursos naturais e assegurar um correcto ordenamento do território”. O artigo 66º trata do “Ambiente e qualidade de vida”: “Todos têm o direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender”. Nesse sentido, prescreve que incumbe ao Estado com a participação dos cidadãos: criar e desenvolver reservas e parques naturais e de recreio, bem como classificar e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico e artístico; promover, em colaboração com as autarquias locais, a qualidade ambiental das povoações e da vida urbana, designadamente no plano arquitetónico e da proteção das zonas históricas.

Prescreve, ainda, o direito de todos à fruição e criação cultural, bem como o “dever de preservar, defender e valorizar o património cultural”, no artigo 78º, dizendo competir ao Estado, em colaboração com todos os agentes culturais: a) Incentivar e assegurar o acesso de todos os cidadãos aos meios e instrumentos de ação cultural, bem como corrigir as assimetrias existentes no país em tal domínio; b)

Apoiar as iniciativas que estimulem a criação individual e coletiva, nas suas múltiplas formas e expressões e uma maior circulação das obras e dos bens culturais de qualidade; c) Promover a salvaguarda e a valorização do património cultural, tornando-o elemento vivificador da identidade cultural comum; d) Desenvolver as relações culturais com todos os povos, especialmente os de língua portuguesa, e assegurar a defesa e a promoção da cultura portuguesa no estrangeiro; e) Articular a política cultural e as demais políticas setoriais.

No plano infraconstitucional, podemos destacar a “Lei de bases da política e do regime de protecção e valorização do património cultural” (Lei n. 107/2001, de 8 de Setembro), que “estabelece as bases da política e do regime de protecção e valorização do património cultural, como realidade da maior relevância para a compreensão, permanência e construção da identidade nacional e para a democratização da cultura”. Essa Lei traz o conceito de património cultural; as tarefas determinadas ao Estado para a salvaguarda e valorização do património cultural; os direitos, garantias e deveres dos cidadãos (direito á fruição, garantia dos administrados de impugnar atos e promover ações judiciais e o dever de preservação, defesa e valorização do património cultural); o conceito de bens culturais; as formas de proteção: classificação (“Entende-se por classificação o acto final do procedimento administrativo mediante o qual se determina que certo bem possui um inestimável valor cultural”) e inventariação (“Entende-se por inventariação o levantamento sistemático, actualizado e tendencialmente exaustivo dos bens culturais existentes a nível nacional, com vistas à respectiva identificação”); o procedimento administrativo para a classificação e inventariação; regime geral e especiais de valorização dos bens culturais; benefícios e incentivos fiscais; tutela penal e contra-ordenacional.

Assim podemos verificar que as questões concernentes à garantia da qualidade de vida atualmente abrangem aspectos do património cultural, e se estendem além das fronteiras. Cada Estado Soberano, diante de sua realidade cultural, se preocupa em preservar sua identidade, sua história, seus valores, aqueles significados que impregnam os bens culturais e que são transmitidos de geração em geração.

Como dissemos anteriormente, é dever do Poder Público, em todas as esferas de governo, e da coletividade a preservação do património cultural, parceria

que se concretiza no momento em que se descortina a importância de determinado bem para a comunidade.

Vimos, também, que a expressão patrimônio cultural abrange o conjunto de bens que possuem um sentido, um significado, conforme o texto constitucional, o de serem portadores de referência à identidade e à ação dos grupos formadores da sociedade brasileira, tendo como determinantes a história e a memória do povo. Assim, melhor tal expressão do que patrimônio histórico, artístico, arquitetônico, ou, ainda, do que abranger tão-somente os bens tombados.

Entretanto, para se chegar a essa concepção, muito se teve que caminhar.

E, nesse panorama, devemos retomar alguns dados históricos importantes para a construção do sentido que hoje temos de “patrimônio cultural” e as formas de proteção no decorrer do tempo.

Seguramente, a Constituição Federal de 1988 trouxe uma nova visão sobre o conceito de patrimônio cultural e suas formas de preservação. Tal paradigma foi construído sobre idéias plantadas pela Semana de Arte Moderna.

Antes de 1922, pouco se tinha notícia de ações e atos legislativos preservacionistas.

Podemos encontrar, ainda no século XVIII, carta enviada pelo então vice-rei D. André de Mel e Castro, Conde de Galveias, em 5 de abril de 1742, ao Governador da Capitania de Pernambuco, Luís Pereira Freire de Andrade, formulando oposição à instalação de quartel no Palácio das Duas Torres, construído em Recife pelo Conde holandês Maurício de Nassau, no sentido de preservar a memória de toda nação.

Durante os séculos seguintes, nos deparamos apenas com ordens para cuidados com inscrições em museus ou para se juntar coleções epigráficas à Biblioteca Nacional, de autoria do Conselho Luiz Pedreira do Couto Ferraz, ministro do Império, transmitindo tais ordens ao diretor das Obras Públicas e aos presidentes das províncias.<sup>71</sup>

As Constituições de 1824 e de 1891 não trataram da preservação do patrimônio cultural.

---

<sup>71</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *Op. cit.*, p. 55.

No início do século XX o movimento modernista, aliado a acontecimentos políticos e históricos, foi determinante no sentido de deflagrar a formação de um conceito de patrimônio cultural e, dele resultante a necessidade de preservação.

Os intelectuais que participaram do modernismo brasileiro, ao lado da difusão das idéias de ruptura, criação de nova linguagem estética e preocupação com o nacionalismo, se voltaram para ações preservacionistas, no sentido de construir uma tradição brasileira.

Isso se deu, principalmente, pelas viagens de alguns modernistas a Minas Gerais, onde descobriram o barroco mineiro e perceberam a necessidade de preservação dos monumentos históricos, uma vez que se caracterizavam como expoentes da tradição nacional.

Nesse contexto, foi editado o Decreto n. 22.928, de 12 de julho de 1933, que elevou Ouro Preto à categoria de monumento nacional, como um marco na legislação protecionista.

O maior representante do movimento modernista foi, sem dúvida, Mário de Andrade. Antes da entrada em vigor do Decreto-Lei n. 25, de 30 de novembro de 1937, foi elaborado por ele um anteprojeto para a criação do “Serviço do Patrimônio Artístico Nacional”, encomendado pelo então Ministro da Educação e Saúde, Gustavo Capanema.<sup>72</sup>

O texto do anteprojeto de Mário de Andrade, elaborado em 1936, abordava o conceito de arte (“Arte é uma palavra geral, que neste seu sentido geral significa a habilidade com que o engenho humano se utiliza da ciência, das coisas e dos fatos”), nele reunindo manifestações eruditas e populares, como o centro de sua idéia de patrimônio artístico nacional, classificada em oito categorias (arte arqueológica, arte ameríndia, arte popular, arte histórica, arte erudita nacional, arte erudita estrangeira, artes aplicadas nacionais e artes aplicadas estrangeiras). Após catalogar cada uma delas, as organizava nos quatro livros de Tombamento: Livro de Tombo Arqueológico e Etnográfico, Livro de Tombo Histórico, Livro de Tombo das Belas Artes e Livro do Tombo das Artes Aplicadas.

Criava ele o “Serviço do Patrimônio Artístico Nacional”, que teria por objetivo determinar, organizar, conservar, defender e propagar o patrimônio artístico nacional, definido como “todas as obras de arte pura ou de arte aplicada, popular ou

---

<sup>72</sup> FONSECA, Maria Cecília Londres. *O patrimônio em processo*, p. 98-103.

erudita, nacional ou estrangeira, pertencentes aos poderes públicos, a organismos sociais e a particulares nacionais, a particulares estrangeiros, residentes no Brasil”.

Outra característica do anteprojeto de Mário de Andrade é a importância que o intelectual deu aos Museus, que “servirão para neles estarem expostas as obras de arte colecionadas para cultura e enriquecimento do povo brasileiro pelo Governo Federal”, com apoio do livro do Tombo correspondente, bem como a formação de museus regionais ou municipais. Isso decorre de sua preocupação com a cultura como forma de educação.

Entretanto, o traço mais marcante do anteprojeto idealizado por Mário de Andrade foi a inclusão dos bens imateriais na proteção legal: vocabulários, cantos, lendas, magias, medicina, culinária, provérbios, ditos, danças. Seguramente trazia uma concepção muito avançada para seu tempo.

Encontrava-se previsto o instituto do tombamento, pois falava em inscrição no Livro do Tombo, sem, contudo, trazer Mário de Andrade o procedimento legal para sua realização.

O anteprojeto foi apresentado em 1936, no panorama desenhado pelo Estado Novo. Nesse contexto, as idéias de Mário de Andrade eram difíceis de serem aceitas, inclusive pelos intelectuais, no sentido de apreenderem a necessidade de preservação do patrimônio cultural material e imaterial, principalmente em face do direito de propriedade, ainda tido como absoluto, apesar de tal conceito ter sido abrandado pela Carta Constitucional de 1934 que, em seu artigo 113, “17”, garantia que o direito de propriedade não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinasse.

Por outro lado, o anteprojeto apresentado por Rodrigo Melo Franco de Andrade, que resultou no Decreto-Lei n. 25, de 30 de novembro de 1937, foi mais facilmente digerido em face do contorno legal dado ao tombamento, que garantia ao proprietário o uso, posse e propriedade do bem tombado. E, para isso, a proteção legal somente recairia sobre bens móveis e imóveis, afastando desta esfera os bens imateriais.

Toda essa construção se deu no panorama desenhado pela Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 que, em seu artigo 148, dispunha que “Cabe à União, aos Estados e aos Municípios favorecer e animar o desenvolvimento das ciências, das artes, das letras e da cultura em geral, proteger

os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do País, bem como prestar assistência ao trabalhador intelectual”.

Já, sob a égide da Constituição dos Estados Unidos do Brasil (10 de novembro de 1937) encontramos em seu artigo 134:

Os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens ou os locais particularmente dotados pela natureza, gozam da proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos Estados e dos Municípios. Os atentados contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional.

No sistema constitucional implantado, o mencionado Decreto-Lei n. 25, de 30 de novembro de 1937, reproduziu o pensamento da época.

O Texto Constitucional de 1946 tratou do assunto no artigo 175: “As obras, monumentos e documentos de valor histórico e artístico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais de particular beleza ficam sob a proteção do Poder Público”.

O amparo à cultura é dever do Estado. Assim prescrevia o artigo 172 da Constituição Federal de 1967 e, no parágrafo único do mesmo artigo, que “ficam sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens notáveis, bem como as jazidas arqueológicas”.

Nesse panorama, vemos que o Constituinte de 1988 foi além das disposições anteriores e tratou do patrimônio cultural sob nova ótica, desde a essencialidade do meio ambiente em todas as suas formas, passando pela preocupação com a pluralidade das manifestações culturais do povo brasileiro, até a prescrição de mecanismos de preservação.

Podemos identificar algumas normas constitucionais que se direcionam à proteção do patrimônio cultural, além de outros que já foram ou serão tratados ao longo deste trabalho.

No artigo 5º da Constituição Federal estão contemplados direitos e garantias que têm por objeto imediato a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. O respeito à cultura se concretiza em face da realização das disposições constitucionais quando garante a preservação da memória das formas de ser e viver de todos aqueles que participaram da história de formação de nosso povo, pois, como vimos anteriormente, o homem está inserido

num contexto de história e o resgate do sentimento de pertença a uma comunidade é maneira de recuperar sua auto-estima e de exercer a cidadania.

A liberdade, como direito fundamental da pessoa humana, deve ser exercida dentro dos limites impostos pela própria Constituição Federal. O artigo 5º, inciso IX, garante a liberdade de expressão da atividade intelectual e artística, que deve ser compreendida, aqui exposta de forma singela, diante das manifestações culturais populares, indígenas, afro-brasileiras e dos demais grupos formadores da sociedade brasileira, como elencadas no artigo 215, § 1º, assim como as atividades artísticas.

Nesse sentido, Celso Ribeiro Bastos afirma que a proteção fornecida pela Constituição Federal à cultura se configura em duas modalidades fundamentais: a primeira é a liberdade ampla conferida a todos de pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes desta cultura; a segunda, a proteção que o Poder Público deve exercer sobre o patrimônio cultural brasileiro, cujos instrumentos são os inventários, os registros, a vigilância, o tombamento e a desapropriação.<sup>73</sup>

Com referência aos direitos culturais, informados pelo princípio da universalidade, pois garantidos a todos, a Constituição Federal reconheceu a importância da tutela jurídica desses direitos, que guardam relação com a participação da comunidade com as fontes de cultura, por meio de uma política cultural de incentivo, divulgação e preservação.

De acordo com José Afonso da Silva os direitos culturais reconhecidos pela Constituição são: a) direito de criação cultural, compreendidas as criações científicas, artísticas e tecnológicas; b) direito de acesso às fontes da cultura nacional; c) direito de difusão da cultura; d) liberdade de formas de expressão cultural; e) liberdade de manifestações culturais; f) direito-dever estatal de formação do patrimônio cultural brasileiro e de proteção dos bens de cultura.<sup>74</sup>

O *caput* do artigo 215 também prevê a garantia de acesso às fontes da cultura nacional, apoiando, valorizando e difundindo suas manifestações. Segundo Lúcia Reisewitz, fontes de cultura nacional envolvem um sentido amplo de cultura, qual seja, uma rede de significações e linguagens fruto da atividade do ser humano,

---

<sup>73</sup> *Curso de direito constitucional*, p. 775.

<sup>74</sup> *Curso de direito constitucional positivo*, p. 312.

cabendo dentro deste conceito todas as formas e formações do povo brasileiro e suas mais diversas manifestações culturais.<sup>75</sup>

Como o sentido de patrimônio cultural é dinâmico, assim como o povo brasileiro está em processo de formação, se tais manifestações culturais forem absorvidas e repetidas pela comunidade, fazendo parte desta formação, passarão a integrar o patrimônio cultural nacional, regional ou municipal, conforme sua importância e abrangência.

Voltando os olhos ao § 1º, do artigo 225, temos a proteção às manifestações culturais da sociedade brasileira, destacadamente as populares, indígenas, afro-brasileiras e de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

Quanto aos indígenas, a Constituição Federal explicitamente reconhece as manifestações de sua cultura, assegurando a eles a defesa de seu direito em juízo e, sensível à necessidade de salvaguarda de tais manifestações, dispõe no artigo 231 que são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

As terras indígenas são fundamentais para a sobrevivência física e cultural dos índios, mantendo eles uma relação simbólica com os processos da natureza, consoante suas tradições.<sup>76</sup> As línguas indígenas recebem atenção especial do texto constitucional, conforme disposto no artigo 210, § 2º, que assegura às comunidades indígenas a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

E, participantes, igualmente, do processo civilizatório nacional, encontramos as manifestações das culturas afro-brasileiras.

---

<sup>75</sup> *Op. cit.*, p. 86.

<sup>76</sup> A população indígena do Brasil possui uma imensa diversidade étnica e lingüística: 215 sociedades indígenas, mais aproximadamente 55 grupos de índios isolados, sobre os quais não se têm informações objetivas; 180 línguas são faladas pelos membros dessas sociedades, as quais pertencem a mais de 30 famílias de línguas diferentes. A diversidade cultural pode ser enfocada sob o ponto de vista das diferenças existentes entre as sociedades indígenas e as não-indígenas e também em razão das diferenças entre as diversas sociedades indígenas espalhadas pelo Brasil. Importante ressaltar que as culturas das sociedades indígenas modificam-se com o passar do tempo, como acontece com qualquer outra sociedade e ocorreria mesmo sem o contato com as demais sociedades não-indígenas. Ainda, as mudanças ocorridas em várias sociedades indígenas, como falarem português, vestirem roupas, utilizarem tecnologias, não fazem com que os índios percam sua identidade étnica e deixem de ser indígenas. As informações aqui mencionadas foram obtidas no endereço eletrônico <http://www.funai.gov.br>.

Nos termos do artigo 216, § 5º, da Constituição Federal, foram expressamente considerados tombados os documentos e sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos<sup>77</sup>, diante da importância no processo de formação da sociedade brasileira.

Considerado juridicamente, quilombo é “toda habitação de negros fugidos que passem de cinco, em parte despovoada, ainda que não tenha rancho levantado nem se achem pilões neles”. É o conceito definido em consulta perante o Conselho Ultramarino, em 2 de dezembro de 1749.<sup>78</sup>

Em 1983 foram tombados sítios que retratam a cultura afro-brasileira: o Terreiro da Casa Branca, em Salvador (Bahia), e a Serra da Barriga, em União dos Palmares (Alagoas); foi garantido o direito à propriedade das áreas tradicionalmente ocupadas pelos quilombos: as comunidades paraenses de Boa Vista, Água Fria e Pacoval. A cultura dos remanescentes dos quilombos se baseia na agricultura, caça e pesca de subsistência e no uso comunitário da terra. Esses quilombos normalmente ficam localizados em lugares de difícil acesso. Celso Ribeiro Bastos comenta que, apesar de disposição constitucional, apenas três comunidades receberam o título de propriedade e que “se não houver a titulação das terras, os remanescentes dos quilombos e toda a sua cultural estarão ameaçados”.<sup>79</sup>

Com o processo de imigração, após a abolição da escravidão, vários outros povos chegaram e aqui fizeram sua morada, trazendo na bagagem sua carga cultural (arte, língua culinária, festas), contribuindo para a formação do povo brasileiro, como por exemplo, italianos, alemães, espanhóis e japoneses. Como menciona o art. 215, § 1º, da Constituição Federal, as manifestações culturais destes grupos merecem proteção, uma vez que determinantes para o perfil da sociedade brasileira.

---

<sup>77</sup> Os quilombos eram os abrigos criados pelos negros fugidos da escravidão, que se formaram no Brasil durante o período colonial, principalmente durante os séculos XVII e XVIII. Entre os vários quilombos existentes no Brasil colonial destacou-se o “Quilombo dos Palmares”, localizado no Estado de Alagoas, e seu chefe “Zumbi”. Os quilombos eram perseguidos pelas autoridades locais da época, que desejavam exterminar esses redutos de negros fugidos, pois os quilombos eram símbolos da resistência negra contra a escravidão. A luta entre os quilombos e as autoridades locais deu origem a várias batalhas, entre elas a “Guerra dos Palmares”, que, estendendo-se de 1654 a 1695, resultou na morte de centenas de negros e na prisão dos sobreviventes. BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 731.

<sup>78</sup> FERREIRA, Pinto *apud* BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 733.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 733.

Ainda consoante dispositivo constitucional em comento, relacionadas às manifestações culturais podemos identificar a liberdade de crença e as manifestações das religiões, que, seguramente, encontram-se intimamente ligadas ao processo civilizatório da sociedade brasileira.

O sentimento religioso<sup>80</sup> é traço marcante de nossa sociedade. Nesse sentido, podemos entender a proteção constitucional a conceitos (crenças) e ações (cultos e liturgias), pois as religiões no Brasil estão intimamente ligadas aos grupos formadores da sociedade brasileira e associadas às suas manifestações.

Ressaltamos que o inciso VI, do artigo 5º, da Constituição Federal, garante ser inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.

A tutela das religiões das culturas indígenas já vem expressa no artigo 231 da Constituição Federal.

Em se tratando dos cultos afro-brasileiros<sup>81</sup>, passaram a serem protegidos com o advento da Constituição Federal de 1988, conforme estabelece o artigo 215, § 1º, considerados parte do patrimônio cultural brasileiro.

O mesmo dispositivo legal no que se refere aos “outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”, pode ser aplicado à tutela das demais religiões encontradas no seio do povo brasileiro.

A Igreja Católica, por exemplo, que chegou ao Brasil com Pedro Álvares Cabral, impôs traços importantes à formação da sociedade brasileira e é responsável, até hoje, por grandes festas religiosas espalhadas pelo Brasil (Nossa Senhora Aparecida, Círio de Nazaré, dentre outras).

---

<sup>80</sup> Celso Antonio Pacheco Fiorillo trabalha com o conceito de Tiele: “Religião significa a relação entre o homem e o poder sobre-humano no qual ele acredita ou do qual se sente dependente. Essa relação se expressa em emoções especiais – confiança, medo – conceitos - crença – e ações – culto e ética”. *Op. cit.*, p. 228.

<sup>81</sup> Consoante Celso Antonio Pacheco Fiorillo, os cultos afro-brasileiros, considerados entre as religiões de matriz não cristã desenvolvidas no Brasil “assim chamados por causa da origem de seus principais portadores – os escravos traficados da África para o Brasil -, mas também porque até meados do século XX funcionavam exclusivamente com ritos de preservação do estoque cultural dos diferentes grupos étnicos negros que compunham a população dos antigos escravos e seus descendentes, apresentam feições, conforme os autores citados, ‘autenticamente africanas’, como a possessão pelas divindades *orixás* e a dança extática”. Em diferentes regiões do Brasil as religiões afro-brasileiras ganharam formas, rituais e denominações diversas, como, por exemplo, o candomblé, na Bahia, o xangô, em Pernambuco e em Alagoas, o tambor de mina, no Maranhão e no Pará, o batuque, no Rio Grande do Sul, e a macumba, depois umbanda, no Rio de Janeiro e São Paulo. *Ibid.*, pp. 232-233.

A Igreja Católica teve fundamental importância na colonização do Brasil, uma vez que as vilas e cidades foram formadas ao redor de capelas ou colégios fundados por ordens religiosas. A título de exemplo: por volta de 1554 os missionários da Companhia de Jesus fundaram o Colégio de São Paulo de Piratininga, sendo que ao redor do colégio foram sendo construídas casas, que deram origem ao povoado de São Paulo, que não parou mais de crescer, tornando-se a metrópole conhecida mundialmente. No centro da cidade está o Pátio do Colégio, marco histórico de seu nascimento.

Ao lado do catolicismo, encontramos importante presença de outras religiões cristãs no Brasil, derivadas do protestantismo. Sendo originárias de diversos países, aqui chegaram com os imigrantes. Podemos identificar as denominações clássicas do protestantismo, como os luteranos vindos da Alemanha, Países Escandinavos, Estados Unidos, os anglicanos ou episcopais, da Grã-Bretanha, os metodistas, da Grã-Bretanha, Estados Unidos, Canadá e Austrália, os presbiterianos, da Holanda, Suíça, Escócia, e os batistas, da Inglaterra e Estados Unidos.<sup>82</sup>

Outras religiões foram trazidas ao Brasil por diversos povos que aqui chegaram: o judaísmo, o islamismo, o budismo, igualmente agasalhadas suas crenças e exercício de seus cultos.

Ao cuidarmos de patrimônio cultural brasileiro, devemos incluir em seu rol a língua portuguesa, que é o idioma oficial de nosso país, por expressa previsão constitucional, conforme dispõe o artigo 13 da Constituição Federal: “A língua portuguesa é o idioma oficial da República Federativa do Brasil”.

A língua portuguesa falada no Brasil possui características próprias, pois sempre se relacionou com outras línguas, aquelas aqui faladas antes da chegada dos portugueses e aquelas trazidas pelos povos que participaram da colonização, recebendo delas diversas influências, incorporando palavras destas diversas origens.

A história da língua portuguesa falada no Brasil começa com a colonização portuguesa, por volta de 1532. O país era povoado de índios e depois foram importados da África numerosos escravos. No início somente o litoral foi colonizado. A entrada para o interior se deu com a fundação de São Paulo, e, um pouco mais

---

<sup>82</sup> *Ibid.*, pp. 236-237.

tarde, no século XVIII, com a fase de exploração do ouro, a ocupação de Minas Gerais. Nesse período de colônia, o Brasil permaneceu essencialmente rural, não possuía universidade (os jovens iam estudar em Coimbra) nem tipografia.

Os colonos de origem portuguesa falavam o português europeu, mas já com traços específicos. Os indígenas, africanos e mestiços aprenderam o português, mas o utilizavam de forma própria. O tupi, principal língua indígena da região costeira, tornou-se “língua geral”<sup>83</sup> (ao lado do português), depois de simplificado e “gramatizado” pelos jesuítas. Durante muito tempo, o tupi e o português conviveram como línguas de comunicação.

Na segunda metade do século XVIII a “língua geral” entrou em decadência. Com a chegada de numerosos imigrantes portugueses seduzidos pela descoberta de ouro e diamantes, houve o fortalecimento do português. O “Diretório” criado pelo Marquês de Pombal, em 3 de maio de 1757, cujas decisões, em 17 e agosto de 1758, se estenderam para todo o país, proibiu a “língua geral” e impôs oficialmente o uso da língua portuguesa. Com a expulsão dos jesuítas, em 1759, afastou-se da colônia os principais protetores da “língua geral” e, cinquenta anos mais tarde, esta se encontrava totalmente eliminada, restando apenas um certo número de palavras integradas ao vocabulário português e alguns topônimos.<sup>84</sup>

Com a chegada ao Brasil de D. João VI, Rio de Janeiro tornou-se a capital da monarquia, sendo que 15.000 portugueses chegam com a Corte, contribuindo para “relusitanizar” a cidade. D. João VI abre o Brasil ao mundo, e toma importantes medidas para acelerar o progresso material e cultural do país.<sup>85</sup>

Com a independência, o Brasil tende a valorizar tudo o que o distingue da antiga metrópole, particularmente suas raízes indígenas. Foi influenciado pela cultura francesa e recebeu inúmeros imigrantes europeus, principalmente alemães e italianos. Em duas gerações, tais imigrantes aculturaram-se e fundiram-se na sociedade brasileira. Ao mesmo tempo, com a explosão demográfica e o crescimento econômico, o Brasil deixa de ser rural e se depara com a civilização urbana que se concentra em “megalópoles”.<sup>86</sup>

---

<sup>83</sup> O termo “língua geral” designava as línguas indígenas faladas nas províncias, por toda a população originada no cruzamento de europeus e índios tupi-guaranis, à qual foi se agregando os de origem africana e de outros povos indígenas. VITRAL, Lorenzo. Língua geral versus língua portuguesa. In: MATTOS E SILVA, Rosa Virgínia (Org.). *Para a história do português brasileiro*, volume II, p. 304.

<sup>84</sup> TEYSSIER, Paul. *História da língua portuguesa*, p. 91-97.

<sup>85</sup> *Ibid.*

<sup>86</sup> *Ibid.*

Dessa forma, o processo civilizatório influenciou no uso da língua portuguesa, com a superação da língua geral e contribuiu para a forma particular de português falado no Brasil.

Consoante nos ensina Celso Antonio Pacheco Fiorillo

A língua, sob o ponto de vista da proteção jurídica, deve ser observada como todo e qualquer sistema de representação constituído por palavras e por regras que as combinem em frases que os indivíduos de uma comunidade lingüística usam como principal meio de comunicação e de expressão, falado ou escrito. Daí a relevância do direito ambiental brasileiro no que se refere à denominada tutela jurídica do meio ambiente cultural.<sup>87</sup>

Entendemos que o artigo. 13 da Constituição Federal não traz em si uma proteção, mas uma prescrição, no sentido de que, como idioma oficial, o português deve ser utilizado nos documentos oficiais, na linguagem jurídica, no ensino obrigatório nas escolas, nos livros, periódicos, enfim, como sistema de comunicação básico no país. A vontade da Constituição é colocar o território brasileiro sob a égide de um único idioma oficial: a língua portuguesa.

Por outro lado, a língua portuguesa é bem cultural e, assim, indispensável à concretização da dignidade da pessoa humana e instrumento de exercício da cidadania.

Como sistema de representação lingüística é a língua portuguesa o principal meio de comunicação e de expressão, falado ou escrito, e, nesse aspecto, é por meio dele que as pessoas expressam sentimentos, transmitem cultura, manifestam sua vontade livre de contratar, elegem seus representantes, levam suas pretensões ao Poder Judiciário. É elemento essencial do patrimônio cultural, por ser instrumento de transmissão de conhecimento.

Assim considerado, o dever do Poder Público de garantir a todos o acesso ao conhecimento e ao domínio da língua portuguesa seguramente é ressaltado.

A forma de proteção da língua portuguesa não é pacífica entre os estudiosos da língua. Lembramos a discussão interminável a respeito do estrangeirismo (emprego, na língua de uma comunidade, de elementos provenientes de outras línguas, ou seja, o uso de palavras ou expressões estrangeiras pelo português).

---

<sup>87</sup> *Op. cit.*, p. 238.

De um lado, os chamados puristas, que pretendem afastar os termos estrangeiros de nossa língua e, de outro, os lingüistas, que entendem que a presença dos vocábulos estrangeiros contribui para enriquecer o idioma.

Tendo em vista que esse não é objeto do presente trabalho, não se prosseguirá no assunto, que é seara dos cientistas em letras e lingüística. À guisa de fechamento do tema, podemos dizer que ambas as posições, devidamente fundamentadas conforme as bases em que foram elaboradas, possuem em comum, apesar da flagrante oposição, o ideal de preservar a língua portuguesa falada no Brasil, com suas características próprias, suas diversidades culturais, sua carga histórica e sua inserção na realidade cotidiana do povo.

Lembramos os ensinamentos de Celso Ribeiro Bastos:

Deve-se preservar não só a nossa língua portuguesa como a língua indígena e a língua africana, que tanto influenciaram nosso vocabulário. A língua é um dos principais meios de comunicação, devendo portanto ser preservada em sua totalidade e originalidade. A preservação da língua de determinada sociedade é fundamental, pois é ela que permite ao homem criar tradições e transmitir toda a cultura, os costumes e o folclore de uma geração para outra.<sup>88</sup>

Seguramente a mais eficaz forma de proteção à língua portuguesa é melhorar as condições de ensino e incentivar a leitura, tornando seus usuários capacitados para manejar o idioma.

A Emenda Constitucional n. 48, de 19 de dezembro de 2003, acrescentou § 3º ao artigo 215, dispondo que

“a lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à: defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; produção, promoção e difusão de bens culturais; formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; democratização do acesso aos bens de cultura; valorização da diversidade étnica e regional”.

O texto traz o reconhecimento da importância de ações coordenadas entre o Poder Público e a coletividade para a preservação, valorização e fruição do patrimônio cultural. Entretanto, tal disposição é de eficácia limitada, uma vez que o texto remete à necessidade de lei a estabelecer um Plano Nacional de Cultura.

---

<sup>88</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 703.

A fim de colher subsídios para a elaboração do Plano Nacional de Cultura, foi realizada, de setembro a dezembro de 2005, a 1ª Conferência Nacional de Cultura, reunindo a sociedade civil e o Poder Público em conferências municipais, estaduais e na Plenária Nacional de Brasília, resultando em propostas que foram encaminhadas ao Poder Executivo.<sup>89</sup>

Ainda nesse panorama, foi editado o Decreto n. 5.520, de 24 de agosto de 2005, que institui o Sistema Federal de Cultura – SFC, com as seguintes finalidades: integrar os órgãos, programas e ações culturais do Governo Federal; contribuir para a implementação de políticas culturais democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da federação e sociedade civil; articular ações com vistas a estabelecer e efetivar, no âmbito federal, o Plano Nacional de Cultura; e, promover iniciativas para apoiar o desenvolvimento social com pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional.

A cooperação entre os entes federativos se mostra forma efetiva de proteção dos bens culturais.

Nesse sentido, merece destaque o “Monumenta” – Programa de recuperação sustentável do patrimônio histórico urbano brasileiro tombado pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional e sob tutela federal – vinculado ao Ministério da Cultura, que tem como objetivo preservar as áreas urbanas pertencentes ao patrimônio cultural das comunidades, por meio de aperfeiçoamento dos mecanismos de gestão dos bens culturais e de conscientização da sociedade sobre a o significado e a importância do patrimônio cultural. Isso se dá mediante parceria entre o Ministério das Cidades, Ministério do Turismo, Caixa Econômica Federal, Estados, Municípios, Banco Interamericano de Desenvolvimento - BID - e Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura - UNESCO - .<sup>90</sup>

---

<sup>89</sup> Conforme informações do Ministério da Cultura *in* <http://www.cultura.gov.br>.

<sup>90</sup> Constituem objeto do programa 83 municípios brasileiros, detentores de 101 Sítios Urbanos Nacionais considerados patrimônio histórico, artístico ou arquitetônico. A ordem de prioridade de atendimento desses municípios foi estabelecida pelo Ministério da Cultura, segundo critérios de necessidade de recuperação contidos na Lista de Prioridades do Programa. É nesse contexto que se insere, como um dos componentes previstos no Regulamento Operativo do Programa, o financiamento de recuperação dos Imóveis Privados situados na Área de Projeto. De acordo com as normas fixadas pelo Programa, o apoio aos municípios para financiamento de reformas em imóveis privados, compreenderá a conservação da estrutura, fachada, cobertura e instalações elétricas dos edifícios selecionados, cuja conservação seja considerada prioritária. As cidades participantes são: Alcântara/MA, Belém/PA, Cachoeira/BA, Congonhas /MG, Corumbá/MS, Diamantina/MG, Goiás/GO, Icó/CE, Laranjeiras/SE, Lençóis/BA, Manaus/AM, Mariana/MG, Natividade/TO, Oeiras/PI, Olinda/PE, Ouro Preto/MG, Pelotas/RS, Penedo/AL, Porto Alegre/RS, Recife/PE, Rio de Janeiro/RJ, Salvador/BA, São Cristóvão/SE, São Francisco do Sul/SC, São Paulo/SP, Serro/MG. Somente para

### 2.2.1 Proteção na esfera administrativa

A Constituição Federal prevê, exemplificativamente, instrumentos de proteção dos bens culturais no § 1º, do artigo 216: “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”.

Os inventários servem para organizar fazer o levantamento e catalogar os bens pertencentes ao patrimônio cultural nacional, além de ser mecanismo de proteção e de divulgação desses bens. O Poder Público, dessa forma, detém uma relação dos bens culturais que devem merecer proteção.

Pelo Decreto n. 3.551, de 4 de agosto de 2000, instituiu-se o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial, dividido em quatro livros: Livro de Registro dos Saberes (para os conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades), Livro de Registro das Celebrações (para os rituais e festas que marcam vivência coletiva, religiosidade, entretenimento e outras práticas da vida social), Livro de Registro das Formas de Expressão (para as manifestações artísticas em geral) e Livro de Registro dos Lugares (para mercados, feiras, santuários, praças onde são concentradas ou reproduzidas práticas culturais coletivas). O patrimônio imaterial é transmitido de geração em geração pelas comunidades em sua ambiência, sendo o Registro importante forma de garantia de preservação e continuidade.<sup>91</sup>

O tombamento tem como finalidade a proteção de determinados bens considerados de valor cultural, inscrevendo-os em um dos livros do tomo,

---

exemplificar, na capital paulista, o “Monumenta” trabalha na preservação do Centro Histórico nos monumentos Edifício Ramos de Azevedo e anexo, Conjunto do Jardim da Luz, Museu de Arte Sacra, Prédio do Ponto Chic, Hotel Federal Paulista, Hotel Queluz, Antigo Seminário Episcopal, Praça Coronel Fernando Prestes, Coreto nº 2, Ponto de Bondes, Pontilhão de Ferro Forjado nº 1 e 2, áreas de pavimentação e conjunto de imóveis comerciais. Na área de abrangência estão trechos dos bairros de Bom Retiro, Santa Ifigênia e Campos Elísios, tendo o Jardim da Luz ao centro, tendo como obra concluída com recursos do programa a Chaminé da Luz. Conforme informações obtidas no endereço eletrônico <http://www.monumenta.gov.br>.

<sup>91</sup> Já estão registrados como Patrimônio Imaterial os seguintes bens brasileiros: Arte Kusiwa dos Índios Wajãpi; Ofício das Paneleiras de Goiabeiras; Samba de Roda no Recôncavo Baiano; Círio de Nossa Senhora de Nazaré; Ofício das Baianas de Acarajé; Viola-de-cocho e, mais recentemente, o Jongo, conforme informações disponíveis in <http://www.iphan.gov.br>.

sujeitando o proprietário a certas restrições. A principal legislação a respeito do tombamento é o Decreto-lei 25, de 30 de novembro de 1937, que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, estabelece o processo de tombamento, os efeitos do tombamento e sanções administrativas para infrações cometidas. Esse instituto será melhor analisado em capítulo próprio.

Já na desapropriação, adentramos na seara do direito de propriedade, uma vez que esta é a transferência compulsória da propriedade particular (ou pública de entidade de grau inferior para o superior) para o Poder Público ou seus delegados, por utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, nos termos do artigo 5º, inciso XXIV, da Constituição Federal.<sup>92</sup>

Nesse panorama podemos compreender a desapropriação como instrumento de proteção do patrimônio cultural brasileiro: saindo determinado bem cultural das mãos de um particular, transformando-se em bem público sujeito diretamente ao dever de preservação do Estado, nos moldes da classificação dos bens consignada no Código Civil.

Muitas vezes, outras formas de proteção mostram-se ineficientes, uma vez que os bens permanecem na esfera da propriedade privada. Ainda existe, infelizmente, um sentimento de íntima relação sujeito-objeto-propriedade, sendo que somente nessa relação se evidencia a proteção, preservação e conservação da coisa. Como no tombamento, por exemplo, em que o dever de conservar a coisa é do proprietário e, somente diante da impossibilidade financeira de manutenção, aciona o Poder Público para tanto. Caso não o faça, fica sujeito a penalidades, mas o bem pode já ter perecido.

Encontramos, ainda, no Decreto-lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941, artigo 5º, “l” e “m”, casos de “utilidade pública” a justificar a desapropriação: a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza; a preservação e a conservação adequada de arquivos, documentos e outros bens móveis de valor histórico ou artístico.

---

<sup>92</sup> Maria Sylvania Zanella Di Pietro assim conceitua: “A desapropriação é o procedimento administrativo pelo qual o Poder Público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem, substituindo-o em seu patrimônio por justa indenização”. *Direito administrativo*, p. 153.

Podem, assim, ser desapropriados bens móveis e imóveis, desde que portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diversos grupos formadores da sociedade brasileira, como forma de preservação amparada constitucionalmente.

Podemos citar, também, como forma de proteção aos bens culturais a transferência do direito de construir.

Caracteriza-se esse instituto pela possibilidade do proprietário do imóvel, declarado de interesse público em hipóteses expressamente contempladas em lei, transferir o direito de construir para outro imóvel de sua propriedade ou alienar esse direito a terceiros.

A transferência do direito de construir será estudada com mais vagar em capítulo próprio, em razão de sua característica indenizatória.

Dentre as demais formas de preservação, encontramos os incentivos fiscais que o Poder Público pode instituir em favor dos proprietários de bens dotados de valores culturais, como por exemplo, a isenção do Imposto sobre Propriedade Territorial Urbana - IPTU - com relação aos imóveis tombados.

### 2.2.2 Proteção na esfera judicial

A tutela jurisdicional dos bens culturais encontra amparo na garantia constitucional do direito de ação, consubstanciado no artigo 5º, inciso XXXV: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Algumas ações constitucionais podem se configurar em instrumentos para a proteção e preservação do patrimônio cultural. Ainda no artigo 5º encontramos os fundamentos para tais ações.

A salvaguarda do patrimônio cultural é garantida constitucionalmente de diversas formas, conforme dispõe o artigo 216, § 1º. Outrossim, muitas vezes há que se valer do Poder Judiciário para a proteção e preservação dos bens culturais.

O Mandado de Segurança, ação que tem por objetivo proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, em face de ato administrativo emanado de autoridade pública, é instrumento que pode ser utilizado para defender atos ilegais e lesivos ao patrimônio cultural. Pode ser individual ou

coletivo. Neste caso, a legitimidade conferida pelo Texto Constitucional aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional e, às organizações sindicais, entidades de classe ou associações legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Dessa forma, se o direito líquido e certo de preservação do patrimônio cultural foi violado por ilegalidade ou abuso de poder de autoridade administrativa ou de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, cabe impetração de Mandado de Segurança.

O Mandado de Injunção é medida que pode ser utilizada quando há falta de norma regulamentadora que impeça o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Caso se esteja diante do direito fundamental à preservação do patrimônio cultural que não pode ser exercido em razão da ausência de norma regulamentadora, pode-se pleitear a concessão de Mandado de Injunção.

Por outro lado, a Ação Popular tem por objeto, dentre outros expressamente consignados, anular ato lesivo ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Confere o Texto Constitucional legitimidade ao cidadão para a defesa de interesses difusos e coletivos, pois ele propõe a ação não em interesse individual, mas em interesse público consubstanciado na defesa do meio ambiente e do patrimônio cultural. Encontra-se no ordenamento jurídico a Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965, que regulamenta a Ação Popular e que foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

Ressalvamos, todavia, o disposto no artigo 1º, § 3º, da Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965, que prevê que “a prova da cidadania, para ingresso em juízo, será feita com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda”, uma vez que está em dissonância com o *caput* do artigo 5º e artigo 225 da Constituição Federal, que asseguram a inviolabilidade do direito à vida e que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. “Portanto os requisitos que devem prevalecer para a cidadania nos casos de propositura de Ação Popular ambiental, são os propostos no *caput* do art. 5º: brasileiros e estrangeiros residentes no país”.<sup>93</sup>

---

<sup>93</sup> REISEWITZ, Lúcia. *Op. cit.* p. 112.

A Ação Civil Pública, inserida no Texto Constitucional em face da competência institucional do Ministério Público, é importante instrumento de tutela do meio ambiente em todas as suas formas.

A Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, regulamentou o dispositivo constitucional previsto no artigo 129, inciso III, criando a Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

O objetivo principal da Ação Civil Pública é o de responsabilizar aquele que causar dano ao patrimônio cultural. Poderá ser preventiva ou reparatória. Será preventiva quando o patrimônio cultural correr risco de degradação, sendo que o potencial causador do dano será compelido a uma obrigação de não fazer; reparatória, quando já houver ocorrido o dano a um bem cultural. Neste caso, o causador do dano deverá sofrer uma obrigação de fazer, que consiste na reconstituição do *status quo ante*, bem como deverá pagar uma indenização.<sup>94</sup>

### 2.2.3 Proteção internacional

Em razão da história da humanidade, podemos dizer que há um interesse coletivo na preservação de bens culturais que ultrapassam as fronteiras das Nações. Essa preocupação com bens tidos como “patrimônio cultural da humanidade” levou a Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura - UNESCO -, reunida em Paris de 17 de outubro a 21 de novembro de 1972 a adotar, no dia 23 de novembro de 1972, a Convenção Concernente à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural que passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro em 12 de dezembro de 1977, por meio do Decreto n. 80.978.

A convenção, em seu art. 1º, define quais bens culturais pertencem ao patrimônio cultural mundial, expressamente referindo-se que, “para fins da presente Convenção serão considerados como patrimônio cultural”: 1. os monumentos: obras arquitetônicas, de escultura ou de pintura monumentais, elementos ou estruturas de natureza arqueológica, inscrições, cavernas e grupos de elementos que tenham um

---

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 110.

valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência; 2. os conjuntos: grupos de construções isoladas ou reunidas que, em virtude de sua arquitetura, unidade ou integração na paisagem, tenham um valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte e da ciência; 3. os lugares notáveis: obras do homem ou obras conjugadas do homem e da natureza, bem como as zonas, até mesmo lugares arqueológicos, que tenham valor universal excepcional do ponto de vista histórico, estético, etnológico ou antropológico.

Ainda no preâmbulo da mencionada Convenção encontramos o fundamento para a preservação dos bens culturais, uma vez que “a degradação ou o desaparecimento de um bem cultural e natural acarreta o empobrecimento nefasto do patrimônio de todos os povos do mundo”.

Tais bens relacionam-se com a humanidade, sua sobrevivência e sua forma de viver numa determinada realidade histórica e num determinado tempo. Procura-se entender as manifestações humanas por meio dos bens culturais, considerados aqueles de valor universal e excepcional do ponto de vista histórico, estético, etnológico, antropológico e científico, conforme a definição da Convenção Concernente à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, anteriormente citada.

Essa mesma Convenção prevê a forma de reconhecimento de bens pertencentes ao patrimônio cultural da humanidade, por meio do processo de inscrição dos bens culturais na Lista do Patrimônio Mundial, segundo critérios estabelecidos pelo Comitê do Patrimônio Mundial. Compreendem o processo, duas fases: na primeira, o Estado interessado inventaria o bem cultural e aplica as medidas necessárias a sua proteção e propõe, por intermédio do Ministério de Relações Exteriores a inscrição do bem; na segunda, a solicitação é submetida ao Comitê.

Podemos citar o exemplo do conjunto arquitetônico e urbanístico de Ouro Preto (MG), antiga cidade de Vila Rica, que foi inscrito na Lista do Patrimônio Mundial por representar um dos mais importantes centros históricos do estilo barroco do século XVIII, período denominado de “Idade do Ouro”. A antiga Vila Rica foi fundada em 1738, sendo que teve uma peculiar forma de expressão do barroco<sup>95</sup>,

---

<sup>95</sup> O estilo rococó mineiro é uma das fases do barroco nacional. O barroco, como um movimento, surgiu na Europa no século XVII e atingiu as artes, a arquitetura e a literatura. Esse estilo no Brasil recebeu influência de diversas tendências barrocas, tanto portuguesas quanto francesas, italianas e

sendo testemunha do ciclo histórico da mineração do ouro e de outros metais preciosos. Foram esses os principais argumentos do governo brasileiro para solicitar sua inscrição. O governo brasileiro argumentou que o centro urbano havia sido tombado nos termos do Decreto-Lei n. 25, de 30 de novembro de 1937. O Comitê do Patrimônio Mundial deferiu a inscrição, com base nos seguintes critérios: a cidade contém importante acervo das obras de Aleijadinho, características do estilo barroco e representa importante período da história da colonização das Américas.<sup>96</sup>

As vantagens da classificação no organismo internacional se verificam no campo da obtenção de recursos financeiros visando a preservação, conservação, valorização ou reanimação do bem, na promoção do bem como interesse turístico e na proteção do mesmo frente às pressões para sua deterioração.<sup>97</sup> O Brasil possui dezessete bens inscritos na “Lista do Patrimônio Mundial”.<sup>98</sup>

Mister ressaltar que o desaparecimento ou a degradação de um bem cultural, por ser único e insubstituível, constitui um irreversível empobrecimento do patrimônio de todos os povos do mundo. Entretanto, as medidas de preservação e conservação continuam a cargo do país onde se localiza o bem, mantendo-se íntegra sua soberania, não havendo internacionalização do bem cultural.<sup>99</sup>

A finalidade da declaração de determinado bem como “patrimônio mundial” está na cooperação internacional para sua salvaguarda.

espanholas, ganhando expressões características em diversos locais, especialmente em Minas Gerais.

<sup>96</sup>SILVA, Fernando Fernandes da. *As cidades brasileiras e o patrimônio cultural da humanidade*, p. 99.

<sup>97</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Op. cit.* p. 924

<sup>98</sup> Conjunto Arquitetônico e Urbanístico de Ouro Preto (MG) - 05/09/80; Conjunto Arquitetônico, Paisagístico e Urbanístico de Olinda (PE) - 17/12/82; Ruínas da Igreja de São Miguel das Missões (RS) - 09/12/83; Conjunto Arquitetônico e Urbanístico de Salvador (BA) - 06/12/85; Santuário do Bom Jesus de Matosinhos - Congonhas (MG) - 06/12/85; Parque Nacional do Iguaçu - Foz do Iguaçu (PR) - 28/11/86; Conjunto Urbanístico, Arquitetônico e Paisagístico de Brasília (DF) - 11/12/87; Parque Nacional Serra da Capivara - São Raimundo Nonato (PI) - 13/12/91; Conjunto Arquitetônico e Urbanístico do Centro Histórico de São Luís (MA) - 3/12/97; Conjunto Arquitetônico e Urbanístico do Centro Histórico de Diamantina (MG) - 01/12/99; Conjunto Paisagístico do Pantanal Matogrossense (MT/MS) - 30/11/2000; Conjunto Paisagístico do Parque Nacional do Jaú (AM) - 30/11/2000; Costa do descobrimento (BA) - 01/12/1999; Mata Atlântica do Sudeste - 30/11/2000; Reservas do Cerrado - Parque Nacional das Emas e Parque Nacional Chapada dos Veadeiros - 2001; Centro Histórico de Goiás - 2001; Ilhas Atlânticas - Reservas de Fernando de Noronha e Atol das Rocas - 2001.

<sup>99</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Op. cit.*, pp. 923-924. Continua o autor: “Como não se internacionaliza o bem classificado, na ‘lista do patrimônio mundial’ ou na ‘lista do patrimônio mundial em perigo’, também não pode o país onde esteja situado esse bem transferir suas responsabilidades administrativas e financeiras de conservação para a UNESCO. A Convenção Internacional de 23 de novembro de 1972 afirma: ‘O financiamento dos trabalhos necessários não deve, em princípio, incumbir senão parcialmente à comunidade internacional. A participação do Estado, que se beneficia da assistência internacional, deve constituir uma parte substancial dos recursos trazidos a cada programa ou projeto, salvo se seus recursos não o permitam’ (art. 25)”.

Pela Convenção de 1972 foi criado o Fundo do Patrimônio Mundial, que recebe recursos dos Estados-Membros e contribuições voluntárias. O Comitê do Patrimônio Mundial tem a responsabilidade de destinar os valores arrecadados, prioritariamente, aos sítios mais ameaçados, que figurem na Lista do Patrimônio Mundial em Perigo, assim como aos programas de assistência e cooperação técnica. A assistência consiste em estudos sobre os problemas artísticos, científicos e técnicos relacionados aos bens; formação de especialistas; fornecimento de equipamentos; empréstimos com baixa taxa de juros ou sem juros e concessão, em casos excepcionais, de subvenção sem reembolso.<sup>100</sup>

O que distingue um bem como pertencente ao “patrimônio mundial”, como dito anteriormente, é seu valor universal excepcional, independentemente do local onde se encontra. Por outro lado, todos os países possuem seu patrimônio cultural, relacionado a sua identidade, à forma de fazer e viver de seu povo, a sua história, instituindo, como vimos anteriormente, instrumentos próprios de proteção e valorização desse patrimônio. No capítulo seguinte, veremos o tombamento, principal instrumento de proteção previsto em nosso ordenamento jurídico.

---

<sup>100</sup> Artigos 22 e 23 da Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural.

### III TOMBAMENTO

Tombamento é a inscrição de determinado bem em um dos Livros do Tombo. Essa conceituação vem do Direito Português, onde o verbo *tombar* significa registrar, inventariar ou inscrever bens nos arquivos do Reino, guardados na Torre do Tombo, sendo que nosso legislador conservou tais expressões, por tradição lingüística, como dizia Hely Lopes Meirelles.<sup>101</sup>

Alguns autores mencionam que a palavra teria origem no latim *tumulum*, com sentido de arquivo, inventário.<sup>102</sup>

Antonio A. Queiroz Telles menciona que o vocábulo *tombo*, quando precedido de livro - Livro do Tombo - , “forma a expressão que indica, em Portugal e no Brasil, a existência, nas repartições competentes, de um registro pormenorizado do bem que se pretende preservar, mediante a custódia do Poder Público”.<sup>103</sup>

A chamada Torre do Tombo é, desde 1378, o principal arquivo português. A origem do nome refere-se ao fato de que o Rei mandava guardar seus principais documentos - o *Recabedo Regni*, ou *Livro do Tombo*, onde se registravam as suas propriedades e direitos – numa “torre”, a torre Albarrã, do castelo de São Jorge, em Lisboa.

Nessa época, a Torre do Tombo se constituía essencialmente em arquivo do Rei ou da Coroa. Ali se guardavam, além dos tombos de registro e demarcação de bens e direitos, os documentos da Fazenda, os capítulos das Cortes, os livros de chancelaria, os testamentos, os forais, as sentenças do juiz dos feitos da Coroa, as bulas papais, os tratados internacionais, a correspondência régia e muitos outros documentos oficiais.

---

<sup>101</sup> *Direito administrativo brasileiro*, p. 542.

<sup>102</sup> “Do italiano *tombolare*, ou melhormente de *tombo*, que, segundo CÂNDIDO DE FIGUEIREDO, procede do latim *tumulus*, originariamente e como expressão técnica exprime fazer o tombo às terras, isto é, *catalogar as terras, demarcando-as, ou anotando seus marcos*. Assim, *tombar* exprime *inventariar, arrolar, inscrever, ou registrar terras*, fazendo suas descrições e dando suas limitações”. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*, volumes III e IV, p. 386. Ainda nesse sentido: MACHADO, Carlos Augusto A. *Tombamento – um instituto jurídico*. In DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). *Temas de direito urbanístico*, p. 24. TELLES, Antonio A. Queiroz. *Tombamento e seu regime jurídico*, p. 13; MIRANDA, Pontes *apud* PIRES, Maria Coeli Simões. *Op. cit.*, p. 75.

<sup>103</sup> *Op. cit.* p. 13.

O nome se manteve, mesmo depois da destruição da torre, por ocasião do terremoto de 1755, e da transferência do arquivo para o Mosteiro de S. Bento, onde permaneceu até o final do século XX. Em 1990, o Arquivo Nacional foi alojado num edifício especialmente construído para essa finalidade, na Cidade Universitária de Lisboa, e teve as suas competências reformuladas e alargadas, entretanto, o nome original de *Torre do Tombo* foi mantido, respeitando-se, assim, uma história e uma identidade com mais de 600 anos.

Em 1992, a instituição Torre do Tombo foi fundida com o Instituto Português de Arquivos, passando a nova instituição a denominar-se Arquivos Nacionais/Torre do Tombo, reunindo as competências de arquivo nacional, de órgão coordenador do sistema de arquivos e de instrumento de concepção e de execução da política arquivística nacional. Atualmente sua designação oficial é Instituto dos Arquivos Nacionais/Torre do Tombo.<sup>104</sup>

No direito brasileiro, a expressão foi incorporada por meio do Decreto-lei n. 25, de 30 de novembro de 1937, que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, estabelece o processo de tombamento, seus efeitos e sanções administrativas para infrações cometidas nos termos dos seus dispositivos.

Entretanto, o termo tombamento tornou-se “brasileiro”, uma vez que em Portugal e na França o instituto semelhante de preservação é chamado “classificação”.

Como vimos no capítulo anterior, Mário de Andrade elaborou, em 1936, um anteprojeto visando “a organização dum serviço de fixação e defesa do patrimônio artístico nacional”, cuja competência fora atribuída ao Serviço do Patrimônio Artístico Nacional.

Do anteprojeto constava que o Serviço do Patrimônio Artístico Nacional possuiria quatro livros de Tombamento, “para neles serem inscritos os nomes dos artistas, as coleções públicas e particulares, e individualmente as obras-de-arte que ficarão oficialmente pertencendo ao patrimônio artístico nacional”: 1 – Livro do Tombo Arqueológico e Etnográfico: correspondente às artes arqueológica, ameríndia e popular; 2 – Livro de Tombo Histórico: para a arte histórica; 3 – Livro de Tombo das Belas Artes: correspondente à arte erudita nacional e estrangeira; 4- Livro do Tombo das Artes Aplicadas: para as artes aplicadas nacionais e estrangeiras.

---

<sup>104</sup> Dados históricos do Instituto dos Arquivos Nacionais/Torre do Tombo *in* <http://www.ianntt.pt>.

O autor definia Tombamento como “órgão organizador e catalogador do patrimônio artístico nacional”, que seria dirigido pelo próprio Diretor do Serviço do Patrimônio Artístico Nacional. À Chefia do Tombamento central caberia decidir quais as obras a serem tombadas. Não trazia ele em seu anteprojeto o procedimento do tombamento nem medidas de proteção aos bens tombados, mas delineava, com grande grau de entusiasmo, um serviço ideal de proteção.

Ainda em 1936, o então Ministro da Educação e Saúde, Gustavo Capanema, conseguiu junto à Câmara dos Deputados a inclusão do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - SPHAN - na estrutura de seu Ministério e, ao mesmo tempo, autorização do Presidente Getúlio Vargas para seu funcionamento em caráter experimental. Em 13 de janeiro de 1937 foi sancionada a Lei n. 378, criando oficialmente esse órgão.

Enquanto o anteprojeto de Mário de Andrade encontrava-se em tramitação no Congresso nacional, deu-se o Golpe de Estado e, em 10 de novembro de 1937, houve a dissolução do Parlamento e Getúlio Vargas outorga a Constituição dos Estados Unidos do Brasil.

A Carta Constitucional trouxe uma inovação dispondo no artigo 122, n. 14, que o conteúdo e os limites do direito de propriedade seriam definidos nas leis que regulassem seu exercício.

Nesse panorama foi concebido o tombamento, por meio do Decreto-lei n. 25, de 30 de novembro de 1937, em face da competência do Presidente para a expedição de decretos-leis em todas as matérias de competência legislativa da União, enquanto não reunido o Congresso. Getúlio Vargas baseou-se no anteprojeto elaborado por Rodrigo M. F. de Andrade, cuja maior preocupação foi a de garantir ao órgão que seria criado os meios legais para compatibilizar a proteção do patrimônio histórico e artístico com o direito de propriedade.

O mencionado Decreto-lei permanece em vigor, tendo sido recepcionado pelas Constituições que se seguiram.

A constitucionalidade do Decreto-lei n. 25/37 foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal na Apelação Cível 7.377, no *leading case* do tombamento do prédio da Praça 15 de Novembro, no Rio de Janeiro, conhecido como Arco do Teles, cujo julgamento ocorreu em 17 de junho de 1942. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, com dois votos contrários, decidiu pela constitucionalidade do mencionado Decreto-lei.

Essa decisão aconteceu no contexto em que a Carta Constitucional de 1937 dispunha que o conteúdo do direito de propriedade poderia ser dado por meio de lei e foi a primeira vez que o Supremo Tribunal Federal se posicionou quanto a possibilidade de intervenção do Poder Público na propriedade privada, legitimando a aplicação do instituto do tombamento.<sup>105</sup>

Em 1946 o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - SPHAN - passou a denominar-se Departamento do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - DPHAN -, por meio do Decreto-lei n. 8.534, de 02 de janeiro e, posteriormente, Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN - em 1970, com a edição do Decreto n. 66.967, de 27 de julho, que dispôs sobre a organização administrativa do Ministério da Educação e Cultura.

Por meio do Decreto n. 84.198, de 13 de novembro de 1979, foi criada a Secretaria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional na estrutura do Ministério da Educação e Cultura, substituindo o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

Em 16 de abril de 1990, foi sancionada a Lei n. 8.029 que autorizou a criação do Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural - IBPC -, que foi constituído pelo Decreto n. 99.492, de 03 de setembro de 1990. Em 1994 voltou a se chamar Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN -, cuja denominação permanece até nossos dias.<sup>106</sup>

O Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional trabalha, no âmbito federal, com um universo diversificado de bens culturais classificados segundo sua natureza nos quatro livros do Tombo: Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico; Livro do Tombo Histórico; Livro do Tombo das Belas Artes e Livro das Artes Aplicadas. Os livros específicos apontam para os tipos de proteção. Como nos ensina Fernando Fernandes da Silva, “a inscrição num dos livros do tomo determina uma diretriz de conservação estabelecida pelo órgão responsável pelo

---

<sup>105</sup> Merece ser transcrito parte do voto do relator, Ministro Castro Nunes: “A antiga noção de propriedade, que vedava ao proprietário senão o uso contrário às leis e regulamentos completou-se com a de sua utilização posta ao serviço do interesse social; a propriedade não é legítima senão quando se traduz por uma realização vantajosa para a sociedade, (...) diz-se que em tais monumentos e objetos em poder de particulares, existem duas partes distintas: a intelectual – ou seja, o pensamento do artista, o ideal que ele encarnou – e o material – isto é, a mesma forma que lhe serviu para fixar o seu pensamento, o seu ideal. A primeira, pertence à sociedade que a deve proteger; somente a segunda, pertence à propriedade privada gravada de servidão”. *In* RT 147/785.

<sup>106</sup> Sobre o panorama histórico: PIRES, Maria Coeli Simões. *Op. cit.*, pp. 35-38; FONSECA, Maria Cecília Londres. *Op. cit.*, pp. 98-105; TELLES, Antonio A. Queiroz. *Tombamento e seu regime jurídico*, pp. 22-27.

tombamento, conferindo-lhe também critérios para apurar eventual dano sobre o bem cultural”.<sup>107</sup>

Para melhor entendermos a evolução das políticas preservacionistas e, em especial por meio do tombamento, mister alguns comentários a respeito da trajetória da concepção a respeito dos bens a serem tombados.

As primeiras linhas a respeito da ameaça de perda de monumentos históricos e de arte colonial foram elaboradas diante da descoberta do barroco mineiro pelos modernistas, como primeira manifestação cultural tipicamente brasileira, no início do século XX.

Isso resultou na primeira ação concreta de proteção ao patrimônio cultural brasileiro, que foi a elevação de Ouro Preto à categoria de monumento nacional pelo Decreto n. 22.928, de 12 de julho de 1933.

Em 1936 o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional foi implantado em caráter experimental, sendo que desse momento participaram vários dos modernistas, como por exemplo, Mário de Andrade, Rodrigo Melo Franco de Andrade, Lúcio Costa, Carlos Drummond de Andrade e Manuel Bandeira.

Com a edição do Decreto-lei n. 25/37, o tombamento ficou a cargo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, sendo que naquele momento a prioridade de proteção recaía sobre os remanescentes da arte colonial brasileira.

A historiografia da época marcou a valoração dos bens a serem tombados em face do processo histórico de ocupação, com predominância da presença portuguesa, a descoberta do ouro, assim como a arquitetura religiosa, tendo em vista que a igreja era fundamental na tradição colonial. Disso resultou em prioridade aos monumentos arquitetônicos, em especial a arquitetura religiosa.

Em face da determinação do Decreto n. 25/37 da atribuição de “excepcional valor” para o tombamento, os critérios eram adotados caso a caso, conforme a autoridade dos agentes do órgão federal citado.

O perfil profissional preponderante do corpo técnico do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional era de arquitetos. O critério de seleção dos bens com base em sua representatividade histórica ficou em segundo plano, prevalecendo uma leitura ditada pela história da arquitetura no Brasil, produzida pelos arquitetos modernistas.

---

<sup>107</sup> *Op. cit.*, p. 123.

Foi relativamente aos bens imóveis dos séculos XVI, XVII e XVIII, primordialmente de arquitetura religiosa, que o órgão desenvolveu a maior partes de suas pesquisas. Em consequência, houve uma preocupação em elaborar critérios para a avaliação do valor artístico dos bens, o mesmo não ocorrendo em relação ao valor histórico.

Para melhor visualização do contexto dos critérios de tombamento dessa época: foram tombados, até o final de 1969, 803 bens, sendo 368 de arquitetura religiosa, 289 de arquitetura civil, 43 de arquitetura militar, 46 conjuntos, 36 bens imóveis, 6 bens arqueológicos e 15 bens naturais.<sup>108</sup>

Maria Cecília Londres Fonseca denomina essa fase de “heróica” e assim resume a análise dos critérios de constituição do patrimônio pelo Serviço do Patrimônio Histórico Artístico Nacional, no período desde sua constituição até os anos 70:

- 1) o principal instrumento de legitimação das escolhas realizadas era a autoridade dos técnicos, sendo desnecessário formular justificativas mais elaboradas.
- 2) prevaleceu nitidamente uma apreciação de caráter estético, baseada nos cânones da arquitetura modernista.
- 3) a consideração do valor histórico dos bens não era objeto de maior atenção, a não ser relativamente à autenticidade das fontes.
- 4) na verdade, a prioridade era assegurar a proteção legal dos bens através de sua inscrição nos Livros do Tombo, ficando em segundo plano a questão do critério nas inscrições.<sup>109</sup>

Continua a autora, no sentido de que a partir dos anos 70 iniciou-se a fase “moderna”, que deve ser entendida no contexto histórico em que foi inserida: a mobilização da sociedade brasileira em torno de debates quanto aos direitos civis, questão fundiária, meio ambiente, comunicação, ciência, tecnologia e também à cultura.

O Serviço de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional necessitava de uma reformulação em face do desgaste do modelo implantado. O órgão enfrentava poderosa especulação imobiliária e a falta de recursos.

A época áurea do processo de desenvolvimento, com a industrialização e a urbanização, repercutiu não apenas no nível simbólico, pois tal ideologia se contrapunha à continuidade e à tradição, mas também nas esferas econômicas e

<sup>108</sup> Os dados históricos foram obtidos *in* FONSECA, Maria Cecília Londres. *Op. cit.*, pp. 81-120.

<sup>109</sup> *Ibid.*, p. 116.

sociais, com a migração para as cidades, a valorização do solo urbano, comprometendo os processos espontâneos de preservação do patrimônio cultural.

Diante desse quadro, o Serviço de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (depois Departamento do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional e Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional) passou a adotar uma postura conciliadora, procurando demonstrar que os interesses de preservação e de desenvolvimento não são conflitantes entre si. Por outro lado, alterou o perfil de seus agentes, com a contratação daqueles com formação em área de ciências físico-matemáticas, com especialização em informática e educação, técnicos em biblioteconomia e documentação, cientistas sociais e críticos literários.

O caminho trilhado pelo Instituto do Patrimônio Histórico Artístico Nacional já respirava os ares dos novos paradigmas que seriam implantados com a Constituição Federal de 1988. Para os agentes do órgão, no final dos anos 70 e início dos 80, as políticas culturais deveriam levar em conta as necessidades econômicas e políticas dos grupos sociais, valorizando a participação das comunidades no processo de construção e gerenciamento do patrimônio cultural brasileiro.

Isso era sentido na avaliação dos bens a serem tombados, considerando-se as manifestações populares e a dinâmica dos bens inseridos nas comunidades, apesar da dificuldade enfrentada para a valoração desses bens com bases nos critérios criados anteriormente em face da cultura erudita.

Os critérios de seleção dos bens a serem tombados ganharam a inclusão de estilos recentes considerados, até então, pelos critérios da casa como não-artísticos e, nos anos 80, em face das concepções mais recentes de historiografia, começaram a ser valorizados alguns testemunhos da ocupação do território brasileiro, da evolução das cidades, dos diferentes grupos étnicos, da história da ciência e da tecnologia do Brasil.

O “valor excepcional do bem” passou a ser considerado com as noções de representatividade, de exemplaridade, e não mais como em face da expressão “fora do comum”.

A participação da comunidade foi sentida em face das impugnações que ocorreram nos processos e, de forma mais perceptível, diante dos pedidos de tombamento.

No período compreendido entre os anos de 70 e 90, foram abertos 481 processos de tombamento. Destes, 135 culminaram com o tombamento dos bens, 74 foram arquivados e 272 encontram-se em estudo.<sup>110</sup>

Com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 os critérios de preservação a serem considerados são aqueles descritos no artigo 216: portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos grupos formadores da sociedade brasileira.

Nesse novo panorama, os critérios de vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil e o excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico, expressos no Decreto-lei n. 25/37, só podem ser entendidos e aplicados em conformidade com o texto constitucional.

Por outro lado, o tombamento, apesar de ser o mais importante instrumento de preservação, segundo os ditames constitucionais, é apenas uma das formas de proteção ao patrimônio cultural.

Nesse cenário, devemos fazer uma releitura do instituto do tombamento, a fim de adequá-lo aos novos paradigmas do ordenamento jurídico: o termo patrimônio cultural é mais abrangente que patrimônio histórico artístico; o patrimônio cultural brasileiro é formado por bens tombados e bens não tombados; o tombamento é apenas uma das formas de proteção do patrimônio cultural.

### **3.1 Conceito e natureza jurídica**

Poderíamos dizer que o tombamento é um ato administrativo por meio do qual o Poder Público impõe uma série de restrições à propriedade com o escopo de proteger um bem cultural. Nesse sentido, vejamos o entendimento de alguns doutrinadores.

Hely Lopes Meirelles dizia que “*Tombamento* é a declaração pelo Poder Público do valor histórico, artístico, paisagístico, turístico, cultural e científico de

---

<sup>110</sup> *Ibid.*, pp. 131-212.

coisas ou locais que, por essa razão, devam ser preservados, de acordo com a inscrição em livro próprio”. (itálico do original)<sup>111</sup>

De acordo com Lúcia Valle Figueiredo

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.<sup>112</sup>

Diógenes Gasparini, 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.<sup>113</sup>

Dos conceitos apresentados, podemos ver que há uma concordância entre os doutrinadores de que o tombamento é ato administrativo. Entretanto, divergem eles quanto à natureza jurídica das restrições impostas pelo tombamento e ser ele ato vinculado ou discricionário.

O primeiro ponto será analisado a seguir; o outro, em item apartado, no que se refere à obrigatoriedade do tombamento.

Um dos objetivos do tombamento é a conservação da coisa. O tombamento não transfere a propriedade do particular ao Poder Público. Entretanto, sobre o bem

---

<sup>111</sup> *Direito administrativo brasileiro*, p. 543. Nesse sentido o conceito apresentado por Carlos Frederico Marés de Souza Filho: “O tombamento é o ato administrativo da autoridade competente, que declara ou reconhece valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, bibliográfico, cultural ou científico de bens que, por isso, passam a ser preservados”. *Op. cit.*, p. 86.

<sup>112</sup> *Curso de direito administrativo*, p.296.

<sup>113</sup> *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 74, p. 14, verbete *Tombamento II*. Esse posicionamento é seguido por Carlos Augusto A. Machado: “À guisa de conclusão, diríamos que o tombamento pode ser vislumbrado como um ato ou como um fato administrativo. Como ato administrativo, o tombamento será uma restrição imposta pelo estado ao direito de propriedade, com a finalidade maior de conservar uma determinada coisa reputada de valor cultural na sua fisionomia característica. (...) Tomando o tombamento como fato administrativo, será a simples inscrição no Livro do Tombo correspondente”. *Tombamento – um instituto jurídico*, p. 26.

cultural passa a incidir um regime jurídico de tutela pública, tendo em vista o valor que contém.

A natureza jurídica dessa tutela e, conseqüentemente, do tombamento, tem sido objeto de estudo por parte dos doutrinadores e podemos encontrar algumas teorias expostas para explicar este regime.

Para alguns autores<sup>114</sup>, constitui modalidade de servidão administrativa, posto que incide sobre imóvel determinado, causando ao seu titular ônus maior do que o sofrido pelos demais membros da coletividade. Outros<sup>115</sup> sustentam a natureza de limitação administrativa, uma restrição geral, que atinge o exercício dos direitos individuais em benefício da coletividade. E, há quem defenda ter o tombamento regime próprio, diferenciado da limitação e da servidão administrativas.<sup>116</sup>

Nesse sentido, mister algumas linhas a respeito da limitação administrativa e da servidão administrativa, para melhor compreensão das divergências doutrinárias.

Em se tratando de limitação administrativa, podemos dizer que decorre de normas gerais e abstratas, dirigidas a propriedades indeterminadas, sempre com a finalidade de condicionar o exercício de propriedade ao interesse coletivo.

Consoante o entendimento de Lúcia Valle Figueiredo: “As limitações à liberdade e à propriedade somente irão se justificar se e na medida em que os direitos coletivos e difusos – também enumerados no texto constitucional, bem como o interesse público primário – postulem”.<sup>117</sup>

E continua: “As limitações correspondem ao perfil do direito. São a própria conformação do direito. Daí por que são *gerais* (como necessariamente a lei é), *abstratas* (como a lei é) e atingem ou podem atingir a todos, ou a determinadas categorias”.<sup>118</sup>

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro

As limitações administrativas impõem obrigações de caráter geral a proprietários indeterminados, em benefício do interesse geral, afetando o caráter absoluto do direito de propriedade, ou seja, o atributo pelo qual o

<sup>114</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 862; GASPARINI, Diógenes. *Op. cit.*, p. 862.

<sup>115</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 544.

<sup>116</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 142; MILARÉ, Edis. *Op. cit.*, p. 278.

<sup>117</sup> *Op. cit.*, p. 305.

<sup>118</sup> *Ibid.*

titular tem o poder de usar, gozar e dispor da coisa da maneira que melhor lhe aprouver.<sup>119</sup>

Já a servidão administrativa pode ser assim conceituada como “o 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 público ou de um bem afetado a fim de utilidade pública”.<sup>120</sup>

Lúcia Valle Figueiredo assim se posiciona: “Conceituamos servidão administrativa como ônus real imposto à propriedade, consistente no dever de suportar pelo proprietário, tendo em vista interesse público a ser implementado”. E continua: “Em conclusão, tratando-se de restrição administrativa, deve haver indenização, exceto se, embora ocorrido o gravame, não foi produzido ônus ao proprietário”.<sup>121</sup>

Considerando esses breves comentários, passemos a analisar o entendimento de alguns doutrinadores sobre a natureza jurídica do tombamento.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao discorrer sobre servidão administrativa, traz como exemplo, dentre outras formas, o tombamento:

Esta última, aliás, é uma das importantes figuras da servidão. Consiste em uma intervenção administrativa na propriedade, destinada a proteger o patrimônio histórico e artístico nacional, pela qual os poderes inerentes ao seu titular ficam parcialmente elididos, uma vez que poderá usar e gozar do bem, mas não altera-lo, para não desfigurar o valor que se quer nele resguardar, além de ficar constituído no dever de mantê-lo em boa conservação.<sup>122</sup>

#### No entendimento de Diogenes Gasparini

O tombamento, que pode incidir sobre um bem móvel ou imóvel, é servidão administrativa (RDP, 86:37) dotada de nome próprio, instituída sempre que o Poder Público deseja preservar certo bem, público ou particular, em razão de seu valor histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico.<sup>123</sup>

---

<sup>119</sup> *Op. cit.*, p. 119.

<sup>120</sup> *Ibid.*, p. 145.

<sup>121</sup> *Op. cit.*, p. 322.

<sup>122</sup> *Curso de direito administrativo*, p. 862.

<sup>123</sup> *Direito administrativo*, p. 744.

Hely Lopes Meirelles assim entendia:

O tombamento tanto pode acarretar uma restrição individual quanto uma limitação geral. É restrição individual quando atinge determinado bem – uma casa, p. ex. -, reduzindo os direitos do proprietário ou impondo-lhe encargos; é limitação geral quando abrange uma coletividade, obrigando-a a respeitar padrões urbanísticos ou arquitetônicos, como ocorre com o tombamento de locais históricos ou paisagísticos.<sup>124</sup>

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.<sup>125</sup>

Édis Milaré acompanha esse entendimento, qualificando o tombamento “como meio de intervenção do Estado consistente na restrição do uso de propriedades determinadas”.<sup>126</sup> 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”.<sup>127</sup>

Paulo Affonso Leme Machado, citando a companhia do Professor José Afonso da Silva, entende que o bem tombado passa à categoria de “bem de interesse público”.<sup>128</sup>

Como vimos, não há entre os doutrinadores um consenso a respeito da natureza jurídica do tombamento. Nem poderia ser diferente, uma vez que o instituto carrega aspectos que o identifica e o diferencia tanto das limitações administrativas, quanto da servidão.

Assim, não podemos com segurança dizer que o tombamento é uma limitação administrativa ou uma servidão. Ele possui um regime jurídico próprio que

<sup>124</sup> *Op. cit.*, p. 544.

<sup>125</sup> *Op. cit.*, p. 142.

<sup>126</sup> *Op. cit.*, p. 278.

<sup>127</sup> *Curso de direito administrativo*, p. 412.

<sup>128</sup> *Op. cit.*, p. 892.

ora se assemelha à limitação ora, à servidão, conforme o caso concreto se apresenta, em face das restrições ao direito de propriedade.

Para compreendermos esse regime jurídico próprio retornamos às lições de Miguel Reale, prelecionadas no primeiro capítulo, no sentido de que bens são “suportes” e, para que sejam contados como pertencentes ao patrimônio cultural brasileiro, necessitam de um “significado”: que sejam portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

No tombamento, o bem material está sujeito ao regime de propriedade privada, enquanto que seu significado, o valor que contém, é considerado de interesse público. Na realidade, o que se pretende preservar é o valor cultural do bem, pois este é o elemento que justifica seu reconhecimento como integrante do patrimônio cultural.

A tutela do Poder Público, apesar de recair sobre os bens, tem como objetivo a preservação dos valores culturais neles presentes. Enquanto coisa não perde o valor econômico e possibilidade de apropriação individual; já o valor cultural, não é passível desta apropriação e de valoração econômica, porque seus valores não são econômicos, mas culturais e pertencentes à comunidade.

Para concretizar a proteção aos valores culturais impregnados no bem, o tombamento coloca restrições ao direito de propriedade, que podem se assemelhar à limitação ou à servidão administrativas.

O reconhecimento dos valores culturais de determinado bem a justificar sua proteção é feito, nos moldes do Decreto-lei n. 25/37, pela autoridade administrativa.

Questão que se coloca é a possibilidade do tombamento ser efetivado por meio de ato legislativo.

A maior parte da doutrina, como vimos, entende o tombamento como ato administrativo, decorrente de um processo administrativo. Entretanto, algumas vezes entoam a possibilidade do tombamento ocorrer por meio de lei.

Paulo Affonso Leme Machado argumenta que não há vedação constitucional para que o tombamento seja realizado diretamente por ato legislativo federal, estadual ou municipal; que a intervenção do órgão técnico é mais importante na gestão do bem tombado do que na instituição da medida; que o Legislativo pode ser assessorado por especialistas; que a vantagem do tombamento determinado por

lei é que o desfazimento da medida somente pode vir por meio de outro de ato do Poder Legislativo.<sup>129</sup>

Reforçando esse entendimento, Edis Milaré menciona que Ouro Preto foi reconhecida como monumento nacional pelo Decreto-lei n. 22.928, de 12 de julho de 1933; que o cadastramento dos sítios arqueológicos e a fiscalização das escavações estão previstos na Lei n. 3.924, de 26 de julho de 1961, conhecida como “Lei dos Sambaquis”, bem como que a própria Constituição Federal, no artigo 216, § 5º, determinou o tombamento de todos os documentos e sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.<sup>130</sup>

Já para Antonio A. Queiroz Telles, o fundamento para o tombamento compulsório ser realizado por meio de ato legislativo é a prerrogativa constitucional que assegura ao indivíduo não ser obrigado a fazer, senão em virtude de lei. Para o autor, o tombamento voluntário poderia ser efetivado por meio de procedimento administrativo.<sup>131</sup>

Nos moldes de tal entendimento, poucas experiências encontramos no tombamento por meio de ato legislativo. Podemos citar o Município do Rio de Janeiro que, nos termos da Lei n. 928, de 20 de dezembro de 1986, dispõe que em seu artigo 1º: “Compete ao Prefeito, através de decreto, e à Câmara Municipal, através de lei, o tombamento de bens móveis e imóveis de valor cultural, histórico ou ecológico cuja conservação seja do interesse público”.

Em face desse diploma legal, por exemplo, foi editada a Lei n. 4.149, de 10 de agosto de 2005, que, por disposição do artigo 1º, “Tomba o Estádio de Remo da Lagoa, bem público estadual localizado na orla da Lagoa Rodrigo de Freitas, com frente para a Avenida Borges de Medeiros, VI Região Administrativa”.

Com efeito, apesar de não encontrarmos vedação expressa para a instituição do tombamento por lei, o instituto guarda maior compatibilidade com o regime de Direito Administrativo e, assim, com os atos administrativos. Não é outra a disposição expressa na norma geral para o tombamento (Decreto-lei n. 25/37). Ainda, por meio de lei pode-se determinar a proteção de bem cultural por outras formas, uma vez que o tombamento não é o único instrumento de preservação, conforme expressa disposição constitucional.

---

<sup>129</sup> *Op. cit.*, pp. 896-897.

<sup>130</sup> *Op. cit.*, p. 284.

<sup>131</sup> *Op. cit.*, p. 82.

### 3.2 Competência para tombbar

Consoante o texto constitucional, artigo 216, § 1º, o Poder Público tem o dever de preservar o patrimônio cultural. Consta-se, assim, a competência material comum de todos os entes federativos, com fundamento no artigo 23, incisos III e IV, da Constituição Federal.

No que se refere à competência legislativa sobre a matéria, pelo artigo 24, inciso VII, a União, os Estados e o Distrito Federal têm competência concorrente para legislar sobre a proteção do patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico, cabendo à União o estabelecimento de normas gerais e aos Estados, a competência suplementar.

Assim, os Estados poderão exercitar competência legislativa suplementar com relação ao tombamento dentro de seus territórios, a fim de preservar os bens culturais de seu interesse.

Nesse sentido, temos a legislação do Estado de São Paulo, que pode ser citada para ilustrar tal afirmação. A Lei n. 10.247, de 22 de outubro de 1968, criou o Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Arqueológico, Artístico e Turístico - CONDEPHAAT -, cuja finalidade é proteger, valorizar e divulgar o patrimônio cultural do Estado, sendo que o tombamento nesta esfera de governo, está disciplinado pelo Decreto-lei n. 149, de 15 de agosto de 1969.

A competência do Município para legislar sobre o assunto em tela está fundamentada no “interesse local” expresso no artigo 30, inciso I, do texto constitucional, conforme entendimento de Toshio Mukai.<sup>132</sup>

Nessa linha, podemos citar, exemplificativamente, que o tombamento de bens culturais no Município de São Paulo fica a cargo do Conselho Municipal de Preservação do Patrimônio Histórico, Cultural e Ambiental da Cidade de São Paulo, sendo regido pelas Leis n. 10.032, de 27 de dezembro de 1985, e 10.236, de 16 de dezembro de 1986.

---

<sup>132</sup> *A degradação do patrimônio histórico e cultural*, pp. 33-41. Maria Sylvania Zanella Di Pietro expressa entendimento diverso, afirmando que os Municípios não têm competência legislativa em relação à matéria aqui tratada, devendo utilizar os instrumentos de proteção dispostos na legislação federal e estadual. *Op. cit.*, p. 132.

Ainda nos limites das competências constitucionais, a União deverá efetuar a proteção e preservação dos bens culturais de interesse nacional; os Estados, de interesse regional ou estadual e os Municípios, o de valor histórico, artístico e cultural especificamente local.<sup>133</sup>

Carlos Frederico Marés de Souza Filho vai mais longe, ao mencionar que poderá ocorrer o fato de um bem ser tombado pelas três esferas administrativas, quando se tratar de referência, ao mesmo tempo, local, nacional e estadual. Pugna ele pela utilização do princípio da máxima proteção: “As três têm eficácia, porque os três atos são legais e constitucionais. Se valem os três atos, o mínimo denominador comum será o máximo de proteção, quer dizer, nenhum dos atos poderá ser violado”.<sup>134</sup>

Tal situação concreta pode ser vista em face da Igreja da Ordem Terceira de Nossa Senhora do Carmo: tombada na esfera federal pelo Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - SPHAN - (denominação à época), Proc. 216-T, inscrição n. 162-T, Livro Histórico, fl. 27 e inscrição n. 284 e 299, Livro das Belas Artes fl. 49 e 51, em 9-V-40 e 24-II-41; pelo Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Artístico, Arqueológico e Turístico do Estado de São Paulo - CONDEPHAAT -, Proc. 358/73, em 30/10/81, na esfera estadual e, pelo Conselho de Defesa do Patrimônio Cultural de Santos - CONDEPASA -, Livro Tombo 01, inscrição 04, folha 01, Proc. 16731, Resolução SC 01/90, consoante legislação do Município de Santos-SP.

Além disso, em face das repartições de competência, do dever de proteção e das esferas de interesse, o Estado pode tombar bem da União e do Município, e, assim, reciprocamente, uma vez que não há hierarquia entre as pessoas jurídicas de Direito Público.<sup>135</sup>

---

<sup>133</sup> MUKAI, Toshio. *A degradação do patrimônio histórico e cultural*, pp. 33-41.

<sup>134</sup> *Op. cit.*, pp. 110-111.

<sup>135</sup> Nesse sentido: PIRES, Maria Coeli Simões. *Op. cit.*, p. 113.

### 3.3 Obrigatoriedade de tombamento

Outra questão que inquieta os doutrinadores é a obrigatoriedade ou não do tombamento, ou em outras palavras, se é sempre obrigatório o tombamento na hipótese de o bem ser tecnicamente classificado como de valor cultural.

A discussão se coloca em identificarmos o ato administrativo de tombamento como vinculado ou discricionário.

Inicialmente cumpre-nos uma singela análise da vinculação e discricionariedade para melhor compreensão da matéria.

Não podemos estudar vinculação e discricionariedade de modo contraposto. Não há ato administrativo totalmente vinculado ou totalmente discricionário. Podemos encontrar a prevalência de aspectos de discricionariedade ou de vinculação. Mesmo naqueles atos administrativos tidos como vinculados pode, ainda, restar ao administrador a análise do melhor momento para a prática do ato.

Os autores costumam dizer que o ato administrativo é vinculado quando o administrador público é obrigado a decidir de acordo com apenas uma solução possível, atendidos os requisitos fixados em lei. Discricionário, aquele em que, na situação concreta, há a possibilidade de escolha entre duas ou mais soluções possíveis, legalmente possíveis, num exercício de se buscar a efetividade da norma.<sup>136</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello nos lembra que “ato discricionário” é uma maneira elíptica de dizer “ato praticado no exercício de apreciação discricionária em

---

<sup>136</sup> Nesse sentido o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Atos vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma. Atos ‘discricionários’, pelo contrário, seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de *avaliação* ou *decisão* segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, *ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles*” (*Curso de direito administrativo*, p. 410). Merece destaque, ainda, o conceito de discricionariedade de Lúcia Valle Figueiredo: “*Consoante entendemos, a discricionariedade consiste na competência-dever de o administrador, no caso concreto, após a interpretação, valorar, dentro de critérios gerais de razoabilidade e proporcionalidade gerais, e afastado de seus próprios ‘standards’ ou ideologias, dos princípios e valores do ordenamento, qual a melhor maneira de concretizar a utilidade pública postulada pela norma*”. *Curso de direito administrativo*, p. 223.

relação a algum ou alguns dos aspectos que o condicionam ou o compõem”, uma vez que discricionária é a competência do agente.<sup>137</sup>

Segundo o autor, a discricionariedade pode decorrer:

I) *da hipótese da norma*, isto é, do modo impreciso com que a lei haja descrito a situação fática (motivo), isto é, o acontecimento do mundo empírico que fará deflagrar o comando da norma, ou da omissão em descrevê-lo. Pode também derivar

II) *do comando da norma*, quando nele se houver aberto, para o agente público, alternativas de conduta. Seja (a) quanto a expedir ou não expedir o ato, seja (b) por caber-lhe apreciar a oportunidade adequada para tanto, seja (c) por lhe conferir liberdade quanto à forma jurídica que revestirá o ato, seja (d) por lhe haver sido atribuída competência para resolver sobre qual será a medida mais satisfatória perante as circunstâncias.

(...)

III) *da finalidade da norma*. É que a finalidade aponta para valores, e as palavras (que nada mais são além de rótulos que recobrem as realidades pensadas, ou seja, vozes designativas de conceitos) ao se reportarem a um conceito de valor, como ocorre na finalidade, estão se reportando a conceitos *plurissignificativos* (isto é, conceitos vagos, imprecisos, também chamados de fluidos ou indeterminados) e não unissignificativos.<sup>138</sup>

No estudo em questão, vamos analisar a discricionariedade decorrente da possibilidade da autoridade administrativa expedir ou não o ato administrativo, determinando o tombamento.

O ato administrativo do tombamento resulta de um parecer do órgão técnico, na esfera federal a cargo do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN -, cabendo ao Conselho Consultivo decidir sobre o tombamento, em face do valor cultural do bem, nos moldes do artigo 9º, do Decreto n. 5.040, de 07 de abril de 2004, cuja decisão deverá ser homologada pelo Ministro da Cultura, por força da Lei n. 6.292, de 15 de dezembro de 1975.<sup>139</sup>

Podemos identificar, assim, duas decisões administrativas: a primeira, em que o órgão competente aprova o tombamento, em face do reconhecimento do valor cultural do bem e da necessidade de protegê-lo por meio do tombamento e, a segunda, em que a autoridade administrativa homologa tal decisão.<sup>140</sup>

<sup>137</sup> *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 18.

<sup>138</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>139</sup> Nos termos do artigo 21 do Decreto n. 5.050/2004, compete ao Presidente do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN - assinar os atos de tombamento de bens culturais e submetê-los ao Ministro da Cultura para homologação.

<sup>140</sup> “Homologação é ato administrativo vinculado de controle da legalidade. Na homologação não há qualquer apreciação de conveniência e oportunidade, porém simplesmente cuida-se da conformação do ato à lei”. FIGUEIREDO, Lúcia Valle, *Curso de direito administrativo*, p. 185. Nesse sentido:

Nos Estados e Municípios, as respectivas legislações determinam qual a autoridade competente para decidir sobre o tombamento. No Estado de São Paulo, por exemplo, cabe ao Secretário da Cultura, por meio de Resolução, efetuar o tombamento, nos termos da Constituição Estadual (artigos 260 e 261), Decreto-lei n. 149, de 15 de agosto de 1969, Lei n. 10.247, de 22 de outubro de 1968, Decretos n. 13.426, de 16 de março de 1979, e n. 20.959, de 1º de junho de 1983.

O reconhecimento do valor cultural do bem se dá, em qualquer caso, por meio de análise técnica. Como sabemos, podem ser tombados bens móveis ou imóveis, desde que tais bens estejam impregnados de valores culturais, relacionados à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. Nessa fase, cabe ao órgão técnico identificar esses valores e, diante dessa constatação, decidir pela proteção por meio do tombamento.

Lembramos que nos moldes da Constituição Federal, o critério de valoração não é mais o de vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, o excepcional valor arqueológico, etnográfico, bibliográfico, artístico ou paisagístico, nos termos do Decreto-lei n. 25, de 30 de novembro de 1937, mas aquele determinado pela Constituição Federal e, nesse aspecto, o Decreto-lei merece uma releitura.

Assim, diante da comprovação técnica do valor cultural do bem, a autoridade competente é obrigada a tombá-lo?

Para Toshio Mukai o tombamento é ato vinculado, pois a Constituição colocou o patrimônio cultural sob a proteção do Poder Público e, assim,

há um poder-dever da Administração no ato de tombamento, jamais esse ato pode ser discricionário; ao contrário, sendo vinculado esse ato, se um imóvel tiver valor histórico, natural ou artístico ou, ainda, arqueológico, não há como a autoridade deixar de tombá-lo, pois, constitucionalmente, pesa-lhe o dever de fazê-lo.<sup>141</sup>

---

GASPARINI, Diógenes, *Direito administrativo*, p. 87. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 418. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 222. Ainda: "Como ato de simples controle, a homologação não permite alterações no ato controlado pela autoridade homologante, que apenas pode confirmá-lo ou rejeita-lo, para que a irregularidade seja corrigida por quem a praticou". MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 186. Entretanto, José Afonso da Silva manifesta-se no sentido de ser discricionário o ato de homologação do tombamento: "Como já vimos, sua eficácia, em definitivo, depende da homologação do Ministro da Cultura (...) Neste instante a autoridade, em vez de homologar, poderá determinar sua *revisão*, *alteração* ou *desfazimento* por ter sido efetivado com vício de legalidade ou por julgá-lo inoportuno, inconveniente, ou até por entender que a coisa tombada não preenche os requisitos para sua integração no patrimônio cultural. A homologação, assim, reveste-se de natureza discricionária". *Ordenação constitucional da cultura*, p. 168.

<sup>141</sup> *Direito urbano-ambiental brasileiro*, p. 161. Nesse sentido: GASPARINI, Diógenes. Tombamento – II. *Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 74, p. 17.

Seguramente, encontramos vinculação no ato do tombamento no sentido de que ele não poderá se efetivar sem o atendimento de requisitos legais, pois existe a necessidade de uma lei anterior que determine quais bens deverão ser preservados e a finalidade da tutela, e sem o parecer técnico do órgão competente, concluindo pelo valor cultural do bem que se pretenda proteger dessa forma específica.<sup>142</sup>

Poderá, outrossim, restar ao Poder Público certa margem de discricionariedade em face da situação concreta, a justificar o não tombamento do bem, mesmo diante da classificação como de interesse cultural.

A autoridade competente poderá, motivadamente, decidir pelo não tombamento do bem, ao menos naquele momento. Essa análise discricionária envolve não somente os critérios de conveniência e oportunidade, tão festejados ao se falar em discricionariedade, mas também de razoabilidade e proporcionalidade, pois diante do interesse público de preservação do bem, de outros interesses públicos relevantes na situação concreta e de outras formas de proteção.

Podemos, exemplificativamente, citar algumas hipóteses que poderão levar a autoridade administrativa a uma análise de razoabilidade quanto ao tombamento de determinado bem: tombamento de toda a área ou parte dela; tombamento somente da fachada do imóvel; número de exemplares do mesmo bem imóvel naquela cidade; importância do bem para a comunidade; outras formas de proteção mais eficazes.

Ainda, não devemos afastar a participação da comunidade no processo de tombamento e, assim, da decisão administrativa que determina essa forma de preservação.

Como vimos anteriormente, os bens culturais são impregnados de valores pertencentes a uma comunidade, sendo que a própria Constituição Federal assim os reconheceu, determinando a proteção dos bens culturais relacionados à formação da sociedade brasileira. Nesse viés, na decisão a respeito do tombamento, deverá a autoridade administrativa ponderar, também, em face dos sentimentos da comunidade na qual o bem cultural está inserido. Deverá avaliar o sentido que o bem tem para a comunidade.

---

<sup>142</sup> Nesse sentido: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Disciplina urbanística da propriedade*, pp. 59-60; PIRES, Maria Coeli Simões. *Op. cit.*, p. 120.

Relembramos o entendimento de José Eduardo Ramos Rodrigues:

Para decidir sobre a valoração de um bem cultural, sobre a necessidade de se preservá-lo ou não, é preciso aplicar-se o mesmo princípio do equilíbrio, a mesma opção entre duas ou mais situações. Deve-se preservar um bem arquitetônico integralmente, somente no aspecto externo, apenas alguns de seus elementos ou autorizar sua demolição? Tal decisão não deve caber apenas ao estado, nem somente a dotados de notório saber. A participação da comunidade é fundamental, pois ela como legítima produtora e beneficiária dos bens culturais, apresenta mais do que ninguém legitimidade para determinar um valor cultural, que não precisa ser apenas artístico, arquitetônico ou histórico, mas também estético ou simplesmente afetivo. A identificação ou simpatia da comunidade por determinado bem pode representar uma prova de valor cultural bastante superior àquela obtida através de dezenas de laudos técnicos plenos de erudição, mas muitas vezes vazios de sensibilidade. Além de significar, por si só, uma maior garantia para a sua efetiva conservação.<sup>143</sup>

Nessa linha, Maria Sylvia Zanella Di Pietro considera o tombamento ato discricionário, pois o patrimônio cultural não é o único bem que deve ser protegido pelo Estado e, “entre dois valores em conflito, a Administração terá que zelar pela conservação daquele que de forma mais intensa afete os interesses da coletividade. Essa apreciação terá que ser feita no momento da decisão, diante do caso concreto”. E continua afirmando que se não houver razão maior de interesse público, o tombamento deve ser feito.<sup>144</sup>

Já Carlos Frederico Marés de Souza Filho dispõe sobre comportamento diverso do Poder Público em face da situação de perigo do bem:

Se o bem integrante do patrimônio cultural, assim definido pela norma constitucional, está em perigo, com risco de destruição, por exemplo, é dever do Poder Público interferir para protegê-lo. O Poder Público com competência para tomar passa a ter obrigação de fazê-lo imediatamente e, neste caso, deixa de haver discricionariedade.

Por outro lado se não há risco atual que ameace o bem, embora haja obrigação e não mera faculdade, o Poder Público pode escolher o momento de tomar, utilizando-se assim de sua discricionariedade quanto à oportunidade da prática do ato, não quanto ao seu exercício. Desta

<sup>143</sup> Patrimônio cultural: análise de alguns aspectos polêmicos. *Revista de direito ambiental*, vol. 6, p. 180.

<sup>144</sup> *Op. cit.*, p. 141. Nesse sentido: “(...) o terceiro momento, ou seja, o pronunciamento da autoridade, concretizado em ato administrativo, está localizado na esfera discricionária da administração: pode o administrador reconhecer a qualificação do bem, louvando-se no parecer do órgão competente e, no entanto, não editar o ato, por não achar conveniente nem oportuno tombá-lo; (...)”. CRETELLA JÚNIOR, José. Tombamento – I. In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 74, p. 3. Também: PIRES, Maria Coeli Simões. *Op. cit.*, p. 121.

forma, o ato só será discricionário quanto ao momento, porque não é necessário que um bem cultural esteja sob risco, para ser tombado. Porém, se está sob risco, é obrigação da Administração proceder ao tombamento. O problema acaba residindo na avaliação do risco.<sup>145</sup>

Ousamos discordar desse posicionamento, pois entendemos que em caso de risco de perda do bem cultural, medidas mais incisivas devem ser tomadas, como por exemplo, a desapropriação. Isso se justifica diante da aparente inércia do proprietário que se omitiu na conservação do bem e, conseqüentemente, não deverá fazê-lo, mesmo em face do tombamento.

Essa hipótese pode ser utilizada, seguramente, para exemplificar a atuação discricionária da autoridade administrativa em face do tombamento. Nesta situação, o tombamento não seria o instrumento mais eficaz para a proteção do bem cultural.<sup>146</sup>

Dessa forma, em face da análise do caso concreto, poderá o administrador público, constatando a existência de outras razões de interesse público, de forma motivada, obstar o tombamento, mesmo diante do comprovado valor cultural do bem. Entretanto, se razões de ordem pública não existirem, deverá ser determinado o tombamento.

### **3.4. Modalidades de tombamento**

O tombamento pode ser classificado segundo algumas espécies: a) quanto ao tipo de bem: móvel e imóvel; b) quanto ao procedimento: de ofício, voluntário e compulsório; c) quanto à eficácia: provisório e definitivo; d) quanto aos destinatários: individual e geral.

Todos os bens móveis e imóveis, públicos ou privados, são passíveis de tombamento, desde que relacionados à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

---

<sup>145</sup> *Op. cit.*, p. 88.

<sup>146</sup> Esse, também, o entendimento de Maria Coeli Simões Pires: "Demais disso, em determinadas situações, não é recomendável a sua ação e sim a de instrumentos diversos que podem ser usados de maneira progressiva. Recomendam alguns estudiosos, por exemplo, que o tombamento não deve ser adotado para proteção de bens ameaçados, ao argumento de que existem alternativas extremas para bens irreversivelmente ameaçados como desapropriação, transladação, enfim, ações curativas mais eficazes". *Op. cit.*, p. 121.

O Decreto-lei 25, de 30 de novembro de 1937, prevê três tipos de tombamento: de ofício, voluntário e compulsório. O tombamento de ofício recai sobre bens públicos, bastando a notificação à entidade a que pertencer ou sob cuja guarda estiver a coisa, a fim de produzir os necessários efeitos, conforme o artigo 5º, do mesmo Decreto-lei.

O tombamento voluntário e o compulsório incidem sobre bens particulares, conforme a previsão do artigo 6º do mencionado Decreto-lei. Voluntariamente pode ocorrer o tombamento com a simples concordância de seu proprietário, a seu pedido ou em atendimento à notificação, consoante artigo 7º do Decreto-lei em estudo. O tombamento compulsório terá lugar sempre que houver resistência por parte do proprietário em anuir ao tombamento ou no caso de impugnação, como se depreende do art. 8º do Decreto-lei 25/37.

Quanto à eficácia, o tombamento pode ser provisório ou definitivo, conforme esteja o respectivo processo iniciado pela notificação ou concluído pela inscrição do bem no competente Livro do Tombo. Neste sentido o artigo 10 do Decreto-lei 25/37.

O tombamento provisório produz os mesmos efeitos que o definitivo, com exceção à transcrição no Registro de Imóveis, somente exigível para o tombamento definitivo. Com a notificação do tombamento provisório, o proprietário não poderá mais alterar o bem: é o marco inicial da preservação. Este se justifica, pois, diante da notícia do possível tombamento, o proprietário poderia tentar modificar ou até destruir a coisa, furtando-se dos efeitos do tombamento, cujo ato final e definitivo seria inócuo. Também para o Poder Público inicia-se o dever de proteger o bem, inclusive com a aplicação de sanções administrativas (multa, demolição e restauração obrigatória).

Em se tratando dos destinatários, o tombamento pode ser individual ou geral. Será individual quando atingir bem determinado, como a “Casa das Rosas”, localizada na Avenida Paulista, na cidade de São Paulo; geral, quando incidir sobre todos os bens de determinada área. A cidade de Ouro Preto é sempre citada como exemplo, pois elevada a Monumento Nacional em 1933, seu conjunto arquitetônico e urbanístico foi inscrito no Livro de Tombo de Belas Artes em 1938 e nos Livros Histórico e Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional em 1986.

### 3.5 Processo administrativo

O tombamento se realiza por meio de um procedimento, cuja seqüência de atos poderá variar conforme a modalidade de tombamento. Quando se inicia um procedimento visando o tombamento de determinado bem, o que se pretende é a conservação, manutenção, continuidade e proteção da coisa, pois estas são as finalidades desse tipo específico de preservação.

Importante salientar que a manifestação do órgão técnico é indispensável em quaisquer modalidades de tombamento. Assim, na esfera federal compete ao Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN - a análise quanto ao valor histórico, artístico ou cultural do bem que se pretenda preservar. No Estado de São Paulo, será ouvido o Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Arqueológico, Artístico e Turístico do Estado - CONDEPHAAT -, podendo haver nos Municípios órgão com iguais atribuições. No Município de São Paulo, por exemplo, temos o Conselho Municipal de Preservação do Patrimônio Histórico, Cultural e Ambiental da Cidade de São Paulo - CONPRESP -.

Com relação ao tombamento de bem público, após a manifestação do órgão técnico, a autoridade administrativa competente determinará a inscrição no Livro do Tombo, notificando a pessoa jurídica de direito público titular do bem ou que o tenha sob sua guarda, nos termos do artigo 5º, do Decreto-lei 25/37.

O procedimento de tombamento poderá ser iniciado pelo Poder Público ou a pedido do proprietário e, mesmo nesse caso, há necessidade de manifestação do órgão técnico a fim de identificar o valor cultural do bem.

São exemplos de bens que foram tombados por iniciativa do poder público: o bairro da Bela Vista, a “Casa de Vidro” no Morumbi, o Instituto Butantã, dentre outros, na cidade de São Paulo. Já o bairro do Jardim da Saúde na zona sul, foi tombado por iniciativa da Associação dos Moradores, em 27 de agosto de 2002.

Trataremos em linhas gerais do procedimento estabelecido pelo Decreto-lei 25/37, que se realiza na esfera federal nos casos de iniciativa do próprio Poder Público. No âmbito estadual ou municipal os entes poderão instituir legislação própria com procedimento específico.

Inicia-se o procedimento com a manifestação do órgão técnico, no caso, o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN -, concluindo pelo valor histórico, artístico ou cultural do bem.

Seguirá notificação ao proprietário, que poderá anuir ao tombamento ou apresentar sua impugnação. Se o proprietário concordar por escrito ou não apresentar impugnação ocorrerá o tombamento voluntário, com a inscrição do bem no Livro do Tombo respectivo.

Como mencionamos anteriormente, com a notificação ao proprietário dá-se o tombamento provisório, com a impossibilidade de alteração da coisa e o dever de preservação pelo Poder Público.

Em sendo apresentada impugnação, deverá ser ouvido o órgão técnico a respeito da defesa apresentada.

Por se tratar de processo administrativo, deve ser observado o devido processo legal, com ênfase na concretização do contraditório e da ampla defesa, como pressuposto de legalidade e de atendimento dos demais princípios constitucionais de impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, expressamente descritos no artigo 37, *caput*, e que devem nortear toda atividade da Administração Pública.

O Conselho Consultivo do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN - deliberará a respeito do tombamento, cuja decisão será apreciada pelo Ministro da Cultura, por força da Lei n. 6.292, de 15 de dezembro de 1975.

Lembramos que o tombamento somente se torna definitivo com a inscrição em um dos Livros do Tombo, devendo ser averbado junto à matrícula do imóvel, para conhecimento de terceiros.

Dessa forma, para que se concretize o tombamento, deve ser observado o devido processo legal, garantindo-se o contraditório e a ampla defesa.

### **3.6 Cancelamento do tombamento**

Depois de efetivado o tombamento, pode ser ele cancelado? Pode ocorrer o “destombamento” do bem?

Sob o tópico do cancelamento iremos analisar algumas hipóteses de desfazimento do tombamento: a nulidade ou invalidação do ato de tombamento, o cancelamento nos termos do Decreto-lei 3.866, de 29 de novembro de 1941 e aquele que se efetiva diante da não conservação do bem.

Como dissemos, o tombamento é ato administrativo (aqui não consideramos a possibilidade de tombamento por lei), que se realiza por meio de um procedimento.

Nesse sentido, submete-se ele ao regime jurídico dos atos administrativos. Igualmente às regras para seu desfazimento por ilegalidade e as hipóteses de revogação.

Em linhas gerais, apenas para nos situarmos com relação ao tema, podemos dizer que anulação é o desfazimento do ato administrativo por razões de ilegalidade, enquanto que a revogação é o ato administrativo pelo qual a Administração Pública desfaz um ato válido, em face de razões de conveniência e oportunidade.

Lúcia Valle Figueiredo, distingue anulação e invalidação. Para a autora, a anulação é feita pelo Poder Judiciário e a invalidação se faz pela própria Administração Pública.<sup>147</sup>

A anulação, sem distinção entre os termos anulação e invalidação, e a revogação são decorrentes do poder de autotutela da Administração Pública, no sentido de rever seus próprios atos, corrigindo ou anulando os ilegais e revogando aqueles inconvenientes e inoportunos ao interesse público, sem necessidade de autorização do Poder Judiciário. Nesse sentido, as Súmulas 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, a anulação do ato de tombamento poderá se dar pela própria Administração Pública de ofício ou por provocação de qualquer interessado.

A decisão referente ao tombamento na esfera federal, como dissemos anteriormente, cabe ao Conselho Consultivo do Instituto do Patrimônio Histórico e

---

<sup>147</sup> A autora assim os conceitua: “Invalidação: retirada de provimento administrativo pela própria Administração, utilizando-se de sua competência controladora ou revisora, em virtude de desconformidade com a norma à qual estaria subsumido; efeitos, em regra, *ex tunc*. (...) A anulação é a forma pela qual o Judiciário retira os efeitos de ato incompatível com a ordem jurídica. Tais efeitos serão retirados *ex tunc*, isto é, desde o momento da emanção do ato. (...) *Revogação é ato administrativo cuja finalidade é a de fazer cessar os efeitos de ato precedente, inoportuno ao atual interesse público. De conseguinte, seus efeitos serão necessariamente “ex nunc”. Portanto, como ato válido que fora, provocara determinados efeitos não suprimíveis. Tão-somente termina sua aptidão de continuar a produzir efeitos*”. (grifos do original) *Curso de direito administrativo*, pp. 237-245.

Artístico Nacional e deverá ser examinada pelo Ministro da Cultura, que analisará todo o procedimento, homologando o ato ou anulando-o, se detectar algum vício de ilegalidade.

Nesse sentido, o controle de legalidade do tombamento, na esfera federal, é o ato de homologação do Ministro da Cultura. Nos Estados e Municípios, as legislações específicas podem determinar igual procedimento ou, na ausência de norma a respeito, fica a cargo da autoridade administrativa superior àquela que determinou o tombamento.

Mesmo com o tombamento definitivo, há possibilidade de seu cancelamento. Caso o mesmo se efetive na esfera federal, a matéria é disciplinada pelo Decreto-lei 3.866, de 29 de novembro de 1941, em seu artigo único:

O Presidente da República, **atendendo a motivos de interesse público**, poderá determinar, de ofício ou em grau de recurso, interposto por qualquer legítimo interessado, seja cancelado o tombamento de bens pertencentes à União, ao Estado, aos Municípios ou a pessoas naturais ou jurídicas de direito privado, feito no IPHAN, de acordo com o Decreto-lei 25, de 3-11-37. (grifos nossos)

Esse dispositivo, ainda em vigor, autoriza o Presidente da República, inclusive de ofício, mediante a análise no caso concreto “dos motivos de interesse público” e motivadamente cancelar o tombamento. Equipara-se à revogação dos atos administrativos, em razão do juízo de conveniência e oportunidade diante de interesse público que indica a não prevalência do tombamento.<sup>148</sup>

Hely Lopes Meirelles critica tal dispositivo.<sup>149</sup> Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro não concorda com tais críticas:

Não nos parece procedente a crítica, tendo em vista que o dispositivo só autoriza o cancelamento “por motivos de interesse público”, o que exige motivação, contrastável perante o Judiciário, por parte do Presidente da

<sup>148</sup> Encontramos nessa afirmação outro fundamento para justificar o tombamento como ato administrativo discricionário, em razão do entendimento da impossibilidade de revogação dos atos vinculados. No sentido de vedação de revogação de atos vinculados: SUNDFELD, Carlos Ari. *Discricionariedade e revogação do ato administrativo*, RDP n. 79, p. 132. DI PIETRO, Maria Sylvia. *Op. cit.*, p. 239. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 434.

<sup>149</sup> “Não é de se louvar o poder discricionário que se concedeu ao Presidente da República em matéria histórica e artística, sobrepondo-se seu juízo individual ao do colegiado do IBPC, a quem incumbe decidir originariamente o assunto. A autoridade desse órgão, especializado na matéria, não deveria ficar sumariamente anulada pelo julgamento subjetivo ou político do Chefe da Nação. A instituição desse recurso deve-se, naturalmente, à origem ditatorial do diploma que o estabeleceu, em cujo regime o Presidente da República absorvia todos os poderes e funções, ainda que estranhos à sua missão governamental”. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 545.

República. Se é verdade que a proteção do patrimônio cultural é dever do Estado precisamente pelo seu interesse público, não é menos verdade que esse interesse pode, em determinado momento, conflitar com outros, também relevantes e merecedores de proteção; um deles terá que ser sacrificado, a critério da autoridade a quem a lei conferiu o poder de decisão.<sup>150</sup>

No Estado de São Paulo, o Decreto-lei 149, de 15 de agosto de 1969, em seu artigo 1º, § 2º, igualmente prevê recurso ao Governador do Estado.

A proteção do patrimônio cultural é interesse público que, ao conflitar com outros interesses públicos, leva o administrador a decidir, diante do caso concreto, essa colisão de interesses públicos de natureza diversa.

O conflito que se afigura aqui é entre dois interesses públicos, e não entre o interesse particular do proprietário que se insurge contra o tombamento e o interesse de preservação da memória cultural, uma vez que não se discute o valor cultural do bem, mas a manutenção da forma de proteção. Igualmente não se trata de nulidade do ato de tombamento, como vimos anteriormente.

Infelizmente, em nome do “atendimento ao interesse público”, muito de nossa memória cultural foi perdida.

Podemos citar o exemplo do Forte do Buraco, de propriedade do governo federal, localizado entre Recife e Olinda, cuja construção original era do início do século XVII. Foi tombado em 1938. A inscrição de tombamento foi cancelada em 19 de janeiro de 1955, por despacho presidencial, baseado no Decreto-lei 3866/41. As obras que justificaram o “destombamento” (a construção de novos cais e diques da Base Naval ali localizada) foram abandonadas antes da destruição total do antigo forte. Os remanescentes e escombros foram novamente tombados em 2000.<sup>151</sup>

Outra hipótese de cancelamento do tombamento é aquela prevista em função da conservação e reparação do bem tombado, ou melhor, em face da não conservação do bem pelo proprietário.

A responsabilidade de conservação da coisa tombada é do proprietário. Invocável a co-responsabilidade do Poder Público que tenha tombado o bem, quando o proprietário comprovar falta de recursos, consoante o disposto no artigo 19, do Decreto-lei 25/37.

---

<sup>150</sup> *Op. cit.*, p. 138.

<sup>151</sup> CF. [http://www2.uol.com.br/JC/\\_2000/1510/cd1510h.htm](http://www2.uol.com.br/JC/_2000/1510/cd1510h.htm). Acesso em 22nov06.

Nesse sentido, temos que a obrigação principal do proprietário é a preservação da originalidade do bem tombado. Outrossim, não pode ele ficar inerte, deixando o bem perecer. Se ele não dispuser de recursos para esse mister, deverá comunicar o órgão responsável da necessidade das obras para conservação e reparação, sendo que sua omissão poderá ser punida com multa.

Diante da necessidade e da urgência da realização das obras, o Poder Público deverá tomar as providências para que sejam efetuadas. Abre-se, inclusive, a possibilidade legal de desapropriação do bem, com fundamento no artigo 5º, “l” e “m”, do Decreto-lei 3.365/41.

Se o órgão competente não agir no prazo estipulado no Decreto-lei 25/37, poderá o proprietário requerer o cancelamento do tombamento. Cancela-se a inscrição feita no Livro do Tombo, bem como as transcrições nos registros públicos.

A decisão administrativa de cancelamento do tombamento, em razão do disposto no artigo 19, do Decreto-lei n. 25/37, fica sujeita à homologação do Ministro da Cultura, nos termos do parágrafo único, do artigo 1º, da Lei n. 6.292/75.

O bem perde o manto de proteção, podendo ser transformado, demolido ou simplesmente se deteriorará. A memória cultural se perderá, se não for imposto outro regime de preservação.

### **3.7 Apreciação pelo Poder Judiciário**

Na seara do tombamento, devemos analisar quais os limites de apreciação do Poder Judiciário. Delimitamos o tema para tratar tão-somente do tombamento por ato administrativo.

Dessa assertiva, decorre que o Poder Judiciário poderá ser chamado a manifestar-se sobre a legalidade do ato administrativo de tombamento, pois como qualquer ato administrativo, ele poderá ser apreciado judicialmente nos seus elementos, quais sejam, competência, finalidade, forma, objeto e motivo.<sup>152</sup>

---

<sup>152</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 195. Celso Antônio Bandeira de Mello traz classificação diferente: elementos do ato: conteúdo e forma; pressupostos do ato: a) de existência: objeto, pertinência à função administrativa; b) de validade: sujeito, motivo, requisitos procedimentais, finalidade, causa (pressuposto lógico), formalização. *Curso de direito administrativo*, pp. 370-393. Por sua vez, Lúcia Valle Figueiredo, dispõe sobre requisitos extrínsecos do ato administrativo

O tombamento se efetua por meio de um procedimento, entendido como uma seqüência de atos ordenados até a realização de um ato final: o tombamento definitivo com a inscrição do bem no Livro do Tombo correspondente ao seu valor cultural. Esse procedimento está sujeito ao devido processo legal que, se não devidamente concretizado, contamina o ato final com a ilegalidade. Mais ainda, a ausência dos princípios que norteiam o processo administrativo (e toda atuação da Administração Pública)<sup>153</sup> em especial, quanto ao contraditório e à ampla defesa, que conferem legitimidade a expedição do ato. Essa matéria também está afeta à apreciação do Poder Judiciário.

Verificamos anteriormente a dificuldade de se caracterizar o ato administrativo de tombamento como vinculado ou discricionário. Entendemos estar ele vinculado ao trabalho técnico que qualifica determinado bem como de valor cultural, no sentido de que o tombamento não pode ocorrer sem (ou contra) essa qualificação técnica, ou seja, a constatação de que o bem carrega valores culturais referentes à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.<sup>154</sup>

Entretanto, cabe à autoridade administrativa uma apreciação discricionária diante do caso concreto, de outros interesses públicos que podem ensejar o não tombamento do bem. Vale dizer, os critérios de conveniência e oportunidade que alguns autores chamam de mérito do ato administrativo.<sup>155</sup>

Ressalte-se que somente diante de um conflito entre o interesse público de proteção de um bem cultural e outro interesse público de natureza diversa poderá justificar, pelo princípio da proporcionalidade, a prevalência deste sobre a proteção do bem por meio do tombamento.

Assim, ao Poder Judiciário não é dado apreciar tais critérios de valoração e, assim, modificar o ato administrativo e, dessa forma, cancelar o tombamento. Sua atuação limita-se à moldura da legalidade. A sindicabilidade do ato discricionário se

---

competência, motivo, formalidades legais, finalidade e causa; e elementos do ato: conteúdo e forma. *Curso de direito administrativo*, pp. 197-207.

<sup>153</sup> Exemplificativamente, o artigo 2º, da Lei 9.784/99: A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

<sup>154</sup> Nesse sentido, desde o *leading-case* do tombamento, conhecido como “Arco do Teles”, a jurisprudência inclina-se no sentido de que cabe ao Poder Judiciário decidir sobre o valor cultural do bem a ser protegido. RT 147/785.

<sup>155</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 210.

dá em face da verificação de desvio e exorbitância no campo de atuação discricionária.<sup>156</sup>

Trilhando caminho em sentido contrário, questão que se coloca é a possibilidade do Poder Judiciário determinar o tombamento de bens.

O tema ganha relevância em face do disposto no artigo 1º, inciso IV, da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, chamada Lei da Ação Civil Pública: “Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (...) IV – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”.

Nesse sentido, mister o reconhecimento pelo Poder Judiciário do valor cultural do bem para efeito de proteção.

Para aqueles que defendem esse posicionamento, o reconhecimento do valor cultural de determinado bem não é ato privativo do Poder Executivo, mas pode ser efetivado pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário, pois o valor cultural é característica intrínseca do bem; é dever do Poder Público proteger os bens integrantes do patrimônio cultural, seja por meio de qualquer dos Poderes; o processo judicial, com contraditório e ampla defesa, garante às partes a participação na decisão.<sup>157</sup>

É citada decisão proferida na Ap. 95.285-1, onde o E. Tribunal de Justiça acatou posicionamento do Ministério Público no sentido de que é possível, em ação cautelar sustar quaisquer atos que possam vir a causar a descaracterização do bem e, na principal, em face de trabalho pericial, reconhecer o valor cultural do bem e determinar sua proteção.<sup>158</sup>

Entretanto, ponto que remanesce é a determinação do Poder Judiciário para o tombamento de bem caracterizado como de valor cultural.

---

<sup>156</sup> Nesse sentido: “Já tivemos oportunidade de dissertar, em nosso *Curso de Direito Administrativo*, sobre os requisitos extrínsecos do ato administrativo e seus elementos. E, estes, certamente, poderão ser controlados pelo Judiciário. Se, entretanto, o Judiciário não encontrar vício nesses componentes de legalidade do ato, não deverá ir mais além (...) O Judiciário pode apreciar a legalidade do ato administrativo modificativo do ato inicial do tombamento. Todavia, não poderá entrar nas razões últimas de conveniência e oportunidade valoradas pelo Executivo, que se possam impor de molde a ser feita a alteração, a não ser que seja comprovada *falta de razoabilidade ou ilegalidade*”. (grifos do original) FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Disciplina urbanística da propriedade*, pp. 70-71.

<sup>157</sup> No mesmo entendimento: MILARÉ, Edis. *Op. cit.*, p. 284; RODRIGUES, José Eduardo Ramos Rodrigues. Tombamento e patrimônio cultural. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, vol. 17, n. 66, p. 60.

<sup>158</sup> MILARÉ, Edis. *Op. cit.*, p. 285.

Inicialmente, a própria doutrina reconhece, em face da decisão citada, que ao Poder Judiciário cabe declarar o bem preservado. Mas, qual o instrumento de proteção?

Inegavelmente o tombamento é ato administrativo privativo do Poder Executivo. Inegavelmente, ainda, o tombamento é apenas uma das formas de proteção.

Celso Antonio Pacheco Fiorillo afirma que a ação deverá ter natureza mandamental, sendo que o juiz determinará que o bem seja tombado, com a inscrição no respectivo Livro do Tombo. E, caso não tenha sido pedido, não ocorre o tombamento, mas a proteção permanece, em respeito à coisa julgada *erga omnes*.<sup>159</sup>

Ainda que assim fosse, caberia ao Poder Executivo a fiscalização, a aprovação de obras, enfim, todos os atos materiais tendentes à proteção do bem.<sup>160</sup>

Em que pese tais posicionamentos, entendemos que o Poder Judiciário não poderá condenar a Administração Pública a tombarem bem caracterizado como de valor cultural, em face das seguintes razões: tombamento é ato administrativo discricionário da Administração Pública que, mesmo diante do valor cultural do bem, por outras razões de interesse público, deixa de tombá-lo; sendo razões de mérito administrativo, o Poder Judiciário somente poderá analisar os contornos legais, a presença de motivação, a razoabilidade, e a ausência de desvio de poder; tombamento, como exaustivamente mencionado, não é o único instrumento de proteção; caberá ao Poder Judiciário determinar a proteção do bem, que poderá se efetivar de várias formas, conforme a que melhor atender a esta finalidade, por decisão da Administração Pública, a quem incumbe as medidas concretas de preservação.

---

<sup>159</sup> *Op. cit.*, p. 215.

<sup>160</sup> RODRIGUES, José Eduardo Ramos Rodrigues. *Op. cit.*, p. 60.

## IV TOMBAMENTO E INDENIZAÇÃO

Um dos maiores problemas relacionados ao tombamento é a indenização.

Nessa seara, nos reportamos à natureza jurídica do instituto, conforme estudo feito em capítulo anterior, pois caracterizá-lo como limitação administrativa ou como servidão repercute na obrigatoriedade ou não da indenização, para muitos autores. Por outro lado, é importante analisarmos as restrições impostas ao proprietário em face do tombamento<sup>161</sup>, uma vez que no caso concreto poderão ser elas a determinar ou não a indenização.

Partindo dessa idéia, alguns doutrinadores<sup>162</sup> - em especial aqueles que entendem o tombamento como servidão - defendem que necessariamente deve haver indenização; outros<sup>163</sup>, que não há que se falar nessa forma de compensação; outros<sup>164</sup>, ainda, que se deve verificar as conseqüências do ato de tombamento, pois se a propriedade privada ficar totalmente aniquilada, configura-se desapropriação indireta, com indenização correspondente; caso o proprietário ficar com a utilização do bem diminuída, a indenização deverá ser analisada no caso concreto.

Com o tombamento surgem para o proprietário restrições ao exercício de seu direito de propriedade que importam em obrigações de fazer, não fazer e suportar. E a análise da indenização no instituto passa, necessariamente, pelo reconhecimento de tais restrições, de que modo alcançam o exercício do direito de propriedade e como podem causar prejuízo de ordem econômica.

Assim, iniciaremos nosso estudo pelo fundamento jurídico de tais restrições, como se comportam em face do tombamento e, posteriormente, trataremos da problemática da indenização.

---

<sup>161</sup> Optamos por utilizar ao longo de nosso trabalho o termo “restrição”, no sentido de qualquer medida que afete o exercício de algum(ns) elemento(s) do direito de propriedade, para diferenciar do instituto da limitação administrativa ou limitação em sentido estrito.

<sup>162</sup> Por exemplo: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*, pp. 112-114; DALLARI, Adilson Abreu, *Tombamento*, in *Temas de direito urbanístico – 2*, p. 13.

<sup>163</sup> Nesse sentido: MARCHESAN, Ana Maria Moreira. A proteção constitucional ao patrimônio cultural, in *Revista de Direito ambiental*, vol. 5, n. 20, p. 119; RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Patrimônio cultural: análise de alguns aspectos polêmicos, in *Revista de direito ambiental*, vol. 6, n. 21, p. 188.

<sup>164</sup> Dentre eles: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Disciplina urbanística da propriedade*, pp. 62-63; PIRES, Maria Coeli Simões. *Op. cit.*, p. 263.

As restrições impostas ao proprietário do bem tombado estão pautadas nos novos rumos do conceito de direito de propriedade. Nesse sentido, a propriedade não pode ser entendida de forma individualista, que leve em conta somente os interesses do proprietário, mas também deve visar o atendimento das necessidades da coletividade. Trata-se, portanto, de função social da propriedade.

Preliminarmente, cumpre-nos caracterizar o que seja a função social da propriedade.

O termo propriedade pode ser conceituado sob várias perspectivas, em razão do momento histórico em que foi concebido:

PROPRIEDADE. (...) 2. *Direito civil*. a) O que pertence a uma pessoa; b) imóvel rural ou urbano; bem de raiz; c) relação jurídica de apropriação de um bem corpóreo ou incorpóreo; d) poder que se exerce sobre coisas; e) direito que tem uma pessoa de tirar diretamente da coisa toda a sua utilidade jurídica (Tito Fulgêncio); f) poder assegurado pelo grupo social à utilização dos bens da vida psíquica e moral (Clóvis Beviláqua); g) direito real que vincula à nossa personalidade uma coisa corpórea sob todas as suas relações (Lacerda de Almeida); h) direito que a pessoa física ou jurídica tem, dentro dos limites normativos, de usar, gozar e dispor de um bem, corpóreo ou incorpóreo, bem como de reivindicá-lo de quem injustamente o detenha; i) é o direito, excludente de outrem, que dentro dos limites do interesse público e social submete juridicamente a coisa corpórea, em todas as suas relações (substância, acidentes e acessórios), ao poder da vontade do sujeito, mesmo quando injustamente esteja sob a detenção física de outrem (R. Limongi França); j) é o direito real exercido de modo absoluto, exclusivo e, em geral, perpétuo (Cunha Gonçalves).<sup>165</sup>

Já o direito de propriedade traça a moldura, a conformação da propriedade no ordenamento jurídico e, como nos lembra Lúcia Valle Figueiredo, “a propriedade (ou qualquer direito), só poderá ter a feição, o perfil traçado pelo ordenamento jurídico de determinado país, em dado momento histórico”.<sup>166</sup>

No direito romano, a propriedade tinha caráter personalíssimo e individualista, caracterizando-se como direito absoluto (por meio do *jus utendi, fruendi* e *abutendi*, no sentido de dispor da coisa como melhor lhe aprouver, inclusive destruindo-a), exclusivo (somente o proprietário, e mais ninguém, pode dispor da coisa), perpétuo (o proprietário o é para sempre, somente deixando de sê-lo por um ato de vontade), oponível *erga omnes* e garantido por ação do *jus civile* (a *reivindicatio*).

<sup>165</sup> DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*, volume 3, p. 821.

<sup>166</sup> *Disciplina urbanística da propriedade*, p. 21.

Também a propriedade romana sofreu limitações. O proprietário poderia usar e fruir da coisa, desde que não oferecesse danos à propriedade ou ao direito de outrem.

No decorrer do tempo, a noção de propriedade dos romanos foi gradativamente modificada, principalmente pelas idéias cristãs, passando a ser entendida não somente em face dos direitos, mas trazendo para seu titular deveres e obrigações morais, caminhando de um sentido individual para o social.<sup>167</sup>

A Igreja Católica há muito se preocupa com a propriedade privada, entendendo ser ela um direito inerente ao homem, e assim, que a ela todos têm direito. A propriedade contém em si mesma uma função social, de proveito de todos. Tal posicionamento já tinha sido professado pelo Papa Leão XIII, na Encíclica *Rerum Novarum*, em 1891:

6. (...) Não se oponha também à legitimidade da propriedade particular o fato de que Deus concedeu a terra a todo o gênero humano para a gozar, porque Deus não a concedeu aos homens para que a dominassem confusamente todos juntos. Tal não é o sentido dessa verdade. Ela significa, unicamente, que Deus não assinalou uma parte a nenhum homem em particular, mas quis deixar a limitação das propriedades à indústria humana e às instituições dos povos. Aliás, posto que dividida em propriedades particulares, a terra não deixa de servir à utilidade comum de todos, atendendo a que ninguém há entre os mortais que não se alimente do produto dos campos.<sup>168</sup>

Em 1961, o Papa João XXIII, por meio da Encíclica *Mater Et Magistra*, ao lado de confirmar o direito de propriedade privada proclama deveres a ele inerentes:

106. Essa dúvida não tem nenhum fundamento. O direito de propriedade privada, mesmo sobre bens produtivos, tem valor permanente, pela simples razão de ser um direito natural fundado sobre a prioridade ontológica e final de cada ser humano em relação à sociedade.

(...)

116. Outro ponto de doutrina, proposto constantemente por nossos predecessores, é que o direito de propriedade privada sobre os bens possui, intrinsecamente, uma função social. No plano da criação, os bens da terra são primordialmente destinados à subsistência digna de todos os seres humanos (...).

117. Hoje, tanto o Estado como as entidades de direito público vão estendendo, continuamente, o campo da sua presença e iniciativa. Mas nem por isso desapareceu, como alguns tendem a pensar, a função social da propriedade privada: esta deriva da natureza mesma do direito de

<sup>167</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito romano moderno*, pp. 109-113.

<sup>168</sup> Carta Encíclica *Rerum Novarum*, p. 14.

propriedade. Há sempre numerosas situações dolorosas e indigências delicadas e agudas, que a assistência pública não pode contemplar nem remediar. Observe-se por último que, para desenvolver os valores espirituais, são muitas vezes mais fecundas as múltiplas iniciativas dos particulares ou dos grupos que a ação dos poderes públicos.<sup>169</sup>

O conceito de propriedade não deve ser entendido como absoluto, uma vez que é dinâmico e tem conotações ideológicas, econômicas, sociológicas e políticas. As situações dolorosas e de miséria persistem em nossa sociedade e, a par da generosidade humana, houve por bem o legislador amparar tais situações, incorporando ao nosso ordenamento jurídico uma função social para a propriedade.

Dessa forma, podemos vislumbrar limitações ao direito de propriedade, uma vez que a satisfação das necessidades da coletividade se superpõe ao interesse individual. Aqui não mais por generosidade humana, como pretendia a Igreja, mas por imposição constitucional.

Assim, a atual conotação do exercício do direito de propriedade deve ser compreendida em conjunto com os preceitos constitucionais.

O artigo 5º, XXII, da Constituição Federal assegura o direito de propriedade. Entretanto, o inciso XXIII estabelece que a propriedade atenderá a sua função social e o inciso XXIV, que lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, uma das possibilidades de retirada compulsória da propriedade de seu titular diante do interesse público, cuja forma de proceder está prevista em lei específica, com requisitos a serem atendidos pelo Poder Público e mediante indenização.

No artigo 170, II e III (Título VII, Da Ordem Econômica e Financeira, Capítulo I, Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica), encontramos a propriedade privada e a função social da propriedade como princípios desta ordem, entendidos como fundamentos da atividade econômica, como nos ensina José Afonso da Silva:

A Constituição inscreveu a *propriedade privada* e a *sua função social* como *princípios da ordem econômica* (art. 170, II e III). Já destacamos antes a importância desse fato, porque, então, embora também prevista entre os direitos individuais, ela não mais poderá ser considerada puro direito individual, relativizando-se seu conceito e significado, especialmente porque os princípios da ordem econômica são preordenados à vista da realização de seu fim: *assegurar a todos existência digna, conforme os*

<sup>169</sup> Carta Encíclica *Mater et Magistra*, pp. 35-39

*ditames da justiça social*. Se é assim, então a propriedade privada, que, ademais, tem que atender a sua função social, fica vinculada à consecução daquele fim.<sup>170</sup> (grifos do original)

Ainda nesse sentido, o entendimento de Sílvio Luís Ferreira da Rocha:

(...) o princípio da função social da propriedade encontra-se no sistema como um princípio que pode ser atualizado com novos conteúdos sempre que isso se mostrar útil e relevante à concretização de outros princípios a que ele serve, como os princípios da socialidade e da dignidade da pessoa humana.<sup>171</sup>

Identificar a função social da propriedade como princípio<sup>172</sup> implica dizer que irradia seus fundamentos sobre todas as demais regras, impondo-se como critério de conformação, sentido e finalidade, e que, como princípio constitucional, dotado de positividade e eficácia.<sup>173</sup>

Adilson Abreu Dallari salienta que “o princípio da função social da propriedade é a idéia central que confere coerência e racionalidade ao sistema de atos normativos e administrativos que visam à organização conveniente dos espaços habitáveis”.<sup>174</sup>

Dessa forma, o princípio da função social da propriedade se manifesta em diversos dispositivos constitucionais, leis infraconstitucionais e em vários institutos jurídicos.

O Código Civil em vigor, em seu artigo 1.228, em obediência ao princípio em tela, expressamente dispôs:

<sup>170</sup> *Curso de direito constitucional positivo*, p. 788.

<sup>171</sup> *Função social da propriedade pública*, p. 119.

<sup>172</sup> Importante trazeremos o conceito de “princípio” sob a ótica de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos”.<sup>172</sup> *Curso de direito administrativo*, pp. 912-913.

<sup>173</sup> Nesse sentido as palavras de Adilson Abreu Dallari: “Como se sabe, os princípios da função social da propriedade e da função social da cidade já figuravam no texto da Constituição Federal de 1988, mas, não obstante o pacífico entendimento doutrinário no sentido de que tais princípios são dotados de positividade e eficácia, na prática, especialmente perante o Poder Judiciário, predomina um fetichismo legalista segundo o qual qualquer princípio, para ser aplicado, precisa estar traduzido em normas legais, em específicas regras de comportamento”. Instrumentos da política urbana *in Estatuto da cidade – comentários à Lei Federal 10.257/2001*, p. 73.

<sup>174</sup> *Ibid.*, p. 75.

Artigo 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.

§ 1º - 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.

Com o intuito de assegurar o cumprimento da função social da propriedade alguns institutos jurídicos são utilizados pelo Estado. Dentre eles, o tombamento, objeto de nosso trabalho. E, tais institutos se valem de instrumentos para a concretização desse mister. No caso em questão, para garantir a preservação do bem tombado, algumas restrições são impostas ao exercício do direito de propriedade relativo ao imóvel tombado e aos imóveis vizinhos.

#### **4.1 Restrições impostas ao proprietário**

Como vimos, o princípio da função social da propriedade impõe ao Poder Público o dever de zelar para que a propriedade atenda aos interesses da coletividade.

No caso do tombamento, em razão do valor cultural do bem, o proprietário é convocado a cumprir obrigações impostas pelo Estado, visando a manutenção das características do bem, que se traduz no cumprimento da sua função social. Por outro lado, o Poder Público deverá limitar o direito de propriedade na exata medida do necessário para o cumprimento da função social daquela propriedade.

O conteúdo do direito de propriedade consiste no *jus utendi, fruendi et disponendi*, ou seja, o proprietário pode usar, gozar e dispor do bem. Decorre da propriedade o direito de seqüela, que se caracteriza pelo poder de reaver a coisa de quem a injustamente a detenha (*rei vindicatio*), conforme dispõe o Código Civil.

Usar é retirar as utilidades da coisa sem alterar sua substância.

Gozar significa extrair as vantagens, perceber os rendimentos, assim, a apropriação dos frutos naturais e civis.

O proprietário pode dispor da coisa, no sentido de consumi-la, modificar sua substância, aliená-la ou gravá-la.

As restrições ao direito de propriedade afetam as características do conteúdo desse direito, limitando as faculdades de uso, fruição ou disposição do bem. Tais restrições podem decorrer da própria vontade das partes, na seara do direito privado, ou de imposição do Poder Público, em face do interesse público.

Com o tombamento, algumas restrições são impostas ao proprietário, com a finalidade de conservar as características originais do bem, que justificaram essa forma de preservação. Essas restrições vão incidir sobre o conteúdo do direito de propriedade, no sentido de criar obrigações quanto à forma de utilização do bem, da percepção de seus frutos e da impossibilidade de alteração de sua substância.

Abrindo parêntese, a necessidade de concretizar medidas de preservação do patrimônio cultural, como vimos anteriormente, é sentida além de nossas fronteiras, sendo que cada país institui normas para instrumentalizar o Poder Público visando essa proteção.

Em Portugal, por exemplo, a “Lei de bases da política e do regime de protecção e valorização do património cultural” (Lei n. 107/2001, de 8 de Setembro), os proprietários, possuidores ou demais titulares de direitos reais sobre bens que tenham sido classificados (ato final de processo administrativo mediante o qual se determina que certo bem possui um inestimável valor cultural, sujeitando este a proteção legal, que pode ser equiparado ao tombamento) ou inventariados estão sujeitos ao cumprimento dos seguintes deveres (artigo 21º):

1 – (...) a) Facilitar à administração do património cultural a informação que resulte necessária para execução da presente lei; b) Conservar, cuidar e proteger devidamente o bem, de forma a assegurar a sua integridade e a evitar a sua perda, destruição ou deterioração; c) Adequar o destino, o aproveitamento e a utilização do bem à garantia da respectiva conservação.

2 – (...) a) Observar o regime legal instituído sobre acesso e visita pública, à qual podem, todavia, eximir-se mediante a comprovação da respectiva incompatibilidade, no caso concreto, com direitos, liberdades e garantias pessoais ou outros valores constitucionais; b) Executar os trabalhos ou as obras que o serviço competente, após o devido procedimento, considerar necessários para assegurar a salvaguarda do bem.

Igualmente são impostas restrições ao proprietário de bem imóvel declarado de interesse cultural nos termos da *Ley 16/85*, de 25 de junho, *Ley de Patrimonio*

*Histórico Español*. Tem ele a obrigação de conservar, manter e custodiar o bem, subordinando o exercício de seu direito a circunstâncias que não ponham em perigo os valores que determinam sua preservação. Além desta, fica ele sujeito às seguintes imposições, conforme nossa livre tradução: não poderá realizar nenhuma obra no imóvel (tanto no interior quanto no exterior) sem autorização expressa da Comissão de Patrimônio competente que se sobreporá a anterior licença municipal; tampouco poderá colocar em fachadas ou coberturas qualquer espécie de rótulo, sinal ou símbolo; não poderá efetuar obras no entorno do edifício, sendo que este efeito alcança não somente o dono do bem declarado de interesse, mas também ao proprietário ou titular de qualquer outro direito de gozo constituído sobre áreas confinantes ou que formem parte deste entorno; lhe está proibido colocar em sua propriedade qualquer espécie de publicidade comercial, assim como cabos, antenas ou condutores aparentes; qualquer outro proprietário não poderá fazer em sua propriedade obras que alterem o caráter dos bens ou alterem ou perturbem sua contemplação visual.<sup>175</sup>

Fechando parêntese e retornando as restrições decorrentes do tombamento em nosso ordenamento jurídico, em linhas gerais, podemos identificar que as obrigações impostas ao proprietário referem-se à conservação do bem, à alienação e à impossibilidade de alteração de suas características, bem como o dever suportar a fiscalização pelo órgão competente.

O Decreto-lei n. 25/37 dispõe no CAPÍTULO III sobre os efeitos do tombamento e, no CAPÍTULO IV, sobre o direito de preferência. Consoante tais dispositivos, podemos enumerar obrigações positivas (de fazer), negativas (não fazer) e de suportar (deixar fazer).

---

<sup>175</sup> Do original: "En esta misma línea, la aplicación provisional que predica el artículo 11 de la ley como consecuencia del inicio del trámite del expediente determinará la aplicación inmediata de las disposiciones del artículo 19 que, resumidamente, suponen para el propietario: - Que no podrá realizar ninguna obra en el inmueble (tanto en su interior como en el exterior) sin autorización expresa de la Comisión de Patrimonio competente que se superpondrá a la preceptiva licencia municipal. - Que tampoco podrá colocar en fachadas o cubiertas cualquier clase de rótulo, señal o símbolo. - Que no podrá efectuar obras en el entorno del edificio. Este efecto alcanza no solo al dueño del bien declarado de interés sino al propietario o titular de cualquiera otro derecho de disfrute constituído sobre funcas colidentes o que formen parte de esse entorno que señala el artículo 17. - Que le está prohibido colocar en su propiedad cualquier clase de publicidad comercial, así como cables, antenas o conducciones aparentes. - Que cualquiera otro propietario no podrá hacer en su propiedad obras que alteren el carácter de los bienes o alterem o perturben su contemplación visual. (...) Junto com lo anterior el propietario de un bien de interes cultural está directamente afectado por la obligación de conservar, mantener y custodiar, subordinando el ejercicio de su derecho a que no se pongan en peligro los valores que aconsejan su conservación." APARICIO, José Millaruelo. La conservación del patrimonio en el derecho privado. In: APARICIO, José Millaruelo; REBOLLO, Enrique Orduña (Coord.). *Patrimonio artístico: protección de conjuntos y edificios históricos*, p. 168.

A histórica decisão proferia na Apelação Cível n. 7.377, do chamado Arco do Teles, em 1942, deixou consignada a legalidade dessas restrições, conforme o voto do Ministro Relator Castro Nunes:

A finalidade do tombamento é conservar a coisa, reputada de valor histórico ou artístico com a sua fisionomia característica.

Mas essa preservação não acarreta necessariamente a perda da propriedade, o proprietário não é substituído pelo Estado; apenas se lhe retira uma das faculdades elementares do domínio, o direito de transformar e desnaturar a coisa. (...)

Por isso mesmo que a coisa não sai do domínio do particular, não se desloca para o domínio do Estado, este não está obrigado a desapropriá-la para realizar o fim que tem em vista. (...)

Tal encargo incumbe ao proprietário, de cujo patrimônio não sai a coisa, da qual continua ele a poder dispor, vendendo-a, hipotecando-a, locando-a etc., proibido somente de a destruir ou transformar.

Essa limitação não suprime ou extingue no seu titular o direito de propriedade, limita-o no exercício de uma de suas faculdades, limitação que diz com o conteúdo do direito, ao alcance do legislador, nos termos da Constituição (artigo 122, 14).<sup>176</sup> (sic)

A principal obrigação positiva do proprietário do bem tombado é a conservação da coisa com suas características originais.

Cabe ao proprietário realizar as obras necessárias à conservação do bem, a fim de evitar sua deterioração. Caso não tenha condições financeiras, deverá comunicar o órgão responsável, nos termos do artigo 19 do mencionado Decreto-lei.

A conservação do bem é inerente à propriedade, pois se o proprietário, por desleixo, não fizer as obras necessárias à conservação, a coisa perecerá, segundo o exercício de seu *jus disponendi*. Assim, a conservação do bem é um exercício natural de manutenção da propriedade. Entretanto, com o tombamento essa faculdade de conservação se torna dever, aliado ao de não alterar a substância da coisa. O exercício do *jus disponendi* fica restrito à alienação do bem, observado o direito de preferência que veremos logo a seguir, e a possibilidade de gravá-lo (artigo 22, § 3º, do Decreto-lei n. 25/37).

No caso de alienação do bem, a transferência do domínio deverá ser averbada no prazo de trinta dias, cuja responsabilidade é do adquirente, e, em não fazendo, ficará sujeito à multa de dez por cento sobre o respectivo valor. A transferência igualmente deverá ser comunicada ao Instituto do Patrimônio Histórico

---

<sup>176</sup> RT 147:791.

e Artístico Nacional - IPHAN -, no mesmo e sujeita a mesma penalidade pela ausência, consoante prescreve o artigo 13, §§ 1º e 3º.

Em caso de deslocamento de bens móveis, o proprietário deverá comunicar o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN - e inscrevê-los no registro do lugar para onde forem deslocados, no prazo de trinta dias, sob pena de multa de dez por cento sobre os respectivos valores (artigo 13, §§ 2º e 3º).

Caberá, ainda, ao proprietário comunicar o extravio ou furto de qualquer objeto tombado, no prazo de cinco dias, sob pena de multa de dez por cento sobre o valor da coisa, nos termos do artigo 16.

Se o bem tombado for público será inalienável, salvo se a transferência ocorrer entre União, Estados e Municípios (artigo 11); se particular, em caso de alienação onerosa, deverá ser assegurado o direito de preferência, pelo mesmo preço e pela ordem, à União, aos Estados e aos Municípios, que serão notificados e terão o prazo de trinta dias para se manifestarem. Será nula a alienação realizada com violação a tais disposições legais, ficando qualquer dos titulares do direito de preferência habilitado a seqüestrar a coisa e a impor multa de vinte por cento de seu valor ao transmitente e ao adquirente, nos termos do artigo 22 e seus parágrafos.

Nesse sentido, o proprietário tem como obrigação oferecer o bem tombado não somente ao ente que o tombou, mas as três pessoas jurídicas de direito público interno. Exercitado o direito de preferência, o bem permanecerá tombado e de propriedade pública, não necessariamente pertencente ao patrimônio do mesmo ente que o tombou. Podemos exemplificar com a situação de bem imóvel tombado pela União, sendo que somente o Município onde se encontra manifeste interesse em sua aquisição. O imóvel será considerado bem público municipal acrescido da proteção dada pelo tombamento, o que, em tese, garantirá ainda mais sua preservação.

Podemos enumerar obrigações de não fazer: não destruir, não demolir, não danificar ou não mutilar a coisa tombada, nem, sem prévia autorização do órgão competente, repará-la, pintá-la ou restaurá-la, sob pena de multa de cinqüenta por cento do valor do dano causado (artigo 17).

Dessa forma, em se tratando de alterações físicas realizadas no bem tombado, estão inseridas as restrições quanto a reformas, ampliações e construções, que somente poderão ser realizadas com autorização do órgão competente. A tal restrição estão sujeitos os bens públicos e os bens privados.

Assim, a imodificabilidade do bem tombado refere-se à impossibilidade de alteração das características originais da coisa, consoante a diretriz de conservação apontada no Livro do Tombo correspondente. Nesse sentido, a restrição atinge o direito de construir.

Se a coisa tombada for bem móvel, o proprietário não poderá retirá-la do país, senão por curto prazo, para fins de intercâmbio cultural e a critério do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN -. Tentada a exportação, o bem estará sujeito a seqüestro, sendo que ao proprietário será imposta multa de cinquenta por cento do valor da coisa, bem como responderá por crime de contrabando (artigos 14 e 15).

Sujeita-se o bem tombado à fiscalização pelo órgão competente, não podendo seu proprietário a ela se opor ou criar obstáculos, sob pena de multa, consoante artigo 20.

Tais restrições se vinculam ao interesse público na manutenção do bem em sua originalidade, em função do valor que carrega e da importância para a comunidade.

#### **4.2 Restrições impostas ao entorno**

Em se tratando de tombamento de bens imóveis, os proprietários dos bens vizinhos também sofrem as conseqüências do tombamento, consoante os termos do artigo 18, do Decreto-lei 25/37, pois não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, sem prévia autorização do órgão competente, 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 aplicação de multa de cinquenta por cento do valor do objeto.

Trata-se de obrigação negativa, de não fazer, sofrendo os proprietários restrições em face do direito de construir.

Nesse panorama, entendemos tratar-se de servidão administrativa, compartilhando o posicionamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Trata-se de servidão administrativa em que dominante é a coisa tombada, e serviente, os prédios vizinhos. É servidão que resulta automaticamente do ato do tombamento e impõe aos proprietários dos prédios servientes obrigação negativa de não fazer construção que impeça ou reduza a visibilidade da coisa tombada e de não colocar cartazes ou anúncios; a esse encargo não corresponde qualquer indenização.<sup>177</sup>

Aos proprietários dos imóveis localizados no entorno são vedadas construções que comprometam a visibilidade do bem tombado, compreendendo as obras novas, bem como as reformas e ampliações, ficando sujeitos a tais obrigações os bens públicos e os bens privados.

Os proprietários não são impedidos de construir, entretanto, as obras devem ser previamente aprovadas pelo órgão técnico.

Primeira questão que se coloca é a interpretação do texto legal ao se referir às obras que impeçam ou reduzam a visibilidade da coisa tombada.

Conforme ensinamento 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”.<sup>178</sup>

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.<sup>179</sup>

---

<sup>177</sup> *Op. cit.*, p. 139. No sentido de ser limitação administrativa: MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Op. cit.*, p. 882; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Op. cit.*, p. 101.

<sup>178</sup> *Op. cit.*, p. 883.

<sup>179</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 546. Nesse sentido o entendimento de Maria Coeli Simões Pires: “Contudo, não devemos restringir o conceito de visibilidade aos seus aspectos objetivos. Ela deverá ser entendida do ponto de vista físico (distância, perspectiva, altura...), como, também, finalístico e qualitativo (harmonia, integração e ambiência)”. *Op. cit.*, p. 162.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro cita acórdão proferido nesse sentido (RT 222/559), em caso em que se pretendia erguer pórtico com aparelhos de ginástica na área envoltória de um convento tombado.<sup>180</sup>

Outro problema que se apresenta é a identificação da área vizinha. O Decreto-lei em estudo não especifica. A garantia da visibilidade do bem tombado, entendida esta em sentido amplo, somente pode se dar caso a caso, em face das particularidades do bem cultural preservado e das características do entorno. Nesse sentido, a área que sofrerá a restrição deverá ser determinada no ato do tombamento, em análise da ambiência do caso concreto.

Determinações genéricas poderão comprometer a finalidade da norma, uma vez que as restrições impostas ao entorno da Casa das Rosas, imóvel tombado na Avenida Paulista, na Capital de São Paulo, seriam diferentes, por exemplo, daquelas decorrentes do tombamento de uma Igreja no alto de uma colina ou, ainda, quando o imóvel a ser tombado se encontra em área vizinha que ganhou novo perfil com o passar do tempo, como no caso do prédio da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e seu teatro, o “TUCA”.

Assim, não só a área do entorno deverá ser determinada em cada caso, mas também as restrições a serem impostas devem guardar relação com a necessidade de preservação, visibilidade e fruição do bem tombado.<sup>181</sup>

Ainda nesse sentido, tendo em vista que o bem tombado está inserido no contexto temporal e histórico da comunidade, existem situações em que a ambiência dos bens tombados determinam um grande entorno, exigindo a proteção da área como um todo. Isso ocorre no tombamento geral, de toda uma cidade, como no caso de Ouro Preto.

---

<sup>180</sup> *Servidão administrativa*, p. 143: “No conceito de visibilidade em relação a monumentos históricos há um sentido mais amplo que envolve outros aspectos além da simples visibilidade física, inclusive a respeitabilidade do imóvel protegido que pode ser prejudicada com ligeiras construções de madeira, como seja um pórtico com aparelhos de ginástica, embora não lhe impedindo de todo a visão”.

<sup>181</sup> Nesses termos, a Resolução n. 56, de 25 de novembro de 2004, do Secretário Municipal de Cultura, Esportes e Turismo de Campinas, em face de sua competência, determina o tombamento do imóvel situado na Avenida Abolição, números 1000, 1002 e 1070, sendo que no artigo 3º da mencionada resolução, foram especificadas as restrições impostas ao entorno: “I – Ficam proibidas novas construções na área envoltória dentro dos limites do lote do bem; II – O jardim fronteiro ao imóvel e a entrada principal deverão ser mantidos e conservados de acordo com a sua concepção original e quaisquer intervenções propostas deverão ser encaminhadas em forma de projeto para análise prévia e apreciação do CONDEPACC; I – Dentro dos limites do lote da Capela Santa Cruz do Fundão não poderá haver de nenhuma forma descaracterização ou modificação sem apreciação prévia do CONDEPACC. Quaisquer intervenções pretendidas deverão ser encaminhadas em forma de projeto para análise prévia e apreciação do CONDEPACC.”

A legislação do Estado de São Paulo, que podemos citar exemplificativamente, disciplinava em sua redação original um limite genérico de trezentos metros de raio ao redor do bem tombado, salvo disposição expressa no ato de tombamento, sendo que tal dispositivo foi modificado pelo Decreto n. 48.137, de 07 de outubro de 2003, que deu nova redação ao artigo 137 do Decreto n. 13.426, de 16 de março de 1979, assim estabelecendo:

Art. 137. A Resolução do Tombamento preverá, no entorno do bem imóvel tombado, edificação ou sítio, uma área sujeita a restrições de ocupação e de uso, quando estes se revelarem aptos a prejudicar a qualidade ambiental do bem sob preservação, definindo, caso a caso, as dimensões dessa área envoltória.

Parágrafo único – Nenhuma obra poderá ser executada dentro da área envoltória definida nos termos deste artigo sem que o respectivo projeto seja previamente aprovado pelo CONDEPHAAT.

Conforme a redação atual do mencionado Decreto, a finalidade das restrições que serão impostas ao entorno se referem à ambiência, tendo o cuidado de não utilizar o termo visibilidade, que poderia gerar interpretação mais restrita.

Considerando-se que a área envoltória deverá ser definida no ato administrativo do tombamento, pelo princípio da publicidade dos atos administrativos, deverá ser dada ampla divulgação aos administrados. Apesar da legislação federal não prever a notificação dos proprietários dos prédios considerados vizinhos ao imóvel tombado, para garantia das medidas de proteção, entendemos que deverão ser eles notificados, bem como a Prefeitura Municipal, uma vez que a ela cabe a concessão das licenças edilícias.<sup>182</sup>

Outra questão que se coloca é o momento a partir do qual os imóveis vizinhos estão sujeitos a tais restrições.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a servidão nasce no momento do tombamento (inscrição no Livro do Tombo), não dependendo da transcrição deste no Registro de Imóveis. Os efeitos do registro só alcançam o bem tombado e garantem a boa-fé de terceiros em face deste imóvel.<sup>183</sup>

---

<sup>182</sup> Carlos Frederico Marés de Souza Filho menciona a experiência da legislação de Lages, Santa Catarina, que estabelece a notificação dos proprietários do entorno para que acompanhem o processo administrativo de tombamento. *Op. cit.*, 102.

<sup>183</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 140 e *Servidão administrativa*, p. 145. Em sentido contrário: "(...) os proprietários das áreas vizinhas ao bem tombado, ainda não averbado no registro de imóveis, não podem sofrer as restrições previstas na lei especial sobre o direito de construir". MACHADO, Carlos Augusto A. Tombamento – um instituto jurídico. *In* DALLARI, Adilson

Dessa forma, com o tombamento já se consideram os imóveis inseridos no entorno passíveis das restrições, entretanto, há necessidade da notificação aos proprietários dos imóveis ali localizados.<sup>184</sup>

Por outro lado, em se considerando tais restrições ao entorno como servidão administrativa, deverá ser ela registrada, por força do disposto no artigo 167, inciso I, 6, da Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que expressamente dispõe que no Registro de Imóveis, além da matrícula serão feitos os registros, dentre outros, das servidões em geral.

Trata-se, assim, de restrição que decorre diretamente do tombamento de determinado bem, a fim de garantir sua visibilidade. Se o bem é protegido exatamente por ter um valor cultural deve estar visível e acessível, garantida a ambiência, uma vez que o valor cultural pertence a um contexto na comunidade.

### 4.3 Indenização

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

A doutrina não é concorde quanto à natureza jurídica do tombamento e, mais dissonante, ainda, são os posicionamentos quanto à obrigatoriedade de indenização em face de tais restrições.

Nesse sentido, o assunto 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.

Essa realidade já havia sido proclamada no famoso caso “Arco do Teles”, tendo o então Procurador Geral da República, Gabriel de Rezende Passos, 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 monumentos.

---

Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). *Temas de direito urbanístico - I*, p. 48; PIRES, Maria Coeli Simões. *Op. cit.*, p. 161.

<sup>184</sup> Nesse diapasão: MUKAI, Toshio. *Direito urbano-ambiental brasileiro*, p. 163.

(...) 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 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.<sup>185</sup>(sic)

A indenização se caracteriza como uma forma de distribuição isonômica dos ônus impostos a um determinado proprietário pelos benefícios que toda a comunidade auferiu. Repartem-se os ônus com fundamento no artigo 5º, “caput”, da Constituição Federal, e na igualdade dos ônus dos administrados em face do Estado.

É o princípio da solidariedade social, “segundo o qual só é legítimo o ônus suportado por todos em favor de todos. Se o bem-estar social exige o sacrifício de um ou de alguns, aquele ou estes devem ser indenizados pelo Estado, ou seja, pelo erário comum do povo”.<sup>186</sup>

A doutrina se divide quanto à obrigatoriedade de indenização em face do tombamento.

Num extremo encontramos aqueles que entendem que o tombamento não é indenizável, em face do conteúdo social do direito de propriedade, como por exemplo, as linhas de Ana Maria Moreira Marchesan:

A noção atual do direito de propriedade tem sempre um conteúdo social, enfeixando obrigações negativas e positivas. O detentor do direito, além de exercê-lo de molde a não prejudicar direito de outrem, há de usufruí-lo em benefício da coletividade.

É por essa razão que entendemos não ser indenizável o tombamento de um bem de valor cultural. O ato de tombamento não afeta o núcleo do direito de propriedade, preservando o direito de alienação (*jus disponendi*) e mantendo os direitos de uso e gozo sobre a *res*, direitos esses últimos que ficam apenas restringidos pela impossibilidade de alteração do bem como um todo ou de parte dele. Entretanto, o proprietário pode continuar tirando proveito econômico da coisa, sendo-lhe acrescido o ônus de preservá-la.<sup>187</sup>

E afirma a autora, ainda, que em razão de tal encargo devem ser estimulados benefícios fiscais aos proprietários de bens tombados, como por

<sup>185</sup> RT 147:788.

<sup>186</sup> MEIRELLIES, Hely Lopes. *Tombamento e indenização*. RT-600, p. 16.

<sup>187</sup> A proteção constitucional ao patrimônio cultural, *in Revista de Direito ambiental*, vol. 5, n. 20, p. 119.

exemplo, isenção ou redução de IPTU, desconto parcial ou total no imposto de renda dos gastos na manutenção ou restauro do imóvel.<sup>188</sup>

No outro extremo, encontram-se aqueles que sustentam que o tombamento deve ser sempre indenizado. É o posicionamento de Flávio de Queiroz B. Cavalcanti, afirmando que, em benefício da coletividade, o titular sofre restrições em seu direito de propriedade com diminuição no seu patrimônio e, em face da regra do fracionamento “dos ônus e cômodos”, devem ser indenizados os prejuízos causados pelo tombamento compulsório.<sup>189</sup>

Nessa linha, ainda que sob outro argumento, encontramos o posicionamento de Carlos Ari Sundfeld. Para o autor o tombamento, por não retirar do proprietário os poderes inerentes ao domínio (como o de dispor da coisa, por exemplo), a princípio não se traduz em extinção do direito. Porém, ao gerar o dever de abstenção de certos atos que em geral são facultados aos proprietários, como os poderes de destruir e erigir construções, o tombamento deve ser caracterizado como sacrifício de direito.

Os sacrifícios de direito - situações subjetivas impostas compulsoriamente pelo Estado, implicando na diminuição ou extinção do conteúdo do direito - podem ser classificados em dois grupos: a) restrições de direito, correspondentes à diminuição parcial ou temporária do direito de propriedade; b) extinções de direito, importando na perda total e definitiva do direito.

A compressão parcial do conteúdo do direito gera ao proprietário duas espécies de deveres negativos: o de não fazer e o de suportar. O primeiro caso, é sacrifício de direito normalmente imposto pelo tombamento, como dever de não destruir o bem; o segundo, refere-se à servidão.

Quando, face às peculiaridades do imóvel, sua observância não impedir a utilização funcional do bem, estaremos diante de restrição: o direito foi diminuído em seu conteúdo, mas continua existindo, com menor extensão. Quando, porém, tal utilização ficar inviabilizada, o caso será de

---

<sup>188</sup> *Ibid.*, p. 120. Pela não indenização em face do tombamento encontramos o posicionamento de José Eduardo Ramos Rodrigues apesar de fundamento diverso. Segue o autor a teoria de que o bem cultural é público, não enquanto bem de domínio, mas enquanto bem de fruição. “(...) não se deve falar em indenização ou expropriação em caso de tombamento. O vínculo atinge a fração pública da propriedade da coisa, mantendo incólume a privada. Isto origina uma obrigação para ambos, proprietário e Estado, de agirem conjuntamente em defesa do bem protegido. Destarte, o Poder Público deve também cooperar com incentivos, recursos econômicos e técnicos para auxiliar a atuação do proprietário privado, que não se confundem em absoluto com indenização”. Patrimônio cultural: análise de alguns aspectos polêmicos, *in Revista de direito ambiental*, vol. 6, n. 21, p. 188.

<sup>189</sup> Tombamento e dever do Estado de indenizar, *in Revista dos tribunais*, vol. 83, n. 709, p. 40.

extinção do direito, por não lhe haver restado conteúdo útil algum. Em ambos os casos, há dever de indenizar, na medida do prejuízo suportado.<sup>190</sup>

No campo intermediário encontramos autores que entendem que a indenização deve ser definida em face do alcance do tombamento: se incidir sobre imóvel determinado, caracterizando-se como servidão administrativa, deve ser indenizado; se o tombamento for geral, aproxima-se da limitação administrativa, e, dessa forma, não indenizável:

A nós nos parece que há duas situações a serem analisadas, de acordo com a natureza jurídica do ato em cada caso: ou haverá a tutela jurídica incidindo sobre um ou alguns imóveis isoladamente (hipótese de servidão administrativa) e, nessa circunstância, caberá sempre a indenização usual na instituição de servidão pública, ou haverá a tutela sobre um conjunto ou complexo de bens (hipótese de limitação generalizada), e, então, em princípio, não caberá indenização, salvo em casos, ainda aqui, em que uma ou outra propriedade restar esvaziada no seu conteúdo econômico, quando, então, caberá indenização, sem dúvida.<sup>191</sup>

Adilson Abreu Dallari entende o tombamento como servidão e, nesse sentido, a ele aplicável as regras de indenização para as servidões administrativas:

Em síntese, da mesma forma que ocorre em qualquer caso de constituição de servidão administrativa, deverá, ou não, haver indenização caso ocorra, ou não ocorra, algum dano economicamente aferível para o proprietário do bem, em decorrência do tombamento.<sup>192</sup>

Segundo o entendimento de Lúcia Valle Figueiredo, a indenização em face do tombamento deverá 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

<sup>190</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*, pp. 112-114

<sup>191</sup> MUKAI, Toshio. *Direito urbano-ambiental brasileiro*, p. 162. Nessa linha, entretanto sem vincular a indenização aos institutos da servidão e limitação administrativa, assim se manifesta Paulo Affonso Leme Machado afirmando que uma é a situação de um imóvel situado numa quadra em que os outros imóveis têm aproximadas características históricas e arquitetônicas inserindo-se, naturalmente, no mesmo corpo de prescrições; diferente é a situação de quando é escolhida solitariamente um propriedade para ser conservada, cabendo, neste caso, o dever de indenizar. *Direito ambiental brasileiro*, pp. 912-913. Compartilhando desse entendimento: MACHADO, Carlos Augusto A. Tombamento – um instituto jurídico, *In* DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). *Op. cit.*, p. 43; MALUF, Carlos Alberto Dabus, *Limitações ao direito de propriedade*, p. 136. MEDAUAR, Odete, *Direito administrativo moderno*, p. 419.

<sup>192</sup> Tombamento, *in* *Temas de direito urbanístico* – 2, p. 13.

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.<sup>193</sup>

Nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, o tombamento é uma forma de intervenção administrativa na propriedade, pela qual os poderes inerentes ao seu titular ficam parcialmente elididos. O tombamento de uma edificação não retira do proprietário o direito de usar e gozar, porém desautoriza sua alteração segundo os termos do ato, impedindo, assim, que do bem se extraia toda a comodidade e conforto fisicamente possível. Da diminuição dos aludidos poderes inerentes à propriedade decorre, ainda, o comprometimento da disponibilidade e da expressão econômica do bem, posto que é sacrificado o poder de reedificar.<sup>194</sup>

Ensina o autor que os sacrifícios de direito são providências legítimas facultadas ao Poder Público. Dessa forma, pela desapropriação despoja-se alguém de uma propriedade que é necessária à persecução de objetivos sociais e, pela servidão administrativa, saca-se de um bem a utilidade que ele pode proporcionar à

---

<sup>193</sup> *Disciplina urbanística da propriedade*, pp. 62-63. Nesse sentido, as palavras de Maria Coeli Simões Pires: “Dessa forma, pode-se afirmar que, se o tombamento significar o esvaziamento do direito de propriedade, o instituto deve subsumir-se na figura da desapropriação, com a correspondente indenização; se acarretar apenas ônus sobre o bem, não se pode afirmar, *a priori*, se a servidão instituída via tombamento deve ou não gerar como consequência a indenização. Esta só pode ser deduzida como forma de compensação de prejuízo que afete de maneira significativa o titular; daí por que é importante ter em conta as situações jurídicas especificamente consideradas e os reflexos da intervenção sobre o conteúdo de utilidade fruível pelo proprietário. Assim, em determinadas circunstâncias, a instituição de regime especial de proteção sobre determinado bem pode dar ensejo à indenização, importando distribuição equânime do ônus para a sociedade. Será, porém, gratuita, se não houver diminuição de qualquer dos componentes do direito de propriedade, sem que essa não-incidência de indenização sirva de pretexto para situar o instituto na vertente das limitações administrativas”. *Op. cit.*, p. 263.

<sup>194</sup> Tombamento e dever de indenizar. *BDA*, maio/88, p.312. Para melhor compreensão, trazemos o entendimento do autor acerca da diferença entre limitações administrativas e sacrifícios de direito. “ Não há direitos ilimitados. Falar em direito – e, pois, em direito de propriedade – é falar em limitações. (...) As limitações administrativas à propriedade, propriamente ditas, são gerais e abstratas. Não incidem sobre um bem determinado. As limitações administrativas provêm de lei. Só a lei pode traçar o perfil dos direitos e é a lei, de outra parte, que possui estes atributos de abstração e generalidade. (...) É lógico, portanto, que não se qualificam como limitações – e sim como sacrifícios de direito – as medidas que, diversamente do que foi exposto, se propusessem a irrogar particularizadamente gravames excepcionais a certos imóveis, constitucional e legalmente incorporados ao domínio de seus titulares, a fim de transformá-los em bens servientes do todo social.”

coletividade, colocando-o em parcial estado de sujeição ao interesse coletivo. Nos sacrifícios de direito – do qual o tombamento é um caso típico – o perfil do direito já está genérica e abstratamente delineado e o Poder Público interfere nos poderes já conformados pela ordem jurídica para todos os que se encontram em idêntica situação, impondo gravames a determinado imóvel. Ocorre que, se em proveito de todos o proprietário de determinado bem for onerado, estará o Poder Público obrigado a indenizá-lo.<sup>195</sup>

Em outra vertente, encontramos o posicionamento de Antonio A. Queiroz Telles, no sentido de reconhecer que a propriedade particular em face do tombamento é intensamente afetada pelas derrogações legais que lhe diminuem o valor e, pelo princípio da igualdade, os ônus devem ser repartidos entre os membros da coletividade, que se beneficiam pela preservação. Entretanto, o autor não trata o tema como indenização (apesar de mencionar que pode ser instituída “servidão remunerada” além da desapropriação), mas propõe que o Poder Público conceda certos privilégios ao proprietário do bem tombado, a fim de compensar os seus reais prejuízos e apresenta algumas sugestões, como, por exemplo, fornecimento de mão-de-obra e materiais para a manutenção do bem, algumas formas de concorrer com as despesas, isenção de todo tributo incidente sobre o imóvel, concessão de benefícios fiscais a toda pessoa que colaborar com a preservação do patrimônio cultural, maior flexibilização do uso do bem tombado se rural e permuta por outro bem da Administração Pública.<sup>196</sup>

Podemos identificar, ainda, aqueles que prelecionam que, em regra, o tombamento não está sujeito à indenização, que deverá ocorrer em caso de prejuízo econômico:

Em princípio, o tombamento não gera direito à indenização. O bem permanece no domínio do anterior proprietário, que dele pode usar e fruir, inclusive retirando os proveitos econômicos compatíveis com o tombamento. No entanto, surgirá direito de indenização quando o tombamento impuser deveres de cunho econômico ou quando impedir a exploração econômica que o bem apresenta potencialmente.<sup>197</sup>

<sup>195</sup> *Ibid.*

<sup>196</sup> *Tombamento e seu regime jurídico*, pp. 100-102.

<sup>197</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 413. Merece ser citada conclusão de Hely Lopes Meirelles a respeito: “O tombamento, em princípio, é gratuito, mas será indenizável se causar a interdição de uso ou de exploração normal do bem tombado”. *Revista dos Tribunais*, n. 600, p. 18. Ainda: “O tombamento é sempre uma **restrição parcial**, não impedindo ao particular o exercício dos direitos inerentes ao domínio; por isso mesmo, não dá, em regra, **direito a indenização**; para fazer jus a uma compensação pecuniária, o proprietário deverá demonstrar que realmente sofreu algum prejuízo em

Ainda nessa linha, Édis Milaré entende que o tombamento, em si, não gera direito à indenização.

É que a simples declaração de interesse cultural em determinado bem, por encerrar restrição administrativa que apenas obriga o proprietário a mantê-lo dentro de suas características para a proteção da memória nacional, não engendra situação capaz de justificar qualquer dever indenizatório para o Poder Público.<sup>198</sup>

O dever de indenizar, continua o autor, surgiria na hipótese da restrição causar prejuízo concreto, atual, esvaziando total ou parcialmente a propriedade.<sup>199</sup>

José Afonso da Silva leciona que a indenização nada tem a ver com a natureza jurídica do tombamento, sendo devida se na situação concreta aniquilar totalmente o valor econômico da propriedade.<sup>200</sup>

Entendendo, dessa forma, que a indenização deve ser analisada no caso concreto, preleciona Diógenes Gasparini, que “sempre que o prejuízo ocorrer e for avaliável economicamente, a indenização é devida, podendo até mesmo ser total, ou seja, equivalente ao valor do bem, se o tombamento esvaziar o valor econômico da propriedade”.<sup>201</sup>

Apesar das divergências citadas, parece-nos que a maioria dos doutrinadores aponta para um entendimento concorde no sentido de que a indenização só se dará diante da ocorrência do dano concreto e causar um gravame econômico pela diminuição de um dos conteúdos do direito de propriedade.

Como dizia Hely Lopes Meirelles<sup>202</sup>, tombamento não é confisco. Entretanto, muitas vezes se torna difícil mensurar o prejuízo causado ao proprietário ou a dimensão da restrição à utilização do bem tombado.

O tombamento de um bem imóvel não retira do proprietário, em regra, o direito de usar e gozar, entretanto, impõe o ônus de imutabilidade, em face do impedimento de ampliar e de reedificar.

---

decorrência do tombamento”. (grifo do original) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 133.

<sup>198</sup> *Op. cit.*, p. 282.

<sup>199</sup> *Ibid.*

<sup>200</sup> *Ordenação constitucional da cultura*, p. 162.

<sup>201</sup> *Direito administrativo*, p. 745. Nesse sentido: GASPARINI, Audrey. Tombamento e direito de construir, p. 62.

<sup>202</sup> MEIRELLIES, Hely Lopes. *Tombamento*. RT 600/16.

Dessa forma, não é somente a alegação de um prejuízo o fundamento para uma indenização resultante do ato de tombamento. Ou, dizendo de outro modo, não é o ato de tombamento em si o fundamento para indenização ao proprietário do imóvel preservado, como nos ensina Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>203</sup>:

Para caber indenização é preciso que haja sucedido (a) um sacrifício do direito e (b) que tal sacrifício implique agravo econômico. Em suma: sem a compressão do direito não há cogitar de indenização (nestes casos atinentes aos poderes sobre o imóvel), assim como, sem prejuízo econômico, também não haveria cogitar de algo a ser indenizado, porquanto inexistiria perda a ser suprimida.

Podem ocorrer situações em que, mesmo considerando-se o tombamento como sacrifício de direito, não haverá indenização, em face da ausência de gravame econômico, pois o “primeiro requisito para que se concretize a reparação ou indenização por parte do Estado é a existência do *dano*”.<sup>204</sup> E este deve ser concreto (real e mensurável), certo (pela inexistência de dúvidas sobre sua realidade) e atual, no momento do ato do tombamento.

Inicialmente, necessitamos colocar algumas idéias que nortearão o estudo a seguir.

Tombamento e indenização não são concorrentes, ou seja, não é correta, como premissa, a equação “tombamento = indenização”.

Entendemos que o tombamento é sacrifício de direito, uma vez que limita, diminui a fruição de um ou mais elementos do conteúdo do direito de propriedade, mas, como vimos anteriormente, a existência de tal restrição, por si só, não tem o condão de deflagrar a indenização. Há necessidade da ocorrência de um gravame econômico.<sup>205</sup>

---

<sup>203</sup> *Tombamento e dever de indenizar*. BDA, maio/88, p.315.

<sup>204</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Estado e a obrigação de indenizar*, p. 126.

<sup>205</sup> EDcl no AgRg no RESp 757.673-SP - 2005/0094709-0 – Relator Ministro Francisco Falcão - PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. ACÓRDÃO QUE CONSIDEROU AUSENTES OS PRESSUPOSTOS PARA A INDENIZAÇÃO PLEITEADA. INEXISTÊNCIA DA SUPRESSÃO DO VALOR ECONÔMICO DO BEM. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. I - Inexiste a omissão apontada pelo Embargante porquanto restou assentado a inexistência de contradição no acórdão recorrido, uma vez que o Tribunal *a quo*, valendo-se das perícias apresentadas, deixou explícito que a área que sofreu tombamento, *rectius*, limitação administrativa, não teve esvaziamento de seu valor econômico.

Assim, a indenização não é finalidade nem elemento constitutivo do tombamento e não decorre do ato de tombamento em si.

Enquanto o tombamento é medida de intervenção na propriedade visando a proteção de bem cultural, a indenização é obrigação do Poder Público que nasce em face de prejuízo econômico sofrido pelo proprietário pelo sacrifício de seu direito, não se afastando do nexo causal existente com a atividade estatal.

Afastamo-nos, assim, da concepção de que a indenização se dá em face da natureza jurídica do tombamento.

Primeiramente porque nos filiamos àqueles que entendem que o tombamento não se caracteriza nem como limitação nem como servidão administrativa, mas possui natureza jurídica própria.

Ainda não seria excessivo relembrar o clássico exemplo de servidão administrativa não indenizável que é o de colocação de placas nas residências com os nomes de rua. Da mesma forma, a gratuidade não é traço exclusivo da limitação administrativa.

Se, por um lado, o proprietário não pode arcar sozinho com prejuízos financeiros que podem resultar da restrição causada ao exercício de seu direito de propriedade, em face do princípio da solidariedade social, com a repartição dos benefícios e dos ônus por toda a sociedade, por outro, não pode o Poder Público dispor do erário em todas as circunstâncias em que determinar a preservação de bem de valor cultural, sem a comprovação de dano concreto.

O dever de preservação é do Estado e da comunidade. O proprietário tem sua parcela de colaboração, dando uma função social a sua propriedade, assim como ao Poder Público cabe gerenciar os recursos financeiros advindos dos administrados.

Por fim, em razão das restrições impostas ao proprietário, temos que as repercussões patrimoniais podem ser negativas ou positivas, ou seja, não trazem, necessariamente, prejuízo ao patrimônio do proprietário. Nesse panorama, apesar de caracterizado o sacrifício de direito, não será indenizado por ausência de prejuízo.

Dessas considerações, podemos dizer que somente no caso concreto se pode falar em indenização pela diminuição econômica no patrimônio do proprietário em razão das restrições impostas pelo tombamento.

Assim, as questões a serem analisadas referem-se à ocorrência de limitação a um dos conteúdos do direito de propriedade, em que medida acontece e qual a repercussão econômica no patrimônio do proprietário do bem tombado.

Partindo desse entendimento, vamos analisar, ainda que brevemente, em qual medida podem ser impostos sacrifícios ao conteúdo do direito de propriedade, assim como, a questão complexa de como mensurar o gravame econômico sofrido pelo proprietário do imóvel em razão do tombamento.

Vamos delimitar nosso estudo tão-somente às situações envolvendo o tombamento de bens imóveis.

Retornando ao conteúdo do direito de propriedade, dissemos que o proprietário pode usar, gozar e dispor da coisa, sendo que as restrições impostas pelo tombamento incidirão, em regra, sobre algum ou algumas destas faculdades, entretanto, sem implicar na perda da propriedade.

Usar é retirar as utilidades da coisa, enquanto que gozar significa extrair as vantagens, perceber os frutos, sem alterar sua substância.

O tombamento, geralmente, não acarreta diminuição nas faculdades de uso e gozo do bem tombado, podendo o proprietário, por exemplo, continuar a residir no imóvel ou exercer nele suas atividades comerciais, além de locá-lo.

Disso decorre a ausência de prejuízo econômico, afastando qualquer indenização. Exemplo típico dessa ausência de gravame é o tombamento de igrejas, cujas celebrações e fruição pelos fiéis não sofrem restrições.

Ressaltamos que, se diante do caso concreto, o ato do tombamento implicar em uso anormal da propriedade, causando prejuízo econômico, a indenização será cabível, na medida do dano causado.

Com relação à fiscalização pelo órgão competente, a coisa tombada fica sujeita à permanente vigilância, o que implica na possibilidade dos agentes públicos adentrarem no imóvel para verificação de sua conservação ou da necessidade das obras de reparação, não podendo seu proprietário a ela se opor ou criar obstáculos, sob pena de multa, consoante artigo 20, do Decreto 25/37.

Caracteriza-se tão-somente como ônus imposto para confirmação do cumprimento das demais obrigações impostas ao proprietário.

Nesse passo, apesar de poder gerar algum constrangimento, não há que se falar em repercussão econômica, e, igualmente, em indenização.

Os maiores problemas se apresentam em face do *jus disponendi*, que se caracteriza pela faculdade que possui o proprietário de dispor da coisa, no sentido de consumi-la, modificar sua substância ou aliená-la.

Como dissemos alhures, a conservação do bem é exercício inerente à propriedade, pois se o proprietário não fizer as obras necessárias à conservação, o bem perecerá, segundo o exercício de seu *jus disponendi*. Assim, a conservação é pressuposto natural para que o proprietário possa usar da coisa e sacar seus frutos.

Com o tombamento, a faculdade de conservar o bem se torna dever. O direito de dispor fica restrito à alienação e à possibilidade de gravar a coisa, não podendo o proprietário destruí-la (ação) ou deixar que ela seja destruída (omissão).

As despesas ordinárias de conservação, em regra, não devem ser indenizadas pelo Poder Público, pelas razões já expostas, não impedindo, por outro lado, medidas de incentivo por parte do Poder Público. Além do que a preservação do bem em razão de suas peculiaridades integra a função social daquela propriedade.

O que pode gerar repercussão econômica são despesas extraordinárias<sup>206</sup> advindas, por exemplo, da necessidade de restauração, com o uso de técnicas e mão-de-obra especializadas e materiais raros, que implicaria em alto custo.

O dever do proprietário é o de manter e reparar o bem tombado, as suas expensas, se puder. O Poder Público intervém quando o proprietário não dispuser de recursos, o que deverá ser devidamente comprovado.<sup>207</sup>

---

<sup>206</sup> Nesse sentido o julgado 1998.001.00381 - APELACAO CIVEL – TJRJ - DES. JOSE MOTA FILHO - Julgamento: 07/02/2001 - DECIMA QUINTA CAMARA CIVEL APELAÇÃO CIVEL. TOMBAMENTO. INDENIZAÇÃO DE PERDAS E DANOS. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE. INEXISTÊNCIA DE PROVAS NO SENTIDO DE QUE O TOMBAMENTO OBRIGOU O PROPRIETÁRIO A DESPESAS EXTRAORDINÁRIAS PARA CONSERVAÇÃO DOS BENS OU QUE TENHA SIDO INIBIDO EM SUA NORMAL UTILIZAÇÃO, DE MODO A RECONHECER AQUELE DIREITO EM SEU FAVOR. SENTENÇA CORRETA. DESPROVIMENTO DO RECURSO. DECISÃO UNÂNIME.

<sup>207</sup> Cf. REsp. 25371/RJ – Recurso Especial 1992/0018938-5 – Relator Ministro Demócrito Reinaldo – DJ 24.5.1993 – RDA vol. 194 p.244. ADMINISTRATIVO. IMOVEL TOMBADO. PEDIDO DE RETROCESSÃO. DECRETO-LEI N. 25 DE 1937. INEXISTENCIA DA OBRIGAÇÃO DE A UNIÃO REALIZAR OBRAS DE CONSERVAÇÃO DO IMOVEL TOMBADO, SALVO SE ESSE FOR DESAPROPRIADO. CONSOANTE DISPÕE A LEI (DECRETO-LEI N. 25/37), OCORRENDO O TOMBAMENTO, O BEM A ESTE SUBMETIDO, ADQUIRE REGIME JURIDICO "SUI GENERIS", PERMANECENDO O RESPECTIVO PROPRIETARIO NA CONDIÇÃO DE ADMINISTRADOR, INCUMBINDO-LHE O ONUS DA CONSERVAÇÃO DA COISA TOMBADA. O ESTADO SO ASSUME ESSE ENCARGO QUANDO, O PROPRIETARIO, POR AUSENCIA DE MEIOS, NÃO POSSA EFETIVAR A CONSERVAÇÃO. NÃO ARCANDO, A ENTIDADE DE DIREITO PUBLICO, COM A EXECUÇÃO DAS OBRAS NECESSARIAS A CONSERVAÇÃO DO BEM, E NÃO OCORRENDO A DESAPROPRIAÇÃO, CABE, AO PROPRIETARIO, REQUERER QUE SEJA CANCELADO O TOMBAMENTO DA COISA. RECURSO IMPROVIDO. DECISÃO UNANIME.

Diante de tal constatação, algumas soluções podem ser apresentadas:

a) o proprietário que não dispuser de recursos para as obras de conservação e reparação deverá comunicar o órgão responsável, nos termos do artigo 19, do Decreto-lei n. 25/37; se as obras forem necessárias, o órgão técnico mandará que sejam executadas e custeadas pelo Poder Público ou providenciará a desapropriação;

b) não sendo providenciadas as obras, o proprietário poderá requerer o cancelamento do tombamento (artigo 19, § 2º);

c) o Poder Público poderá fornecer materiais e mão-de-obra especializada para a reparação<sup>208</sup>;

d) O Poder Público poderá celebrar parcerias com a iniciativa privada para elaboração e projetos de restauração e preservação;<sup>209</sup>

e) o Poder Público poderá dar incentivos fiscais aos proprietários de imóveis que estão sendo preservados, como, por exemplo, a redução ou isenção do Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU -; <sup>210</sup>

f) o Município poderá autorizar a alienação de potencial construtivo;

g) restará ao proprietário pleitear a reparação dos danos sofridos em face das despesas extraordinárias, cabendo-lhe demonstrar o montante do prejuízo sofrido.

Em razão do tombamento, o bem não deixa de ser alienável. Entretanto, se submete a obrigações formais quanto à averbação, se imóvel, comunicação quanto ao deslocamento, se móvel, e respeito ao direito de preferência das pessoas

<sup>208</sup> Podemos mencionar experiência noticiada no sítio do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN –, em 07 de maio de 2004: “Sob orientação do Iphan e de técnicos do Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais/Iepha, alunos de arquitetura da Fundação Mineira de Educação e Cultura/Fumec desenvolverão projetos de revitalização do patrimônio histórico de Mariana. Essa bela cidade do século 18 integra o circuito turístico do ouro e da Estrada Real e oferece um dos mais raros exemplares da típica arquitetura barroca mineira. O protocolo de intenções entre a escola, a Prefeitura de Mariana, Associação das Cidades Históricas, Iphan, Iepha e Instituto da Estrada Real foi assinado dia 4 no Salão Nobre da Secretaria de Estado da Cultura de Minas. A assinatura do convênio está marcada para o próximo dia 15”. (Cf. <http://www.iphan.gov.br>).

<sup>209</sup> Remetemo-nos à experiência paulista na qual o CONDEPHAAT, órgão responsável pelo tombamento de bens na esfera estadual, permitiu que no entorno da Casa das Rosas, imóvel tombado, fosse construído um edifício todo espelhado com o térreo livre nos fundos do lote, sendo que em contrapartida, os proprietários restauraram o casarão (Cf. <http://www.revista.iphan.gov.br/materia.php?id=106>. Acesso 07dez06).

<sup>210</sup> Nesse sentido, no Município de São Paulo, a Lei Municipal de Incentivo à Cultura, Lei n. 10.923/90; no Estado de São Paulo, a LINC - Lei de Incentivo à Cultura, Lei n. 8.819/94; na esfera federal a Lei Rouanet, n. 8.313/91. Podemos citar, ainda, leis municipais que determinam a redução ou isenção do Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU – para imóveis preservados: São Paulo, Lei n. 9.725/84; Natal, Lei n. 5.191/00; São Luís, Lei n. 3.376/94.

jurídicas de direito público interno. Não causando danos ao proprietário, nada resta a ser indenizado.

Muito se discute a respeito da repercussão econômica do tombamento em face da valorização ou desvalorização do bem no mercado imobiliário.

Igualmente nesse aspecto, necessária a análise no caso concreto.

Alguns elementos podem determinar a variação de preço do imóvel em face do tombamento, como por exemplo, o grau da restrição imposta (o tombamento pode ser parcial, alcançando tão-somente a fachada), alteração no uso e funcionalidade do imóvel, o estado de conservação do bem, a localização e a ambiência.

Pode ocorrer que a repercussão econômica seja positiva, com a valorização do imóvel em razão do certificado de valor cultural que lhe foi conferido pelo tombamento, a oferta limitada de bens que guardam determinada característica arquitetônica, o investimento no turismo local.

Nesse contexto, podemos citar anúncio veiculado para venda de imóvel na cidade de Paraty: “Pequena casa no Centro Histórico localizada em uma praça atrás da Igreja. Preço: Euro 160.000”.<sup>211</sup>

Com isso verificamos que as restrições impostas pelo tombamento não geram, necessariamente, prejuízos ao proprietário, cabendo a análise de valorização ou desvalorização do preço do imóvel no mercado no caso concreto. Em caso de depreciação, o prejuízo poderá ser indenizado.<sup>212</sup>

Outrossim, o prejuízo deve ser mensurado à época do tombamento, não podendo ser consideradas variações posteriores do mercado, pois o dano a ser indenizado deve ser concreto e atual, não hipotético ou objeto de especulação imobiliária.

Nesse ponto de nosso trabalho vamos nos ater a análise do prejuízo sofrido pelo proprietário do bem imóvel tombado em face da impossibilidade de efetuar novas construções no imóvel.

---

<sup>211</sup> Cf. [www.brasilworldwide.com/portuguese/grupo1.htm](http://www.brasilworldwide.com/portuguese/grupo1.htm). Acesso em 07dez06.

<sup>212</sup> Nesse sentido, a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na Apelação Cível nº 000.271.919-3/00: “*In casu*, evidente é a obrigação do Município em indenizar os autores, na medida em que comprovado, pela prova pericial que o ato de tombamento acarretou uma perda no potencial construtivo do terreno, onde situado o imóvel em comento, havendo, sim, uma perda do valor venal do bem”.

O tombamento gera ao proprietário obrigações positivas e negativas, como vimos anteriormente.

As obrigações positivas podem ser resumidas nas ações para a conservação do bem. As de não fazer encontram-se descritas no artigo 17, do Decreto-lei 25/37: as coisas tombadas não poderão ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas. Dessa forma, o proprietário de um bem imóvel tombado não poderá erguer nova construção, ampliar a construção já existente ou demolir o imóvel para ali edificar outro.

A inalterabilidade do imóvel causa uma restrição ao direito de propriedade, no sentido de que o proprietário não poderá tirar total proveito econômico ou comodidade do imóvel, pois lhe é limitado o poder de edificar. Dizemos de outro modo: o proprietário do imóvel tombado fica impedido de realizar obras de ampliação ou novas construções no local, consoante as limitações legais instituídas pelo Poder Público.

Por outro lado, o pressuposto para a indenização é o prejuízo havido no momento do tombamento e proporcional à diminuição da utilização do direito de propriedade, uma vez que o dano deve ser atual e certo, como dissemos anteriormente.

Essa é a problemática que envolve a indenização em face da restrição ao direito de construir.

O primeiro aspecto a ser analisado consiste na delimitação da restrição imposta.

Algumas legislações dispõem sobre graus de proteção, desde a preservação integral, de área delimitada até a preservação somente das fachadas e componentes externos. Podemos citar a Lei n. 9.149, de 17 de dezembro de 1996, do Município de Campinas-SP:

Artigo 2º - Ficam acrescentados ao artigo 10 da Lei nº 5.885, de 17 de dezembro de 1987, os seguintes parágrafos:

§ 1º - O ato de tombamento de bens imóveis determinará o grau de proteção de acordo com os seguintes graus e aplicabilidades:

a) Grau de Proteção 1 (GP1) - aplicável aos bens imóveis de alto valor histórico, arquitetônico e ambiental determinando que:

1 - A preservação das edificações seja integral.

2 - A utilização do imóvel se dê por intermédio de funções compatíveis

3 - Sejam aplicados métodos adequados em sua conservação e restauração.

b) Grau de Proteção 2 (GP2) - aplicável aos bens imóveis de valor histórico, arquitetônico e ambiental cuja importância não abranja a totalidade do bem, determinando que:

1 - A preservação se refira a apenas partes delimitadas do imóvel.

2 - A utilização de imóvel não degrade a parte protegida.

3 - Sejam utilizados métodos adequados de conservação e restauração.

c) Grau de Proteção 3 (GP3) - aplicável aos bens imóveis de valor histórico, arquitetônicos, e ambiental, cujo principal valor resida em suas características externas, ou que a proteção da fachada seja suficiente para assegurar a preservação dos valores, ou cujo tombamento integral ou parcial não seja adequado por retirar desnecessariamente a vocação e utilização natural do bem, determinando que:

1 - A preservação se refira à conservação das fachadas, componentes arquitetônicos externos e cobertura.

2 - As edificações poderão sofrer alterações internas desde que respeitado o item anterior.

3 - Sejam utilizados métodos adequados de conservação e restauração.

O ato de tombamento pode determinar que o imóvel seja integralmente preservado, sendo que o bem estará sujeito à imodificabilidade, resultando para o proprietário o impedimento para demolição, novas construções e ampliações, afetando o exercício do direito de construir.

Por outro lado, o tombamento pode ser parcial, incidindo apenas sobre aspectos externos, como, por exemplo, a preservação somente da fachada do imóvel. Dessa sistemática decorre que a restrição imposta pelo tombamento ao direito de construir determinará uma repercussão econômica proporcional.

Poderá o proprietário demolir e reedificar no terreno, dando-lhe melhor destinação econômica, respeitada a fachada, conforme as limitações para a área envoltória e as normas edilícias municipais.

Em qualquer caso, para aferição do gravame sofrido, necessária a verificação das limitações de ordem geral impostas em face do coeficiente de edificabilidade na área onde está localizado o bem preservado, ou seja, identificar o potencial construtivo em face da norma municipal. Ao Município incumbe, por meio de plano diretor, a definição de coeficientes de aproveitamento em seu território, traçando os contornos do direito de construir.<sup>213</sup>

---

<sup>213</sup> As normas edilícias fazem parte do plano de urbanização de uma cidade, segundo o que dispõe o Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, por meio de instrumentos para a implementação dessa política urbana visando a reorganização dos espaços urbanos e a concretização do princípio da função social da propriedade.

Por coeficiente de aproveitamento entendemos a relação existente entre a área edificável e a área do terreno. Deverá ser estabelecido um coeficiente básico, que é o limite em que o proprietário pode exercer plenamente seu direito de construir, sem necessidade de outorga do Poder Público; um coeficiente mínimo, abaixo do qual o imóvel é considerado subutilizado e, um coeficiente máximo, limitando a possibilidade de construções, visando melhor aproveitamento do espaço urbano. O potencial construtivo determinado entre o coeficiente de aproveitamento básico e o máximo deverá ser outorgado pela Municipalidade, consoante contrapartida.

Dessa forma, o proprietário de um bem imóvel tombado poderia, se não ocorresse o tombamento, edificar até o coeficiente de aproveitamento básico.

Com o tombamento temos a imodificabilidade do bem, impedindo, assim, o exercício desse direito e caracterizando-se como sacrifício que poderá justificar uma indenização.

Para exemplificar: considerando-se um imóvel tombado localizado em zona de potencial construtivo básico 2,0, sendo que o potencial construído é 1,0 e o potencial máximo 4,0. Poderia o proprietário edificar mais 1,0, sem necessitar de outorga onerosa, exercendo, assim, plenamente seu direito de construir. O coeficiente máximo para a área é 4,0. Para construir até 4,0, necessitaria “adquirir” da Municipalidade potencial construtivo 2,0, mediante contrapartida especificada em lei.

O tombamento não é confisco, como já dizia Hely Lopes Meirelles, e repetimos. Entretanto, não pode se tornar um meio de enriquecimento de seu proprietário, que, em função do tombamento poderá auferir vantagem que não teria no uso normal de sua propriedade se não fosse tombada.

Como vimos anteriormente, o direito de propriedade recebe contornos legais e limitações, a fim de atender sua função social. Nessa sistemática, o direito de construir pode ser exercido consoante ordenação urbanística.

Até o coeficiente de aproveitamento básico pode o proprietário edificar sem se sujeitar à outorga onerosa do direito de construir. Deste coeficiente até o máximo, o aproveitamento deverá ser adquirido mediante contrapartida.

Dessa sistemática decorre que a restrição quanto a edificabilidade se restringe ao coeficiente básico, que delimita o exercício pleno do direito de construir.

Assim, entendemos que não poderá ser incluído na indenização o potencial construtivo compreendido entre o coeficiente básico e o máximo da área, pois para que pudesse ser utilizado deveria o proprietário adquiri-lo da Municipalidade. Não tendo o proprietário obtido a outorga mediante a correspondente contrapartida, não poderá pleitear sua integração no valor da indenização, uma vez que tal potencial não se encontra incorporado ao seu patrimônio.

Numa realidade de especulação imobiliária e de valorização dos espaços urbanos, tal potencial construtivo tem valor econômico destacado da propriedade e poderá ser objeto de indenização a ser pleiteada pelo proprietário do imóvel tombado. A temática será melhor analisada no capítulo seguinte.

Como verificamos até este ponto, a indenização a ser pleiteada pelo proprietário de bem tombado deve ser analisada no caso concreto, em face do gravame sofrido pelas restrições impostas, sendo que a medida é o grau de compressão do direito e o prejuízo econômico decorrente.<sup>214</sup>

Em algumas situações, tais restrições se revelam no esvaziamento do conteúdo do direito de propriedade, suprimindo seu valor econômico.

Hely Lopes Meirelles já se manifestava:

De qualquer ângulo em que se examine a matéria, o direito de indenização do proprietário é inegável. Toda vez que o Poder Público, direta ou indiretamente, produz o esvaziamento econômico do direito de propriedade, fica obrigado a reparar o prejuízo. Não se trata, aqui, de simples limitação administrativa, mas sim de interdição da propriedade.<sup>215</sup>

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, no tombamento só podem ser impostas restrições parciais, pois, em caso contrário, o Poder Público deverá se valer da desapropriação:

---

<sup>214</sup> Nesse sentido o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação Cível n. 075.872-5/0: LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA – Tombamento de área – Indenização – Inadmissibilidade – inoocorrência de efetiva ocupação pelo Poder Público a ocasionar prejuízos a serem suportados pela autora – permanência na posse e utilização normal da propriedade – impossibilidade de indenização de danos hipotéticos – preexistência de limitações advindas do Código Florestal – Recursos não providos – E nem há qualquer elemento nos autos a indicar que pretendia explorá-lo economicamente, não se podendo deslembrar que o que se indeniza são prejuízos efetivamente suportados e não danos hipotéticos”. Ainda: Apelação Cível n. 115.651.5/2: “(...) Os autores, além de não descreverem pormenorizadamente o imóvel, não indicam atos concretos da ré, restritivos do uso e gozo da propriedade pelos autores, limitando-se a tecer considerações genéricas que decorreriam do ato de tombamento.”; Apelação Cível n. 139.554.5/5-00: “(...) Ausência de demonstração de eventual prejuízo e do nexo de causalidade nascente do ato da Administração Pública.”.

<sup>215</sup> *Tombamento e indenização*, RT-600, p. 17.

Se, para proteger o bem, o Poder Público tiver que impor restrição total, de modo que impeça o proprietário do exercício de todos os poderes inerentes ao domínio, deverá desapropriar o bem e não efetuar o tombamento, uma vez que as restrições possíveis, nesta última medida, são apenas as que constam da lei, nela não havendo a previsão de qualquer imposição que restrinja integralmente o direito de propriedade.<sup>216</sup>

A jurisprudência tem se posicionado no sentido de se caracterizar desapropriação indireta:

REsp 220983 / SP ; RECURSO ESPECIAL 1999/0057694-2 - Ministro JOSÉ DELGADO (1105) - DJ 25.09.2000 p. 72 RSTJ vol. 140 p. 97  
ADMINISTRATIVO. TOMBAMENTO. INDENIZAÇÃO. BEM GRAVADO EM CLÁUSULAS DE INALIENABILIDADE, INCOMUNICABILIDADE, IMPENHORABILIDADE, USUFRUTO E FIDEICOMISSO. (...) 3. O ato administrativo de tombamento de bem imóvel, com o fim de preservar a sua expressão cultural e ambiental, esvaziar-se, economicamente, de modo total, transforma-se, por si só, de simples servidão administrativa em desapropriação, pelo que a indenização deve corresponder ao valor que o imóvel tem no mercado. Em tal caso, o Poder Público adquire o domínio sobre o bem. Imóvel situado na Av. Paulista, São Paulo.<sup>217</sup>

Nesse enfoque dado pela jurisprudência, o instituto do tombamento se aproxima da desapropriação indireta quando, na situação concreta, as restrições importem no impedimento total das faculdades de uso, gozo e disposição da coisa, gerando direito de indenização, pelo preço de mercado do imóvel, para garantir justa reparação do dano.

Ainda, segundo Maria Coeli Simões Pires:

(...) não usando o Poder Público da alternativa da desapropriação para tomar, nos casos de restrição sensível ao domínio privado – a qual possa ser avaliada em termos econômicos ou pecuniários -, fica

<sup>216</sup> *Direito administrativo*, pp. 133-134.

<sup>217</sup> Ainda: REsp 141192/SP; RECURSO ESPECIAL 1997/0051049-2 - Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS (1094) - DJ 31.05.2004 p. 252 - RJADCOAS vol. 58 p. 145  
PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - TOMBAMENTO - MORRO DO MONDUBA, GUARUJÁ - PATRIMÔNIO ECOLÓGICO, PAISAGÍSTICO E TURÍSTICO - DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA - AÇÃO DE NATUREZA REAL – PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA - SÚMULA Nº 119/STJ - VIOLAÇÃO DO PRECEITO LEGAL INDICADO NÃO-CONFIGURADA - PREQUESTIONAMENTO AUSENTE - SÚMULAS 282 E 356 DO STF - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL COMPROVADA - PRECEDENTES DO STJ. (...) - O tombamento da área, impedindo o proprietário de usar e usufruir do bem imóvel de sua propriedade, constitui desapropriação indireta, ação de natureza real, sujeita à prescrição vintenária (Súmula 119/STJ).

ressalvado ao proprietário o direito de pedir, judicialmente, indenização equivalente ao prejuízo.<sup>218</sup>

O tema da indenização se alarga para alcançar a verificação dos gravames suportados pelos proprietários dos imóveis vizinhos ao imóvel tombado, como vimos anteriormente.

Aqui também nos afastamos da caracterização do dano somente em face da natureza jurídica das restrições impostas ao entorno - que entendemos tratar-se de servidão - para buscarmos sua fundamentação no prejuízo econômico concreto.

Assim, as anotações feitas em face da indenização no tombamento podem ser lidas para os imóveis localizados em seu entorno: será devida conforme o grau de restrição e a medida do gravame econômico. De toda sorte, caberá ao proprietário a comprovação de tais circunstâncias fáticas.<sup>219</sup>

Do entendimento jurisprudencial de que o esvaziamento da propriedade em face do tombamento se reveste da figura da desapropriação indireta<sup>220</sup>, decorreu o reconhecimento da prescrição vintenária para as respectivas ações de indenização<sup>221</sup>:

REsp 665791 / SP ; RECURSO ESPECIAL - 2004/0053363-6 - Ministro CASTRO MEIRA - DJ 13.05.2002 p. 156 - ADMINISTRATIVO. LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS. PARQUE DA SERRA DO MAR. ART. 535 DO CPC. LEGITIMIDADE. INTERESSE DE AGIR. PRAZO PRESCRICIONAL. DIREITO À INDENIZAÇÃO. SÚMULAS 7 E 199/STJ. (...) 2. Os proprietários que, por imposição legal, sofrem restrição ao direito de uso de seus imóveis, têm direito à indenização pelo prejuízo causado ao seu patrimônio. 3. Está pacificado neste Tribunal o

<sup>218</sup> *Op. cit.*, p. 263.

<sup>219</sup> Nesse sentido: 1.0024.03.152661-9/001(1) – TJMG – Relator CÉLIO CÉSAR PADUANI - INDENIZAÇÃO – Publicação 21/12/2004 - IMÓVEL INCLUÍDO EM ÁREA VIZINHA DE BEM TOMBADO - LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA DE SUBMETER AO ÓRGÃO COMPETENTE PROJETO QUE TENHA POR FINALIDADE ALTERAR AS CARACTERÍSTICAS OU IMPEDIR A VISIBILIDADE DA SERRA DO CURRAL - ESVAZIAMENTO DE POTENCIAL DE USO E OCUPAÇÃO DO SOLO - RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O tombamento é sempre uma restrição parcial, não impedindo ao particular o exercício dos direitos inerentes ao domínio e por isso não dá, em regra, direito à indenização. 2. Não tendo havido qualquer limitação aos direitos dos apelantes sobre a sua propriedade que importe a desvalorização do bem da demanda, decorrente da inclusão do imóvel na área de entorno da Serra do Curral, não se há falar em pleito indenizatório. 3. Segundo brocardo latino: "provare oportet non sufficit dicere". 4. Recurso a que se nega provimento.

<sup>220</sup> Podemos ressaltar que o tema não tem sido apreciado com frequência por nossos Tribunais, tornando-se uma tendência o entendimento transcrito, apesar de, na maioria dos casos, referir-se ao tombamento de áreas para proteção ambiental, como, por exemplo, da Serra do mar, no Estado de São Paulo.

<sup>221</sup> O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo acompanhou esse entendimento, por exemplo, nos seguintes julgados: Agravo de Instrumento n. 111.768-5/7 e Apelação Cível n. 99.448.5/1. Entretanto, entendeu não se tratar de ação real, mas sim, de direito pessoal, com prazo de prescrição nos termos do artigo 1º do Decreto n. 20.910/32 na Apelação Cível n. 87.202-5/7.

entendimento de que o prazo prescricional nas desapropriações indiretas, por se tratar de ação de direito real, não se sujeitam ao prazo prescricional quinquenal estabelecido no Decreto nº 20.910/32, mas sim ao prazo vintenário, que deve ser contado a partir do agravamento da limitação imposta ao direito de propriedade, com o tombamento da área, submetendo qualquer alteração à prévia autorização do CONDEPHAAT.

Colhemos na doutrina semelhante posicionamento: “Ainda que o direito a indenização prescreva em vinte anos (RT, 755:237), o valor será apurado consoante o prejuízo sofrido à época do tombamento”.<sup>222</sup>

Relembramos que tal compreensão foi sedimentada sob a égide do Código Civil de 1916. Entretanto, a doutrina continua manifestando-se nesse sentido:

O Decreto-lei n. 20.910/32 dispôs que as dívidas dos entes federativos, bem como “todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda” prescrevem em cinco anos, contados da data em que verificado o fato em que se fundarem (art. 1º). (...) No entanto, há orientação (já referida) no sentido de que “A ação de desapropriação indireta prescreve em 20 (vinte) anos” (Súmula 119 do STJ), a qual se funda, em última análise, em que o bem imóvel somente se incorporará ao patrimônio público mediante a indenização devida ou o decurso do prazo de usucapião. Não se afigura que essa orientação será abalada pela legislação superveniente.<sup>223</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello explica as origens desse entendimento: “Tratando-se de ação por desapropriação indireta, o prazo prescricional, na conformidade com a Súmula 119 do STJ, é de 20 anos, por ser este o prazo do usucapião extraordinário, a teor do art. 550 do Código Civil de 1916, com a redação dada pela citada Lei 2.437”, e que, se as “ações reais prescrevessem em cinco anos, estaria consagrada a possibilidade de o Poder Público usucapir uma propriedade em cinco anos, no que estaria criado um usucapião especial sem expressa previsão e lei em tal sentido”.<sup>224</sup>

Entretanto, o Código Civil de 2002, além de não fazer distinção entre ações reais e pessoais, alterou os prazos para a usucapião, sendo que seu artigo 1.238 dispõe sobre a usucapião extraordinária:

Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que

<sup>222</sup> GASPARINI, Audrey. *Op. cit.*, p. 63.

<sup>223</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, pp. 812-813.

<sup>224</sup> *Curso de direito administrativo*, p. 999.

assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Ainda segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “se o Supremo Tribunal Federal mantiver o mesmo critério que o orientava no passado, possivelmente entenderá que, mesmo não havendo a distinção mencionada, o prazo prescricional nas ações reais não poderá ser inferior ao da usucapião”. E continua

É impossível prever qual, dentre os prazos de usucapião, o STF tomará como paradigma, posto que embora se pudesse imaginar que seria lógica a adoção dos 15 anos (pois a hipótese de desapropriação indireta com boa-fé é, no mínimo, remotíssima); em abono dos 10 anos contaria a realização de obras ou utilização para fins públicos (desde que ocorrentes um ou outro), similarmente ao previsto no parágrafo único do art. 1.238. Por isto, entendemos que a solução correta irá variar na dependência de uma ou outra destas situações”.<sup>225</sup>

A Medida Provisória n. 2.027-40, de 29 de junho de 2000, deu nova redação ao parágrafo único, do artigo 10, do Decreto-lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941 – “Lei Geral das Desapropriações” –, assim estabelecendo: “Extingue-se em cinco anos o direito de propor ação de indenização por apossamento administrativo ou desapropriação indireta, bem como ação que vise a indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público”.

Ocorre que tal Medida Provisória foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADin n. 2.260-DF), sendo acolhida liminar “para suspender, com eficácia ‘ex nunc’ e até o julgamento final desta ação, as expressões ‘ação de indenização por apossamento administrativo ou desapropriação indireta, bem como’ contidas na parágrafo único do artigo 10 do Decreto-lei nº 3.365/1941”.<sup>226</sup>

Por outro lado, a Medida Provisória n. 2.183-56, de 24 de agosto de 2001, modificou novamente a redação do parágrafo único, do artigo 10, do Decreto-lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941: “Extingue-se em cinco anos o direito de propor ação que vise a indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público”.

Diante disso, a mencionada ADin n. 2.260 foi julgada em 26 de maio de 2004, nos seguintes termos:

<sup>225</sup> *Ibid.*, p. 1000.

<sup>226</sup> Decisão publicada no DJ 02-08-2002, tendo como Relator Ministro Moreira Alves.

É flagrante a perda de objeto da presente ação direta, segundo a linha jurisprudencial desta corte, seja pela alteração substancial do dispositivo impugnado, cuja nova redação vai ao encontro do que ficou decidido no julgamento da cautelar, seja pela inexistência de aditamento da inicial, exigível em razão das posteriores reedições da medida provisória em apreço, conforme apontaram a Advocacia-Geral da União (fls. 171/176) e a Procuradoria-Geral da República (fls. 194/198). Do exposto, julgo prejudicada a presente ação direta de inconstitucionalidade, por perda superveniente de objeto.<sup>227</sup>

Nesse sentido, foi afastado o prazo de cinco anos para ação de desapropriação indireta, retornando-se ao posicionamento anterior quanto à prescrição vintenária.<sup>228</sup>

Assim, ao prevalecer tal entendimento jurisprudencial, o prazo deverá ser modificado em face das novas disposições do Código Civil.<sup>229</sup>

Como vimos, em algumas situações podemos estar diante do esvaziamento da propriedade em razão das restrições que o proprietário sofre em face do tombamento; em outras, tão-somente da diminuição do poder de usar, gozar e dispor, que acarreta um prejuízo concreto. A indenização deve ser pleiteada na justa medida do dano suportado e, no atual panorama traçado pela doutrina e jurisprudência, em vinte anos (ou em novo prazo a ser estabelecido, como anteriormente mencionamos) no primeiro caso e em cinco, no último.<sup>230</sup>

Entretanto, a indenização, como recomposição em dinheiro do patrimônio do proprietário, não é a única forma de compensação pelos prejuízos sofridos.

<sup>227</sup> Os autos foram baixados ao arquivo do STF em 30 de junho de 2004.

<sup>228</sup> Nesse sentido: RESp 526316/SC – DJ 03/11/2003 – Relator Ministro Franciulli Netto - É firme a orientação deste Sodalício, consagrado pela Súmula n. 119, no sentido de que "a ação de desapropriação indireta prescreve em vinte anos". Não se aplicam às desapropriações indiretas o prazo prescricional de cinco anos previsto no artigo 10, parágrafo único, do Decreto n. 3.365/41, na redação dada pela MP n. 2.183-56, de 24 de agosto de 2001, visto que se trata de ação real, alcançada apenas pela prescrição aquisitiva.

<sup>229</sup> Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça ainda mantém a aplicação da prescrição vintenária: RESp 829526/RS, DJ 28/08/2006; RESP 659220/SP, DJ 16/11/2006; RESp 697127/SP, DJ 18/12/2006.

<sup>230</sup> Conforme o teor do artigo 1º, Decreto n. 20.910, de 6 de janeiro de 1932: *As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação, contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originaram.* Alia-se, ainda, a esse entendimento o disposto no artigo 10, parágrafo único, do Decreto-lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941, com a redação dada pela Medida Provisória n. 2.183-56, de 24 de agosto de 2001: *Extingue-se em cinco anos o direito de propor ação que vise a indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público.* Acompanham tal posicionamento de prescrição quinquenal para a reparação de danos em face da Administração Pública: GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*, p. 986; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 576.

Como vimos anteriormente, o Poder Público pode se valer de benefícios fiscais para promover tal compensação, como, por exemplo, a redução ou isenção do Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU - e a transferência de potencial construtivo.

Interessante mencionarmos a experiência espanhola nesse cenário, nos termos da *Ley del Patrimonio Histórico Español, Ley 16/85*, conforme nossa livre tradução:

Como indicava a exposição de motivos da lei, se trata de buscar não só a limitação do uso dos bens qualificados como de interesse cultural, mas também buscar o adequado estímulo para que o proprietário se faça sujeito ativo de conservação e projeção para o futuro que esses bens pressupõem como parte do acervo cultural comum.<sup>231</sup>

Jose Millaruelo Aparicia cita algumas medidas nesse sentido, dentre outras, que traduzimos: isenção do impostos sobre bens imóveis; bonificação de 20% (vinte por cento) na aplicação do “I.R.P.F.”, desde que não exceda a 30% (trinta por cento) da base imponible; reduções aplicáveis à liquidação do imposto sobre a sociedade; as relativas ao imposto do “I.V.A.”; as relativas ao imposto sobre sucessões e o pagamento da cota deste imposto com a entrega de bens de patrimônio histórico-artístico.<sup>232</sup>

A aplicação de tais incentivos é campo fértil para se buscar a proporcionalidade entre a preservação do bem cultural (interesse público) e o interesse do particular, tendo o proprietário uma compensação ou uma forma de obter recursos que lhe permitam uma melhor conservação do imóvel, sem que o Poder Público onere diretamente seus cofres.

---

<sup>231</sup> Do original: “Como indicaba la exposición de motivos de la ley se trata de buscar no solo la limitación del uso de los bienes calificados como de interés cultural, sino además buscar el adecuado estímulo para que el propietario se haga sujeto activo de la conservación y proyección al futuro que dichos bienes suponen como parte del acervo cultural común”. APARICIO, José Millaruelo. *Op. cit.*, p. 179.

<sup>232</sup> Conforme original: “Como medidas de incentivo propiamente aplicadas a los particulares hay que señalar: - Las exenciones del Impuesto sobre bienes Inmuebles (a. 69 L.P.H.). – La bonificación del 20% del importe de las inversiones realizadas em la cuota del I.R.P.F. siempre que dicho porcentaje no exceda del 30% de la base imponible del sujeto pasivo (a. 70 L.P.H.). – Las reducciones del artículo 71 de la L.P.H. aplicables a la liquidación del Impuesto sobre Sociedades. – Las relativas al Impuesto del I.V.A. por traslación de las recogidas em la Ley para el Impuesto sobre el Lujo y el Impuesto sobre el Tráfico de Empresas (a. 72). - Las relativas al Impuesto sobre Sucesiones y al pago de la cuota de dicho impuesto con entrega de bienes de patrimonio histórico artístico (aa. 73 y 74)”. *Ibid.*

Como vimos anteriormente, é a possibilidade do proprietário transformar-se em sujeito ativo na conservação do bem cultural, afastando-se do sentimento comum de que a ele somente cabem os prejuízos.

Nesse sentido, encontramos no Estatuto da Cidade um instituto visando compensar o proprietário de bens de interesse cultural. Trata-se da transferência do direito de construir, que iremos analisar a seguir.

## V TRANSFERÊNCIA DO DIREITO DE CONSTRUIR

Esse instituto foi criado como uma forma de compensação ao proprietário de imóvel que, em função de interesse público, fica impedido de exercer o direito de construir em plenitude naquele local.

Interessa-nos analisar a hipótese legal que abrange os imóveis tombados ou declarados de interesse cultural, pois nas situações em que a preservação de bens culturais implicarem na imodificabilidade do imóvel, acarretando ao seu proprietário a impossibilidade de ampliá-lo, demoli-lo ou efetuar outras construções no local, poderá o Poder Público utilizar-se da transferência ou alienação do direito de construir como forma indireta de indenização.

### 5.1 Direito de propriedade e direito de construir

Como vimos no capítulo anterior, o direito de propriedade sofreu modificações em sua concepção no decorrer da história, caminhando desde um caráter individualista e absoluto até chegar a receber o perfil traçado pelo princípio da função social da propriedade.

Nesse sentido, 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.<sup>233</sup>

O conteúdo do direito de propriedade, compreendido por herança dos romanos, consiste no *jus utendi, fruendi et disponendi*, ou seja, o proprietário pode

---

<sup>233</sup> GRAU, Eros Roberto. *Direito urbano*, p. 67.

usar, gozar e dispor do bem. Usar é retirar as utilidades da coisa sem alterar sua substância; gozar significa extrair as vantagens, perceber os rendimentos, assim, a apropriação dos frutos naturais e civis; ainda, pode o proprietário dispor da coisa, no sentido de consumi-la, modificá-la, aliená-la ou gravá-la.

Essa relação do homem com o objeto ainda é muito forte na sociedade, garantindo a permanência da concepção de poderes absolutos, cabendo ao dono determinar o destino que lhe aprouver a sua propriedade.

Assim, nesse cenário, o direito de construir poderia ser visto como consequência lógica do direito de propriedade, uma vez que o proprietário, em face do *jus disponendi*, pode construir, não construir, decidir quando e quanto edificar.

Decorre do princípio da função social que esse aspecto da propriedade deve exercido tendo em vista os interesses da coletividade, causando a quebra de um paradigma, fazendo com que haja uma releitura do exercício do direito de construir.

O fenômeno de urbanização e crescimento desordenado das cidades gerou a ocupação irracional do solo urbano, a ausência de saneamento básico, a degradação do meio ambiente, a poluição, a violência e a especulação imobiliária, impossibilitando o atendimento às necessidades primárias da sociedade.

É nesse contexto que deve ser repensada a realidade dos centros urbanos. É esse o grande desafio das atuais políticas urbanas. E, para atender às necessidades de seus habitantes, podemos dizer que a cidade possui uma função social.

A Carta de Atenas<sup>234</sup> indica no item 77 que a cidade deve atender às funções de habitação, trabalho, recreação e circulação.

O Estatuto da Cidade em seu art. 2º dispõe sobre as diretrizes gerais da política urbana, e no inciso I prevê “a garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações”.

A função social da cidade pode ser resumida na concretização de condições de vida digna para todos os seus habitantes.

---

<sup>234</sup> Documento que resultou do Congresso Internacional de Arquitetura Moderna - CIAM -, realizado na cidade de Atenas em 1933.

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

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.<sup>235</sup>

Nesse contexto, o uso do solo é um dos grandes problemas urbanos, merecendo, do Poder Público, a busca por mecanismos e instrumentos para compatibilizar a propriedade particular e os equipamentos públicos.

A finalidade intrínseca do solo é a produção de riquezas naturais. Quando urbano, o solo recebe outra finalidade, que é a de ser suporte para moradia, trabalho, lazer, circulação. Isso se dá por intervenção humana e ocorrendo de forma desordenada, gera áreas de maior adensamento aumentando a exigência da atuação do Poder Público para prover os equipamentos públicos (ruas, praças, escolas, hospitais, transporte coletivo, água, rede de esgoto).

Assim, ao traçar o perfil do direito de propriedade, o ordenamento jurídico deve compatibilizar o exercício das faculdades de proprietário com os interesses coletivos, principalmente em face do direito de construir.

Maria Magnólia Lima Guerra afirmava que, em razão da nova configuração do direito de propriedade, coerente com uma função social, a propriedade teria deixado de ser unitária, sendo possível, tendo em vista os múltiplos interesses da coletividade e também do proprietário, desmembrá-la, resultando em formas especiais de propriedade, como, por exemplo, a propriedade da superfície e a propriedade do solo criado.<sup>236</sup>

Continua a autora no sentido de que a extensão do direito de propriedade do solo deve ser entendida no plano horizontal e vertical. A extensão horizontal da propriedade do solo é restrita a seus limites; já a vertical, antes compreendida

<sup>235</sup> *Direito urbanístico brasileiro*, p. 78.

<sup>236</sup> *Aspectos jurídicos do uso do solo urbano*, p. 60.

conforme a tradição romana *qui dominus est soli, dominus est usque ad coelum et usque ad inferos* (traduzimos: aquele que é dono do solo, dono é do céu até o inferno), passou a sofrer limitações:

Surge, com a construção vertical, uma nova modalidade de propriedade: a propriedade horizontal e, com ela, as limitações à utilização da propriedade do solo em extensão vertical e, mais ainda, o desmembramento da propriedade do solo do direito de construir e, conseqüentemente, os novos direitos de superfície, de criar solo.<sup>237</sup>

Seguindo esse entendimento, vejamos alguns aspectos do direito de superfície e do solo criado, importantes ao desenvolvimento de nosso trabalho.

O direito de superfície pode ser conceituado como

Direito real que confere ao seu titular o direito de propriedade autônoma sobre as construções, obras e plantações que acrescentar ao solo, mediante acordo de vontades celebrado com o proprietário do terreno, com ou sem remuneração, por tempo determinado ou indeterminado.<sup>238</sup>

Encontramos no instituto a separação entre direito de propriedade do solo e direito de propriedade da superfície, sendo que este adquire feição de propriedade autônoma.

O direito de superfície está contemplado na Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade)<sup>239</sup> e no Código Civil<sup>240</sup>.

---

<sup>237</sup> *Ibid.*, p. 63.

<sup>238</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Direito de superfície *in* DALLARI, Adilson Abre; FERAAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*, p. 185.

<sup>239</sup> Art. 21. O proprietário urbano poderá conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno, por tempo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no cartório de registro de imóveis. § 1º O direito de superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato respectivo, atendida a legislação urbanística. § 2º A concessão do direito de superfície poderá ser gratuita ou onerosa. § 3º O superficiário responderá integralmente pelos encargos e tributos que incidirem sobre a propriedade superficiária, arcando, ainda, proporcionalmente à sua parcela de ocupação efetiva, com os encargos e tributos sobre a área objeto da concessão do direito de superfície, salvo disposição em contrário do contrato respectivo. § 4º O direito de superfície pode ser transferido a terceiros, obedecidos os termos do contrato respectivo. § 5º Por morte do superficiário, os seus direitos transmitem-se a seus herdeiros. Art. 22. Em caso de alienação do terreno, ou do direito de superfície, o superficiário e o proprietário, respectivamente, terão direito de preferência, em igualdade de condições à oferta de terceiros. Art. 23. Extingue-se o direito de superfície: I – pelo advento do termo; II – pelo descumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo superficiário. Art. 24. Extinto o direito de superfície, o proprietário recuperará o pleno domínio do terreno, bem como das acessões e benfeitorias introduzidas no imóvel, independentemente de indenização, se as partes não houverem estipulado o contrário no respectivo contrato. § 1º Antes do termo final do contrato, extinguir-se-á o direito de superfície se o superficiário der ao terreno destinação diversa daquela para a qual for concedida. § 2º A extinção do direito de superfície será averbada no cartório de registro de imóveis.

Nesse panorama, em se tratando de direito de superfície sobre solo urbano incidem as disposições do Estatuto da Cidade, como instrumento de implementação de política urbana e como importante mecanismo no processo de urbanização e regularização do uso da terra urbana, principalmente em face dos problemas de habitação que surgiram com a grande concentração populacional nas cidades.

A aplicação do instituto permite ao superficiário a construção sem a necessidade de aquisição do terreno, o que diminui o custo para a moradia, em consonância com a necessidade de solução para os problemas habitacionais. Por outro lado, podemos visualizar vantagens ao proprietário do solo: cumprimento da função social da propriedade; recebimento de valor estipulado para a concessão do direito de superfície; aquisição das construções após o término do prazo acordado, independentemente de indenização.

Na década de 70, em razão do crescimento das cidades, do aumento da densidade em determinadas áreas urbanas, do surgimento de técnicas de construção civil que possibilitavam a construção de pisos superpostos, a valorização do solo urbano e as especulações nesse sentido, fizeram com que debates surgissem em diversas partes do mundo tendo como objetivo encontrar soluções para essa problemática.

Experiências como a de Chicago e Paris, com a chamada “criação de solo”, bem como a doutrina italiana da dissociação do direito de construir do direito de propriedade, acenderam nos doutrinadores pátrios a necessidade de análise dessas idéias, uma vez que os problemas de uso do solo também estavam presentes na realidade nacional.

No caso de Chicago, a aplicação do solo criado deu-se face da preservação de bens de valor histórico e arquitetônico, pois diante da impossibilidade de

---

<sup>240</sup> Art. 1.369. O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis. Parágrafo único. O direito de superfície não autoriza obra no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da concessão. Art. 1.370. A concessão da superfície será gratuita ou onerosa; se onerosa, estipularão as partes se o pagamento será feito de uma só vez, ou parceladamente. Art. 1.371. O superficiário responderá pelos encargos e tributos que incidirem sobre o imóvel. Art. 1.372. O direito de superfície pode transferir-se a terceiros e, por morte do superficiário, aos seus herdeiros. Parágrafo único. Não poderá ser estipulado pelo concedente, a nenhum título, qualquer pagamento pela transferência. Art. 1.373. Em caso de alienação do imóvel ou do direito de superfície, o superficiário ou o proprietário tem direito de preferência, em igualdade de condições. Art. 1.374. Antes do termo final, resolver-se-á a concessão se o superficiário der ao terreno destinação diversa daquela para que foi concedida. Art. 1.375. Extinta a concessão, o proprietário passará a ter a propriedade plena sobre o terreno, construção ou plantação, independentemente de indenização, se as partes não houverem estipulado o contrário.

alteração das construções, em área onde se permitia construir edifícios com maior número de andares, o proprietário se sentia prejudicado por não poder exercer seu direito de construção no terreno e assim obter maior aproveitamento econômico. Criou-se uma legislação que permitia a transferência do direito de construir a terceiros.

Na França, a Lei 75-1.328, de 31 de dezembro de 1975, estabeleceu que uma densidade igual a 1,0 constitui o limite legal de densidade e, para a cidade de Paris, esse número é fixado em 1,5. Além desse limite, chamado *plafond légal de densité* (“teto legal de densidade”), o exercício do direito de construir era subordinado ao interesse da coletividade. Partindo dessa concepção, toda construção de densidade superior ao *plafond légal* sujeitava o beneficiário ao pagamento de uma soma igual ao valor do terreno. Conforme esta legislação, o proprietário do terreno poderia construir até uma vez a área do terreno, e em Paris, até uma vez e meia, entretanto, se quisesse construir além do *plafond légal de densité*, teria que adquirir da Municipalidade este direito.

Essa legislação original foi diversas vezes modificada, com a flexibilização do seu regime. Isso se deu diante da alegação de que o instituto teve efeitos perversos, encorajando a especulação fundiária na periferia e construções dispersas, conforme relata José Afonso da Silva citando Henri Jacquot:

Por isso, num primeiro momento, “uma lei de 1982 e outra de 1985 transferiram sua gestão para as Comunas, permitindo que fixassem elas mesmas o nível de densidade no respectivo território, dentro de um limite estabelecido pelo legislador. A evolução completou-se com a Lei 86-1.290, de 23.12.86, que descentralizou completamente o teto legal de densidade, conferindo-se *caráter facultativo* e dando liberdade às Comunas para suprimi-lo, estabelecê-lo ou modificá-lo”. Com isso, o instituto “perdeu uma boa parte de sua significação: em lugar de uma regra nacional, próxima da socialização parcial do direito de construir, é um mecanismo local, de sentido essencialmente financeiro”.<sup>241</sup>

A teoria desenvolvida na Itália e que fundamentou a edição da Lei 10, de 28 de janeiro de 1977, era a da separação do direito de construir do direito de propriedade do terreno, tendo como pressuposto o princípio da inedificabilidade dos terrenos, dele resultando que a edificabilidade decorreria dos planos e da legislação urbanística, que o proprietário não possuiria o direito de construir como uma das

---

<sup>241</sup> *Direito urbanístico brasileiro*, pp. 263-264.

faculdades do direito de propriedade do terreno e, se quisesse construir teria que obter tal direito mediante a concessão da Comuna. Nesse sentido, o direito de edificar pertenceria à coletividade, somente podendo ser exercido por concessão ou autorização do Poder Público. A Corte Constitucional Italiana, entretanto, não acatou este entendimento, conforme relata José Afonso da Silva:

Mas essa interpretação da lei caiu com a Sentença 5/1980 da Corte Constitucional Italiana, segundo a qual “o direito de edificar continua sendo inerente à propriedade e às outras situações que compreendem a legitimação para construir, ainda que sujeito a condicionamentos e limites, no sentido de que o titular do direito pode só construir dentro dos limites, inclusive temporais, estabelecidos pelos instrumentos urbanísticos” – concluindo, disso, que a concessão para edificar, instituída naquela lei, “não é atributiva de direitos novos, mas pressupõe faculdade preexistente, de modo que, sob esse perfil, não exerce função substancialmente diversa daquela antiga licença, tendo o escopo de declarar a ocorrência das condições previstas pelo ordenamento para o exercício do direito, nos limites em que o sistema normativo lhe reconhece a tutela à subsistência”.<sup>242</sup>

O principal momento de debate no Brasil, em que estavam presentes urbanistas e juristas, foi a realização de vários seminários promovidos pela Fundação Prefeito Faria Lima - Centro de Estudos e Pesquisas em Administração Municipal -, vinculada à Secretaria do Interior do Estado de São Paulo, que resultou na “Carta de Embu”, assinada em 1976.

Segundo Antonio Cláudio Moreira Lima e Moreira, participante dos mencionados seminários e tradutor das idéias da época, a urbanização crescente e a rápida concentração da população nas cidades determinam a necessidade de um controle do desenvolvimento urbano, sendo que a disciplina do uso do solo é elemento importante que passou a ser exercido pelo Poder Público por meio das leis de zoneamento, impondo restrições quanto às atividades, à altura das edificações, à área construída e, posteriormente, em relação à quantidade de área construída que um lote pode suportar, denominada de coeficiente de aproveitamento.

Continua o autor explicando que o coeficiente de aproveitamento pode gerar injustiças quando fixado em quantificação diferente para cada zona, levando a uma valorização diferenciada dos terrenos. Disso decorre grande pressão para que o

---

<sup>242</sup> *Ibid.*, p. 265.

Poder Público altere as legislações de zoneamento. A solução seria o controle do uso do solo baseado no solo criado.<sup>243</sup>

Em razão da tecnologia de construção tornou-se possível a utilização dos espaços no sentido tridimensional e, as cidades concebidas para receberem construções de 1, 2 ou 3 pisos ganham edifícios de 10, 20 e até 50. No sentido técnico, haverá criação do solo toda vez que uma construção proporcionar uma área utilizável maior que a área do terreno. Outrossim, poderá ser considerado solo criado a área construída que exceder uma certa proporção de área do terreno.<sup>244</sup>

O autor leciona que podem ser propostos, com fundamento no conceito de solo criado, três instrumentos para controle do uso do solo: coeficiente de aproveitamento único, transferência de direitos de construir e proporcionalidade entre áreas construídas e áreas de uso público.

Naquela oportunidade, havia a proposta de fixação de um coeficiente de aproveitamento único e igual para todos os terrenos, tendo conseqüência que o direito de construir estaria limitado a uma determinada quantia proporcional à área do terreno. A construção acima de tal coeficiente seria possível mediante a transferência do direito de construir de outra área ou pela aquisição do direito de construir de outras áreas ou do Poder Público.

A transferência dos direitos de construção de um lote para outro, segundo regras fixadas pelo Poder Público, poderia ser utilizada para a preservação de edifícios históricos, ruas e vilas interessantes como paisagem urbana e até para a criação de espaços públicos.

O terceiro instrumento é a proporcionalidade entre solos públicos e solos privados, uma vez que a problemática do espaço urbano reside na busca do equilíbrio entre áreas úteis das atividades privadas e as de circulação e equipamentos públicos. A aplicação desse instrumento impõe àqueles que desejarem criar solo o dever de reequilibrar a proporção entre a construção e as áreas públicas, mediante doação de áreas ao Poder Público.<sup>245</sup>

Solo criado, inicialmente, era compreendido como “o resultado da criação de áreas adicionais utilizáveis, não apoiadas diretamente sobre o solo natural” (a criação de solo envolve a criação de piso artificial), cuja noção desenvolveu-se, em

---

<sup>243</sup> *O solo criado/Carta do Embu*, p. 45

<sup>244</sup> *Ibid.*

<sup>245</sup> *Ibid.*, pp. 46-47.

face de novos estudos, passando a ser entendido como “o resultado de construção praticada em volume superior ao permitido nos limites de coeficiente único de aproveitamento”.<sup>246</sup> Assim, solo criado nos termos da Carta do Embu: “Toda edificação acima do coeficiente único é considerada solo criado, quer envolva a ocupação de espaço aéreo, quer a de subsolo” (Conclusão 1.2).

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 deste 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, conforme entendimento de Diogenes Gasparini.<sup>247</sup>

Dessa idéia de solo criado surgiram dois institutos, a outorga onerosa do direito de construir<sup>248</sup> e transferência do direito de construir.

O primeiro permite ao proprietário construir acima do coeficiente de aproveitamento básico, mediante contrapartida a ser prestada ao Município. Nestes termos, concluiu a Carta de Embu:

2. É constitucional exigir, na forma da lei municipal, como condição de criação de solo, que o interessado entregue ao Poder Público áreas proporcionais ao solo criado; quando impossível a oferta destas áreas, por inexistentes ou por não atenderem às condições legais para tanto requeridas, é admissível sua substituição pelo equivalente econômico.

O instituto está previsto no Estatuto da Cidade, artigo 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”.

Como instrumento de política urbana, a outorga onerosa do direito de construir deve ser aplicada mediante lei específica, baseada no plano diretor, que

<sup>246</sup> GRAU, Eros Roberto. *Direito urbano...*, p. 57.

<sup>247</sup> *Ibid.*

<sup>248</sup> Alguns autores denominam a “outorga onerosa do direito de construir” de “solo criado”, entendendo haver identidade entre os institutos: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Outorga onerosa do direito de construir (Solo Criado)*. In *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*, p. 222; MACRUZ, João Carlos; MACRUZ, J.C.; MOREIRA, M. *O Estatuto da Cidade e seus instrumentos urbanísticos*, p. 98; MUKAI, Toshio. *O Estatuto da Cidade*, p. 22; FIGUEIREDO, Marcelo. Considerações a respeito da “outorga onerosa” (solo criado) no Projeto de Lei n. 5.788, de 1990 in *Revista Trimestral de Direito Público* 32/2000.

determina o perfil da política urbana a ser implantada no Município, no sentido de organização dos espaços habitáveis, com a adequada utilização dos imóveis urbanos e evitando-se a especulação imobiliária.

A transferência do direito de construir foi criada como uma forma de compensação ao proprietário de imóvel que, em função de interesse público, fica impedido de construir conforme sua vontade, sob a inspiração da experiência.

O instituto também foi objeto de estudo nos seminários promovidos pela Fundação Faria Lima, como anteriormente mencionamos, e constou da redação, a Carta do 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.

Caracteriza-se pela possibilidade do proprietário do imóvel, declarado de interesse público em hipóteses expressamente contempladas em lei, transferir o direito de construir para outro imóvel de sua propriedade ou alienar este direito a terceiros.

Entendemos que tais institutos fundamentam-se na idéia da possibilidade de criação de solo, sendo que sofreram a inspiração das experiências de Chicago, no caso da transferência do direito de construir e de Paris, em se tratando de outorga onerosa do direito de construir, como veremos a seguir.<sup>249</sup>

Isso porque, só tem sentido ao proprietário de bem declarado de interesse público transferir ou alienar seu direito de construir se houver a possibilidade desse direito ser utilizado em outro terreno em que possa construir acima do coeficiente de aproveitamento básico, gerando valor econômico o solo a ser criado, ou seja, o potencial construtivo transferido deve ser utilizado para a criação de solo e deve conter valor econômico.<sup>250</sup>

---

<sup>249</sup> Em outro sentido o entendimento de Raquel Rolnik: "São dois os princípios que fundamentam a venda ou transferência do direito de construir: o *direito de superfície* (ou separação do direito de propriedade do direito de construir) e a *função social da propriedade*". Outorga onerosa e transferência do direito de construir in *Estatuto da Cidade e reforma urbana: Novas perspectivas para as cidades brasileiras*, p. 199.

<sup>250</sup> Nesse sentido: "A transferência do direito de construir começou a ser idealizada na década de 70 como um dos pressupostos indispensáveis para a corporificação de um inovador instrumento de intervenção urbanística: o *solo criado*. De sorte que a análise dos fundamentos da transferência do

Da forma como tratados os institutos e a fim de compatibilizar a aplicação, temos que só se pode falar em outorga onerosa se há possibilidade de construção acima do coeficiente básico, bem como só se pode pensar em transferência do direito de construir se este direito tiver valor econômico dissociado da propriedade do solo:

Da forma como tratado no Estatuto da Cidade, temos que o direito de construir para além do coeficiente de aproveitamento básico – ou seja, solo criado - se constitui como um ativo patrimonial destacado da propriedade do imóvel correspondente. Esse ativo, caracterizado num bem intangível autônomo, admite alienação ou pelo Poder Público (mediante a outorga onerosa aqui tratada) ou mesmo pelos particulares que tiverem seu direito de construir até o limite do coeficiente básico interditado por outras medidas de sacrifício ou condicionamento urbanístico (mediante a transferência do direito de construir tratada no art. 35 e objeto de comentários em capítulo específico, adiante).<sup>251</sup>

Por outro lado, torna-se necessária a diferenciação do direito de superfície e da transferência do direito de construir, em face da relação direito de propriedade e direito de construir.

Na transferência do direito de construir, o proprietário retira o direito de construir do terreno, transferindo-o para outro terreno de sua propriedade ou alienando-o a terceiros. E isso é definitivo: o direito de construir não retorna mais ao terreno alienante. Para que possa existir novamente o direito de construir nesse terreno, deverá o proprietário adquirir novo direito de construir, dessa feita do Município ou de particulares. No direito de superfície, o proprietário cede, por um período considerado no contrato, o direito de outrem construir no solo e, ao final do prazo acordado, retorna ao proprietário do terreno cedente o direito de construir e a ele aderem as edificações, que passam a lhe pertencer.

Neste último instituto citado, numa mesma área convivem duas propriedades distintas: a propriedade do solo e a propriedade superficiária, ainda que resolúvel. Já com a aplicação da transferência do direito de construir remanesce tão-somente o direito de propriedade do solo, não estando mais ali

---

direito de construir há de ser procedida no bojo do instituto do solo criado”. MONTEIRO, Yara Darcy Police, SILVEIRA, Egle Monteiro da. Transferência do direito de construir. *In Estatuto da cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*, p. 292.

<sup>251</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Outorga onerosa do direito de construir (Solo Criado). *In Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*, p. 235.

presente o direito de nele edificar que foi transferido e efetivamente utilizado em outro local.<sup>252</sup>

Como vimos anteriormente, o direito de propriedade sofre delimitações legais, que determinam seu contorno, como uma moldura dentro da qual pode ser exercido.

Não é ele ilimitado, devendo ser a propriedade considerada em sua função social, pois a destinação que o proprietário dá ao seu bem gera externalidades que afetam toda a coletividade. Nesse sentido, toda edificação interfere na ambiência urbana e, por tal razão, deve receber regramento do Poder Público para seu exercício.

Coloca-se, nesse ponto, a discussão a respeito da separação entre o direito de propriedade e o direito de construir. Podemos identificar três correntes doutrinárias: uma defendendo que o direito de propriedade implica na plenitude do direito de construir; outra, em extremo oposto, a total separação do direito de propriedade e do direito de construir; e uma concepção intermediária, no sentido de que lei pode definir limites objetivos ao direito de construir.

O primeiro posicionamento, mais próximo do Direito Civil, defende que o direito de propriedade traz inerente o direito de construir, com os atributos de gozo, disposição e fruição do bem. Dessa forma, seria o direito de construir um direito subjetivo de quem possui o domínio, não podendo sofrer qualquer tipo de limitação.

Para os adeptos dessa corrente, o máximo que se admite são restrições gerais advindas do direito de vizinhança. Não haveria lugar para a idéia do solo criado, pois realizar edificações era direito subjetivo do proprietário. Seria inconcebível “regrar ou limitar o direito de construir acima de qualquer limite legal ou regulamentarmente estipulado, muito menos para que o exercício deste direito dependesse de outorga, licença ou autorização do Poder Público”.<sup>253</sup>

Hely Lopes Meirelles lecionava que o fundamento do direito de construir está no direito de propriedade, pois ao se reconhecer o poder legal de usar, gozar e dispor de seus bens, se reconhece o direito de construir, “visto que no uso, gozo e disponibilidade da coisa se compreende a faculdade de transformá-la, edificá-la,

---

<sup>252</sup> Estamos considerando a transferência de todo direito de construir existente no lote. Se houver transferência apenas do potencial construtivo ocioso, somente este será retirado do terreno, permanecendo o direito de construir existente no local vinculado ao direito de propriedade. Ainda nessa hipótese, não coexistem duas propriedades, mas somente uma, pois o direito de construir remanescente continua vinculado ao direito de propriedade do terreno.

<sup>253</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Op. cit.*, p. 225.

beneficiá-la, enfim, com todas as obras que lhe favoreçam a utilização ou lhe aumentem o valor econômico”.<sup>254</sup>

Em posição contrária e defendida por Eros Roberto Grau nas primeiras discussões a respeito do assunto, em 1975, juntamente com Antonio Carlos Cintra do Amaral e Jorge Bartholomeu Carneiro da Cunha, encontramos a separação entre o direito de propriedade e o direito de construir, pois que este não pertencia ao proprietário, mas apenas a ele poderia ser atribuído por meio de autorização ou concessão do Poder Público, seu efetivo titular.<sup>255</sup>

Nesse sentido, 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, e somente poderia ser admitido por concessão da Comuna, como dispôs a legislação italiana (Lei 10, de 28 de janeiro de 1977).<sup>256</sup> Achille Cutrera, citado por Ricardo Pereira Lima explica:

A edificabilidade do solo é negada em princípio. Ela não está compreendida “ab origine” no direito de propriedade. Para obter uma possibilidade de edificação será preciso que a administração pública expresse uma manifestação de vontade na forma do plano diretor do espaço, do programa de construção, do programa plurianual de atuação e, finalmente, a concessão de edificação. Na falta de um dos mencionados atos, cumulativa ou alternativamente, considerados conforme a situação específica da comuna, não se realiza nenhuma modificação na condição inicial de impossibilidade de edificação acima descrita: a possibilidade de fruir o terreno para fins edilícios é atribuída ao proprietário da área pelo ato administrativo. Por isso, se pode dizer que os vários atos emanados da comuna no exercício do poder de planificação territorial têm efeito “constitutivo” do direito de construir.<sup>257</sup>

Construiu-se uma posição intermediária, na qual caberia à lei definir limites objetivos ao direito de construir e, para construções que a ele excedem, haveria necessidade de outorga por parte do Poder Público. Não se afasta esta concepção do reconhecimento de que o direito de propriedade envolve o poder de utilização do

<sup>254</sup> *Direito de construir*, p. 31.

<sup>255</sup> *Direito urbano*, pp. 60-62. Parece-nos, entretanto, que para entendimento diverso caminhou o autor em discussões posteriores: “Admite-se, neste ponto, que, ao traçar o perfil do direito de propriedade, pode o ordenamento jurídico – sem definirmos ainda se federal, estadual ou municipal - definir ‘padrões de utilização’ para a propriedade do solo urbano. Daí a conclusão de que tudo quanto exceder ao ‘padrão’ definido – inclusive o direito de criação de novos solos – não é inerente à propriedade”.

<sup>256</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*, p. 254-256.

<sup>257</sup> *Elementos de direito urbanístico*, p. 163.

bem, entretanto, estabelece que a legislação deverá especificar os limites em que poderá ser exercido.

Eros Roberto Grau, nos escritos da carta de Embu, menciona proposta elaborada em seminário anterior por Celso Antônio Bandeira de Mello, e tomada como pacífica:

O direito de propriedade, assegurado pela Constituição, tem seu perfil definido pela legislação ordinária, a qual não pode desconhecer a noção de que a propriedade envolve utilização e disposição; contudo, assiste à legislação ordinária definir a extensão do seu uso e disposição.<sup>258</sup>

Maria Magnólia Lima Guerra refletindo sobre as novas tendências do direito de construir asseverava que a concepção de não mais considerá-lo como inerente ao direito de propriedade, mas autônomo em sua configuração jurídica, tornava-o passível de ser negociado, bem como que a separação do direito de construir do direito de propriedade poderia ser considerada em situações diferentes. Em uma primeira hipótese, considerando-os totalmente desvinculados, a comunidade seria a verdadeira titular do direito de construir e os particulares poderiam dele se utilizar mediante concessão ou autorização administrativa. Numa segunda concepção, o direito de construir pertenceria à coletividade, mas somente a partir de coeficientes considerados indispensáveis à utilização econômica do solo urbano:

(...) ao proprietário do solo será assegurado o direito de nele edificar, nos limites de um percentual que torne a sua propriedade útil, para fins urbanos. Contudo, não se tem em vista os interesses da comunidade, dado que, na propriedade urbana beneficiada diretamente por serviços e equipamentos públicos, o direito de construir guarda íntima relação com os interesses da coletividade. Assim, somente dentro de um percentual estabelecido e com as restrições naturalmente impostas pelo Poder Público é que o direito de construir pode destacar-se como direito real autônomo pertencente originariamente ao proprietário do solo negociável *per se*, independente, portanto, da transferência da propriedade do mesmo solo.<sup>259</sup>

Estruturou-se a partir dessa terceira corrente a idéia do solo criado. A experiência francesa, anteriormente mencionada, contribuiu para a sedimentação desse instituto, adotado no Brasil nas conclusões da Carta de Embu e, posteriormente, positivado no Estatuto da Cidade.

<sup>258</sup> *O solo criado/Carta do Embu*, p. 143.

<sup>259</sup> *Op. cit.*, pp. 72-73.

José Afonso da Silva 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”.<sup>260</sup>

Tendo em vista a concepção do solo criado e sua adoção nos textos legais, forçoso reconhecer que 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 (estamos falando do instituto da outorga onerosa do direito de construir). Poderá também ser transferido para outro imóvel ou mesmo alienado para ser utilizado em outro local, consubstanciado no instituto da transferência do direito de construir. Tem ele um valor econômico destacado ou destacável da propriedade.<sup>261</sup>

Podemos concluir: a) que o direito de construir é inerente ao direito de propriedade até o limite do coeficiente de aproveitamento básico determinado pela legislação urbanística municipal; b) que o direito de construir pode ser considerado apartado do direito de propriedade ao ser exercido acima do coeficiente de aproveitamento básico, em que deverá ser adquirido da municipalidade (o direito de construir acima do coeficiente básico pertence à coletividade); no direito de superfície, em que convivem sobre o mesmo terreno a propriedade do solo e a propriedade da superfície, envolvendo a faculdade de construir; na transferência do direito de construir, que poderá ser alienado ou transferido, retirando das mãos do proprietário do terreno a faculdade de ali edificar.

## 5.2 Origens do instituto

A transferência do direito de construir foi influenciada pela experiência norte-americana, em especial a realizada em Chicago, como anteriormente mencionamos.

---

<sup>260</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*, p. 254-256.

<sup>261</sup> Nesse sentido, posiciona-se a maioria da doutrina: FIGUEIREDO, Marcelo. Considerações a respeito da “outorga onerosa” (solo criado) no Projeto de Lei n. 5.788, de 1990 *in Revista Trimestral de Direito Público* 32/2000; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Op. cit.*, p. 235.

Com o nome de *Space Adrift* (“Espaço Flutuante”), o instituto tem por finalidade intensificar a preservação do patrimônio histórico. Os proprietários de imóveis que o Poder Público definir como de interesse histórico ficam autorizados a alienar o direito de construir que lhes couber no terreno onde se acham tais bens, e que não podem ser demolidos para erguerem-se no respectivo terreno construções modernas e elevadas. A transferência do direito de construir desse terreno para outro permite crescer em outros imóveis áreas construídas que não seriam possíveis de outro modo.<sup>262</sup>

O “Plano de Chicago” tornou-se conhecido em face dos escritos de John Costonis que, presente no Seminário “O Solo Criado”, realizado em São Paulo, em 1976, proferiu palestra trazendo a problemática de se encontrar um equilíbrio entre o novo e o velho, atendendo às necessidades comunitárias, ao desenvolvimento econômico e a preservação do patrimônio nacional, diante da idéia comum de valorização dos terrenos, tornando mais econômico demolir os edifícios existentes e substituí-los.<sup>263</sup>

Citou a experiência do antigo prédio da Bolsa de Chicago, construído em 1893, sendo um dos primeiros edifícios com estrutura metálica. O edifício tinha treze andares e a zona, segundo a lei de zoneamento da cidade, poderia receber quarenta e cinco andares. Em 1968 o edifício foi adquirido por empreendedores que, visando maior rentabilidade, demoliram o edifício, sob a alegação de que era inviável economicamente. No local foi construído um prédio com quarenta e cinco andares, mas os construtores faliram, pois não conseguiram alugar toda a área do prédio. A petição de falência continha a alegação de que o novo edifício era inviável economicamente.

As condições de mercado e as novas tecnologias que tornaram possível a intensidade de construção num mesmo local, se contrapõem a vários monumentos históricos que são de intensidade de utilização muito baixa, não dando ao seu proprietário melhor aproveitamento econômico. Por outro lado, “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

---

<sup>262</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*, p. 255.

<sup>263</sup> O autor detalha a aplicação do “Plano de Chicago” em seu livro *Space adrift*.

governos municipais e do interesse público na preservação do patrimônio da comunidade”.<sup>264</sup>

Nas palavras de John Costonis:

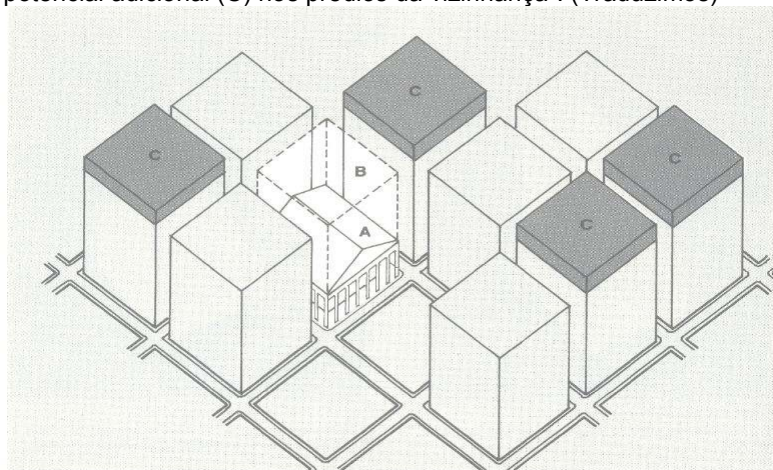
O valor de uma propriedade imobiliária é, em grande parte, devido ao direito de nela construir. Mas se o edifício for tombado como monumento histórico, esse direito é perdido (...) Talvez, se reformulássemos o nosso conceito de propriedade, fosse possível enfrentar esse conflito aparentemente sem solução 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.<sup>265</sup>

A aplicação 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.<sup>266</sup>

<sup>264</sup> *O solo criado/Carta do Embu*, pp. 80-82.

<sup>265</sup> *Ibid.*, p. 83

<sup>266</sup> *Space Adrift*, p. 32. O autor explica, conforme o desenho abaixo, como se realiza a transferência do direito de construir: “A propriedade construída (A) utiliza apenas uma fração do direito de construir do local. O restante (B) é transferido a vários outros lugares em apenas uma região de transferência e se mostra como potencial adicional (C) nos prédios da vizinhança”. (Traduzimos)



No Brasil, algumas experiências foram realizadas para a aplicação da transferência do direito de construir. Diversos Municípios aplicaram o instituto a partir das discussões que originaram a Carta de Embu e das experiências estrangeiras. Citaremos apenas algumas dessas experiências.

A Lei n. 9.725, de 2 de julho de 1984, editada pelo Município de São Paulo, dispunha em seu artigo 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”. Ainda no Município de São Paulo, em 1986, foi aprovada lei segundo a qual os proprietários de terrenos ocupados por favelas poderiam requerer a modificação dos índices e características de uso e ocupação do solo referente ao terreno utilizado pela favela ou de outros de sua propriedade, desde que construísse e doasse ao Poder Público habitações de interesse social para a população favelada.<sup>267</sup>

Em Curitiba, a Lei n. 6.337, de 28 de setembro de 1982, chamada de “Lei do Solo Criado”, “institui o incentivo construtivo para a preservação dos imóveis de valor cultural, histórico ou arquitetônico”.<sup>268</sup>

O Município de Salvador instituiu a transferência do direito de construir “para fins de preservação de áreas de interesse do patrimônio histórico, artístico, paisagístico e ecológico, implantação de infra-estrutura urbana, equipamentos urbanos ou comunitários, ou utilização pelo próprio Município, regularização de situação fundiária e formação de estoque de terrenos pelo Município”, por meio da Lei n. 3.805, de 04 de novembro de 1987.

Da mesma forma, no Plano Diretor do Município de Belo Horizonte, Lei n. 6.706, de 05 de agosto de 1994, foi prevista de aplicação da transferência do direito de construir, regulamentada pelo Decreto n. 8.766, de 10 de junho de 1996.

O Estatuto da Cidade incorporou tais experiências, dispondo que o instituto se aplica para a proteção ao patrimônio cultural, bem como para a implantação de

---

<sup>267</sup> ROLNIK, Raquel. *Op. cit.*, pp. 203-204.

<sup>268</sup> Essa lei permitia a comercialização do direito de construir, mediante o compromisso de preservação do patrimônio histórico das Unidades de Interesse de Preservação - UIPs -, com a autorização para construção acima dos limites da legislação em vigor no próprio terreno da unidade histórica ou em regiões especificadas. Cf. <http://www.ippuc.org.br>.

equipamentos urbanos e comunitários, regularização fundiária, urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e habitação de interesse social.

### 5.3 Aplicação do instituto

Como vimos, a transferência do direito de construir visa compensar o proprietário de bem imóvel que, em face de restrições impostas pelo Poder Público, não pode exercer seu direito de construir na totalidade do coeficiente de aproveitamento determinado pela legislação urbanística para o local.

No dizer de Diógenes Gasparini, o comum é o direito de construir realizar-se no próprio imóvel, entretanto, a partir da concepção do solo criado passou-se a admitir sua transferência. E assim comenta: “Pode-se, portanto, definir a transferência do direito de construir como sendo a alienação ou o exercício em outro lugar, quando, em razão do interesse público, o proprietário não puder utilizá-lo na plenitude dos índices urbanísticos.”<sup>269</sup>

Relatamos algumas experiências isoladas de aplicação do instituto, entretanto, com o advento do Estatuto da Cidade a transferência do direito de construir foi incluída como instrumento de ordenação e controle do uso do solo, a fim de concretizar a política urbana desenhada pelo plano diretor do Município. Dessa forma, o instituto foi acolhido pelo ordenamento jurídico, integrando as normas gerais de ordenação urbana, podendo ser implementado por todos os Municípios, mediante inclusão no plano diretor e lei específica estabelecendo as condições de aplicação.

Assim, a matéria está disciplinada na Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, que “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).

Arrolados no Estatuto da Cidade, encontramos os institutos jurídicos e políticos que poderão ser utilizados como instrumentos para a concretização das finalidades dessa lei e, dentre eles, a transferência do direito de construir (artigo 4º, inciso V, “o”).

---

<sup>269</sup> O Estatuto da Cidade, p. 189.

As situações de aplicação do instituto da transferência do direito de construir estão descritas no artigo 35 do 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:

I – implantação de equipamentos urbanos e comunitários;

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

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

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

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

Em face do disposto, podemos identificar alguns requisitos para aplicação da transferência do direito de construir.

Há necessidade de previsão no plano diretor para a aplicação concreta do instituto, conforme dispõe o Estatuto da Cidade ao prever que lei municipal baseada no plano diretor poderá autorizar o proprietário a exercer em outro local ou a alienar o direito de construir.

O plano diretor é um instrumento de planejamento urbano, visando ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, e, para isso, traça os objetivos básicos da política urbana do Município, conforme dispõe o artigo 182 da Constituição Federal. Por outro lado, o § 2º desse artigo, afirma que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

Precisamos compreender que o plano diretor é instrumento que dará a conformação da cidade, no sentido de que será a moldura dentro da qual serão traçadas as características daquela cidade, os zoneamentos específicos, o adensamento, os aspectos cultural e econômico, enfim, as funções sociais daquela cidade. Nesse panorama, o plano diretor determinará as características da função social que as propriedades deverão obedecer diante do quadro apresentado.

O plano diretor é obrigatório para as cidades com mais de 20.000 habitantes e para todas aquelas que pretendam utilizar os instrumentos descritos no Estatuto da Cidade, entre eles, a transferência do direito de construir, uma vez que

os instrumentos a serem adotados pelo Município deverão fazer parte do planejamento urbano como um todo, e não como experiências dissociadas da organização urbana da cidade.

A lei municipal instituidora deverá estabelecer as condições em que o instituto deverá ser aplicado. Deverá conter a especificação da área em que poderá ser transferido o direito de construir ou a identificação dos imóveis declarados de interesse social; a área receptora do potencial construtivo; a finalidade social, conforme as hipóteses descritas no artigo 35 do Estatuto da Cidade; o *quantum* de potencial construtivo poderá ser transferido, a forma de cálculo e o procedimento para a transferência.

O beneficiário da transferência do direito de construir é, segundo o texto legal, o proprietário de imóvel urbano, público ou privado, ou seja, quem detiver o título de domínio sobre o imóvel. Diogenes Gasparini entende que tem o mesmo direito o “compromissário comprador, quando titular de compromisso de compra e venda, quitado ou não; o superficiário; o posseiro em condições de adquirir o imóvel mediante usucapião e o enfiteuta”.<sup>270</sup>

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 direito em outro imóvel seu”, e a *intersubjetiva*, “que consistirá na transferência do direito de construir de um sujeito para outro”.<sup>271</sup>

O imóvel receptor do coeficiente transferido deve pertencer ao proprietário do bem tombado, ou pertencer a terceiros que adquiriram daquele o coeficiente relativo ao direito de construir. Em ambos os casos, o imóvel receptor deve estar localizado em zona que permita a recepção do coeficiente, razão pela qual a lei, ao regular as condições da transferência, deverá prever a intervenção do Município para a utilização do coeficiente adquirido, visando seu controle, verificação e aprovação. Poderá, também, dispor a lei expressamente quais as áreas que poderão receber os coeficientes. Isso se justifica em razão da necessidade de se manter o planejamento urbano dentro das áreas de adensamento estipuladas no plano diretor, uma vez que a possibilidade de recebimento de área edificável deve

---

<sup>270</sup> *Ibid.*, p. 192.

<sup>271</sup> *Direito urbanístico brasileiro*, pp. 270-271.

ser analisada em face da infra-estrutura e dos equipamentos urbanos existentes no local.

Consoante os termos do Estatuto da Cidade, a transferência do direito de construir é aplicada em razão de uma finalidade de interesse público, beneficiando os proprietários de imóveis que cumpram uma função social dentre aquelas escolhidas e listadas pelo legislador. Dessa forma, não é qualquer situação que possibilita a aplicação do instituto em tela, mas tão-somente aquelas descritas nas hipóteses enumeradas no artigo 35.

A lei instituidora da transferência do direito de construir poderá identificar os imóveis declarados de interesse de preservação ou de implantação dos equipamentos urbanos e comunitários, sendo que o Poder Público poderá elaborar um inventário destes imóveis e manter um cadastro daqueles que podem se utilizar do instituto; em face da Lei de Zoneamento, poderão ser identificadas áreas em que se poderá transferir potencial construtivo em razão do interesse social ou zonas especiais de interesse para preservação ou adensamento, segundo as finalidades descritas no mencionado artigo 35.

O inciso I do artigo 35 se refere à implantação de equipamentos urbanos e comunitários.

A Lei n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979, que dispôs sobre o parcelamento do solo urbano, tratou de identificar quais seriam os equipamentos urbanos e comunitários:

Art. 4º - (...)

§ 2º - Consideram-se comunitários os equipamentos públicos de educação, cultura, saúde, lazer e similares.

Art. 5º - O Poder Público competente poderá complementarmente exigir, em cada loteamento, a reserva de faixa *non aedificandi* destinada a equipamentos urbanos.

Parágrafo único. Consideram-se urbanos os equipamentos públicos de abastecimento de água, serviços de esgotos, energia elétrica, coletas de águas pluviais, rede telefônica e gás canalizado.

Diante da necessidade do Poder Público de implantar uma escola, uma praça ou um parque, um posto de atendimento médico, uma rede de água e esgoto ou quaisquer outros equipamentos comunitários ou urbanos, poderá impor restrições ao imóvel do particular quanto ao seu direito de construir.

Nesse caso, poderá o proprietário ter seu prejuízo minimizado com a utilização do instituto em comento.

A finalidade do inciso II é a preservação de bens culturais, sendo o instituto passível de aplicação quando o imóvel for considerado de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural. Nessa situação, proprietário de imóvel que, em função do valor cultural do bem e do interesse público em sua conservação, fica impedido de exercer o direito de construir em plenitude naquele local, resultando a transferência do direito de construir em forma de compensação em face desta restrição. A aplicação do instituto nesses casos será melhor analisada a seguir.

A terceira hipótese, tratada no inciso III, se refere aos imóveis que possam servir a programas de regularização fundiária, urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e habitação de interesse social.

Tais situações podem ser exemplificadas: um terreno sem edificação, onde o Poder Público possa transferir grupo de pessoas que ocupam outra área irregularmente ou área de preservação ambiental; terreno já invadido e/ou onde se formou uma favela que o Poder Público pretenda regularizar e urbanizar; terreno localizado em área em que o Poder Público tenha interesse em construir habitações populares.

A aplicação da transferência do direito de construir poderá, de um lado, ser instrumento útil para a consecução dessas finalidades, como forma de recompor ao proprietário o prejuízo econômico causado e, de outro, ser mecanismo apto a garantir o direito à moradia daqueles que vivem em condições irregulares, bem como oferecer alternativa de aquisição de habitação digna para a população de baixa renda.

Com relação aos incisos I e III, José Afonso da Silva comenta que são situações que impedem o proprietário de construir em seus terrenos ocupados. E, exemplificando em face do disposto no último inciso citado, um terreno ocupado por favelas ou por habitações que o Poder Público tenha interesse na regularização fundiária, “a transferência do direito de construir que cabe ao proprietário na área é um mecanismo que facilita a solução do problema”, pois,

De duas uma: ou o proprietário ingressa em juízo para obter a desocupação do seu imóvel, para que nele possa erguer as construções que lhe aprouver – o que é uma situação traumática; ou o Poder Público

tem que desapropriar a área para exercer a regularização fundiária pretendida – o que nem sempre é possível ou conveniente.<sup>272</sup>

Com relação à desapropriação, João Carlos Macruz, José Carlos Macruz e Mariana Moreira entendem que essa medida é possível nos casos mencionados, com aplicação conjunta da transferência do direito de construir.

Tomemos os exemplos citados pelos autores: com relação ao inciso I, a situação em que o Poder Público necessita implantar uma rede de água e esgoto, que poderá inviabilizar a construção naquele terreno. Isto poderá se constituir em servidão ou desapropriação, dependendo da extensão do sacrifício de direito. Se esvaziar o conteúdo do direito de construir, poderá o Poder Público destacar o potencial construtivo e desapropriar a área correspondente “considerando um valor imobiliário menor do que se a transferência não fosse permitida”, ou seja, somente referente ao terreno.<sup>273</sup>

Em se tratando inciso III, os autores trazem as hipóteses de imóvel desocupado e sem construção, tendo o Poder Público interesse nele para execução de programas de regularização fundiária, de terreno invadido e de imóvel para construção de habitação de interesse social. Nestes casos, o proprietário do imóvel, “se concordar, poderá exercer em outro local o seu direito de construir, sem prejuízo da desapropriação a que o Poder Público deverá proceder, na medida em que a propriedade será destinada totalmente à regularização”.<sup>274</sup>

Por outro lado, dispõe o § 1º do citado artigo 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*”. Assim, aquele que doar ao Poder Público seu imóvel para as finalidades descritas no Estatuto da Cidade, poderá ser beneficiado com a transferência do direito de construir pertencente ao respectivo imóvel.

Em se tratando de doação, como transferência gratuita de propriedade, o Poder Público adquire o imóvel, sem o potencial construtivo, com o ônus de cumprimento de finalidade específica dentre aquelas descritas no artigo 35, por expressa determinação legal. A necessária autorização legislativa, em face desse

---

<sup>272</sup> *Direito urbanístico brasileiro*, p. 271.

<sup>273</sup> *Op. cit.*, pp. 124-125.

<sup>274</sup> *Ibid.*

encargo, deverá constar da lei municipal concessiva da transferência do direito de construir no caso específico.

Por outro lado, o particular tem a possibilidade de utilizar o potencial construtivo do imóvel doado em outro local ou aliená-lo, nas condições previstas em lei.

O coeficiente de aproveitamento<sup>275</sup> deverá receber tratamento especial no plano diretor, que determinará o patamar em que poderá ser utilizado plenamente pelo particular (coeficiente básico) e o coeficiente máximo, limite suportado pela área e que será objeto de outorga pelo Poder Público, mediante contrapartida. Como dissemos anteriormente, até o coeficiente de aproveitamento básico, o direito de construir pertence ao proprietário, sendo que deste até o coeficiente de aproveitamento máximo, pertencendo ao Município, será objeto de aquisição por parte do interessado em edificar.

No caso dos imóveis que sofreram a restrição ao direito de construir, consoante as hipóteses descritas no artigo 35 ora em exame, poderá ser transferido coeficiente de aproveitamento resultante da diferença obtida entre o coeficiente efetivamente construído e o coeficiente de aproveitamento básico.<sup>276</sup>

A lei municipal que disciplinará o instituto poderá autorizar a transferência total ou parcial do coeficiente de aproveitamento, bem como a utilização integral num mesmo imóvel ou impor limites para que possa ser recepcionado.

O procedimento para aplicação do instituto poderá ser determinado na lei instituidora. Entretanto, alguns aspectos devem ser considerados.

Inicialmente, se a transferência do potencial construtivo se der entre imóveis do mesmo titular, o Poder Público deverá reconhecer o direito de transferência, o *quantum* a ser transferido e a possibilidade de recepção do imóvel

---

<sup>275</sup> Relação entre a área edificável e a área do terreno, conforme parágrafo 1º, do artigo 28, do Estatuto da Cidade.

<sup>276</sup> Nesse sentido: “O proprietário de um imóvel sobre o qual incide um interesse público de preservação, seja do ponto de vista ambiental, ou do ponto de vista do patrimônio histórico, cultural, paisagístico e arquitetônico, ou ainda um imóvel que esteja ocupado por uma favela que se quer urbanizar, pode utilizar em outro imóvel, ou vender, a diferença entre a área construída do imóvel preservado e o total de área construída atribuída ao terreno pelo coeficiente de aproveitamento básico, conforme a legislação existente. (...) Por exemplo, um imóvel a ser preservado, de 100.000m<sup>2</sup> de área de terreno, com coeficiente de aproveitamento de 0,1, poderia hipoteticamente edificar 10.000m<sup>2</sup>. Entretanto, possui área edificada de apenas 100m<sup>2</sup>, podendo transferir o saldo de 9.900m<sup>2</sup>”. ROLNIK, Raquel. *Op. cit.*, pp. 211-212.

por meio de ato administrativo, devendo a transferência ser anotada no cadastro de ambos os imóveis.<sup>277</sup>

Em se tratando de alienação do direito de construir, por expressa determinação do artigo 35, se efetivará por meio de escritura pública. Mesmo nesse caso, o Município deverá fazer as anotações quanto às transferências nos cadastros dos imóveis, para garantia de aplicação do instituto, com a perda de potencial construtivo de um e o acréscimo do coeficiente de aproveitamento do outro.

O Estatuto da Cidade não determina que seja registrada a transferência do direito de construir junto à matrícula dos imóveis. Entretanto, “somente com esse registro seria possível a publicidade e o controle do direito de construir por parte de eventual adquirente do imóvel”.<sup>278</sup>

#### **5.4 Transferência do direito de construir e tombamento**

A transferência do direito de construir pode se caracterizar como interessante mecanismo de indenização ao proprietário de bem tombado, principalmente quando as restrições impostas afetam o próprio direito de construir, pois a aplicação do instituto em comento pode significar a minoração ou eliminação dos prejuízos suportados.

No tópico anterior, trouxemos algumas linhas gerais que identificam o instituto para sua melhor compreensão; neste, trataremos de sua aplicação especificamente quanto ao disposto no inciso II, do artigo 35 do Estatuto da Cidade, para fins de “preservação, quando o imóvel for considerado de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural”, bem como da problemática de utilização da transferência do direito de construir como uma das formas de indenização do tombamento.

---

<sup>277</sup> Segundo Audrey Gasparini, trata-se de ato administrativo vinculado em que o Poder Público outorga ao particular o direito de construir em outro imóvel seu e, para que se torne pública a transferência, tal outorga deverá ser averbada na matrícula de ambos os imóveis. *Op. cit.*, p. 83.

<sup>278</sup> GASPARI, Diógenes. *O Estatuto da Cidade*, p. 191.

#### 5.4.1 Transferência do direito de construir *interlocativa* e *intersubjetiva*

Apesar das vantagens para o proprietário e para o Município quanto à aplicação do instituto, na prática a transferência do direito de construir pode apresentar algumas situações que merecem ser comentadas.

Inicialmente, temos que considerar a possibilidade da área onde se situa o bem tombado ter potencial construtivo baixo ou que o imóvel já tenha construção acima do coeficiente básico, não havendo lugar para a transferência, por ausência de potencial não utilizado.

Mas, havendo tal potencial, o direito de construir pode ser transferido para outro imóvel, que pode ser do mesmo proprietário ou de terceiros. Como aponta José Afonso da Silva, a transferência do direito de construir pode ser de dois tipos: a *interlocativa*, quando o proprietário de imóvel urbano pode exercer em outro local seu direito de construir, pressupondo que o proprietário exercerá este direito em outro imóvel seu, e a *intersubjetiva*, quando a transferência do direito de construir ocorre de um sujeito para outro.<sup>279</sup>

Na primeira hipótese, o proprietário de bem tombado poderá exercer em outro imóvel de sua propriedade o direito de construir excedente, que não é passível de ser utilizado naquele imóvel. Para isso, o outro imóvel deverá estar localizado em área que seja possível a recepção, uma vez que o potencial construtivo será acrescido ao coeficiente de aproveitamento básico estando limitado ao máximo permitido na legislação para aquele local.

Nesse caso, somente interessará ao proprietário do bem tombado a utilização da transferência do direito de construir se desejar edificar em outro imóvel seu acima do coeficiente de aproveitamento básico, deixando de arcar com a contrapartida, substituindo, assim, a outorga onerosa do direito de construir.

Por outro lado, não tendo o proprietário outro imóvel, só lhe restará a possibilidade de alienação do direito de construir, segundo as regras impostas pelo Poder Público, que se efetivará por meio de escritura pública.

---

<sup>279</sup> *Direito urbanístico brasileiro*, pp. 270-271.

Estará o proprietário do imóvel tombado sujeito ao preço de mercado, pois o direito de construir passou a ser bem *in commercium*, cujo valor poderá variar consoante a área que poderá receber o potencial construtivo e a credibilidade do Poder Público em manter os índices das zonas.

Isso porque, se houver alteração constante da lei de zoneamento, o próprio mercado absorverá essa instabilidade que se refletirá em diminuição do valor do potencial construtivo.

Podemos dizer que, quanto à alienação do direito de construir, o proprietário do bem poderá se sujeitar aos riscos quanto à desvalorização do potencial construtivo, ficando o deságio como prejuízo e, quanto à possibilidade de não encontrar comprador, em face de desinteresse pela área receptora ou pela supervalorização atribuída ao direito de construir em razão do valor estipulado para a área onde se localiza o imóvel tombado.

A lei que autorizar a transferência deverá mensurar ou trazer de forma clara como será aferido o valor do potencial construtivo transferível.

A avaliação do direito de construir é necessária por duas razões. A primeira, para se evitar os riscos anteriormente mencionados para o proprietário do imóvel cedente e assim, viabilizar a aplicação dessa forma de compensação pela compressão de tal direito. A segunda, por se tratar de forma de indenização, a valoração deverá ser a mais correta possível, para que o Poder Público não indenize mais do que o devido.

A lei que autoriza a transferência do direito de construir deverá, da mesma forma, identificar se o potencial construtivo somente poderá ser utilizado na mesma área ou, em caso contrário, a área ou as áreas que poderão recebê-lo. Isso em face do plano de urbanização do Município, pois o estabelecimento de coeficiente de aproveitamento e, assim também seu acréscimo, se relaciona com o adensamento da área e o estudo dos equipamentos urbanos e comunitários, justificando a delimitação espacial de utilização do potencial construtivo.

Poderá ocorrer que a área receptora possua coeficiente de aproveitamento máximo baixo, o que dificultará a utilização ou alienação, uma vez que só se justifica a recepção de coeficiente de aproveitamento nos casos em que é possível a criação de solo ou, ainda, que não tenha atrativo para o mercado imobiliário, resultando em desinteresse em sua aquisição por terceiros.

Esses aspectos deverão ser considerados pelo Poder Público e pelo proprietário quando da utilização do instituto.

#### 5.4.2 Bem de interesse cultural

O direito de construir está atrelado ao direito de propriedade, sendo inerente a este até o coeficiente de aproveitamento básico, como mencionamos alhures. Entretanto, não poderá ser transferido em quaisquer circunstâncias, mas tão-somente, para o atendimento das funções sociais descritas na norma que disciplina o instituto, no caso, para a preservação de bem cultural.

Assim, com relação ao imóvel passível de transferência do direito de construir, deverá estar ele vinculado a uma finalidade específica de preservação diante de suas características especiais que merecem ser conservadas. Disso decorre a necessidade de identificarmos a forma de qualificação desse bem como de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural, conforme o texto legal em comento.

Apesar de entendermos não ser imprescindível o tombamento para a aplicação do instituto em tela, até porque não há expressa previsão legal nesse sentido<sup>280</sup>, o tombamento se afigura como principal instrumento para a qualificação do bem como de interesse cultural, em face de análise de suas características por órgão técnico, bem como diante da possibilidade de participação do proprietário no processo administrativo precedente à inscrição do bem no livro do tomo, e também com a possibilidade de ser ouvida a comunidade, ficando assegurados o contraditório e a ampla defesa.

Ainda, em capítulo anterior, vimos que o tombamento é apenas uma das formas de proteção ao patrimônio cultural, por disposição constitucional. Entretanto, por tradição e em face da legislação específica, é o mais importante mecanismo de preservação de bens declarados de valor cultural. Isso porque, é capaz de impor

---

<sup>280</sup> O Estatuto da Cidade utiliza a expressão “imóvel considerado de interesse para fins de preservação”, tendo sentido amplo em consonância com o texto constitucional (“outras formas de acatamento e preservação”). Em sentido contrário, o entendimento de Audrey Gasparini, sustentando que o inciso II, do artigo 35, do Estatuto da Cidade, somente se aplica aos imóveis tombados. Op. cit., pp. 81-82.

restrições ao proprietário, constituindo em obrigação a preservação e a manutenção das qualidades originais da coisa tombada - as outras formas de preservação, como por exemplo, inventários, registros, vigilância e mesmo a desapropriação, não impõem ao proprietário a obrigação de preservação do bem -, além da transcrição do tombamento no Registro de Imóveis, o que traz maior segurança jurídica, pelo conhecimento de terceiros das restrições impostas ao imóvel.

Com a notificação do tombamento provisório, o proprietário não poderá mais alterar o bem. Nessa situação, já poderá pleitear a transferência do potencial construtivo? O tombamento provisório produz os mesmos efeitos que o definitivo, com exceção à transcrição no Registro de Imóveis (artigo 10, parágrafo único, do Decreto-lei n. 25/37). Assim, em face da restrição já imposta e da identificação do bem como de interesse cultural, a transferência do direito de construir poderá ser utilizada. Ressaltamos, porém que, se ao final do processo, o tombamento definitivo não ocorrer, o potencial construtivo transferido não retorna ao imóvel cedente, pois foi efetivamente utilizado em outro local.

Ainda que entendamos ser possível a aplicação fora das hipóteses de tombamento, em situações excepcionais que podem ocorrer em face de imposição legal em caso específico, vamos nos ater às situações de transferência de potencial construtivo de imóveis tombados, diante do objeto de nosso trabalho.

Outra questão que podemos colocar é a possibilidade da transferência de potencial construtivo em face das restrições impostas por tombamento realizado por ente estadual ou federal.

Precisamos lembrar que a transferência do direito de construir não é instituto de aplicação isolada, mas instrumento de política urbana, utilizado para as finalidades anteriormente mencionadas, dentro de um projeto de urbanização e de concretização das funções sociais da cidade. Por isso, ao Poder Público Municipal, cabe equacionar sua aplicação, identificando por qual ou quais áreas o potencial construtivo poderá circular para seu aproveitamento.

Em se tratando de bem tombado pelo próprio Município, a aplicação da transferência de potencial construtivo não se afigura problemática, devendo atender ao procedimento que já descrevemos. Entretanto, o tombamento pode ser feito pelo Estado, pela União, ou mesmo por todos os entes, conforme dissemos em capítulo anterior. No caso de bem imóvel tombado pelo Estado ou pela União é possível ao Município autorizar tal transferência?

Inicialmente, necessitamos trabalhar algumas idéias.

A transferência do potencial construtivo é instrumento de política urbana a ser utilizado pelo Município, segundo o plano diretor, e também se constitui um mecanismo de preservação. Segundo o artigo 23 da Constituição Federal, a União, Estados e Municípios possuem competência material comum para a preservação de bens culturais. Ainda, a Constituição Federal determina o dever do Poder Público, com a colaboração da comunidade, de promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro (artigo 216, § 1º).

Todo bem cultural está inserido num contexto de comunidade local, mesmo que sob o manto de proteção do Estado ou União, e não pode o Município ficar alheio ao seu significado e a necessidade de medidas protetivas. Ao contrário, o Poder Público municipal é aquele que se coloca mais próximo do bem, o que contribui para medidas de preservação mais eficazes.

A transferência do direito de construir não compromete o erário, podendo, nesse sentido, ser utilizada pelo Município como forma de cumprimento de seu dever de preservação do patrimônio cultural.

Por outro lado, das restrições impostas pelo tombamento podem decorrer o dever de indenizar, que se converterá em ônus para o ente que impôs a restrição. Dessa forma, ao Município somente caberá a autorização para a transferência do potencial construtivo, sendo que outros prejuízos deverão ser objeto de ação própria em desfavor do Poder Público que efetuou o tombamento.

Já em face da necessidade de qualificação do bem como de interesse cultural para atender às finalidades do artigo 35 do Estatuto da Cidade, o tombamento, mesmo efetuado em outra esfera da Administração Pública, é título hábil a certificação das qualidades culturais do bem imóvel em questão.

Diante dessas considerações, entendemos que pode o Município autorizar a transferência do direito de construir em razão de restrições impostas ao proprietário de bem tombado pelo Estado ou pela União.<sup>281</sup>

---

<sup>281</sup> Nesse sentido, a legislação do Município de São Paulo que possibilita a transferência do direito de construir para os imóveis enquadrados nas Zonas Especiais de Preservação Cultural (ZEPEC), sendo que se enquadram como ZEPEC os "imóveis ou áreas tombadas ou preservadas por legislação Municipal, Estadual ou Federal" (§ 1º, do artigo 168, da Lei n. 13.430, de 13 de setembro de 2002).

### 5.4.3 Coeficiente de aproveitamento a ser transferido

Outro aspecto a ser analisado é o *quantum* de coeficiente de aproveitamento poderá ser transferido ou alienado.

Em face do encargo de imodificabilidade ao imóvel tombado, seu proprietário não poderá mais construir até o coeficiente básico especificado na lei municipal. Retirando-se o potencial construtivo, há uma diminuição econômica do bem, ainda que parcial, e que deverá ser calculada para efeitos de indenização naquele momento, levando-se em conta o potencial básico, pois como dissemos anteriormente, a construção até este potencial integra o direito de propriedade. Entretanto não se deverá incluir no cálculo o potencial construtivo máximo para a área, que somente poderá se concretizar por meio de outorga onerosa.

Nesse ponto, há necessidade de serem compatibilizados os dois institutos. Se não fosse o tombamento, o proprietário poderia exercer seu direito de construir até o coeficiente de aproveitamento básico determinado para a área. Se desejasse edificar até o coeficiente máximo, não estando incorporado ao seu direito de propriedade esta faculdade, deveria sujeitar-se ao pagamento de contrapartida.<sup>282</sup>

Dessa forma, só poderá ser transferido o direito de construir existente, incorporado ao patrimônio do proprietário e efetivamente não utilizado.<sup>283</sup>

Ressaltamos que o Estatuto da Cidade não determina o *quantum* de potencial construtivo que poderá ser transferido, remetendo à lei municipal específica o estabelecimento das condições para aplicação do instituto (artigo 35, §

---

<sup>282</sup> Estamos tratando de hipótese em que o proprietário não adquiriu por meio de concessão potencial construtivo excedente, pois, nesse caso, a solução seria diversa. Podemos exemplificar: proprietário de imóvel localizado em área com coeficiente de aproveitamento básico 2 e máximo 4; adquire por outorga onerosa do Município potencial construtivo equivalente a 2; possui construção no terreno equivalente a 0,5. Após aquisição do potencial construtivo excedente, o imóvel é tombado. Nesse caso, poderá transferir o correspondente a 3,5 (1,5 referentes à diferença entre o potencial construído e o básico e mais o que adquiriu por outorga).

<sup>283</sup> Audrey Gasparini entende que em casos que tais poderá ser transferido o potencial ocioso. Entretanto, em sentido contrário ao nosso entendimento, considera este em face da construção já existente e do coeficiente de aproveitamento máximo para a área. *Op. cit.*, pp. 89-91. A Lei n. 13.430, de 13 de setembro de 2002, que institui o Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo, assim dispõe no artigo 217: “O Executivo poderá autorizar o proprietário de imóvel urbano, privado ou público, a exercer em outro local passível de receber o potencial construtivo **deduzida a área construída utilizada** quando necessário, nos termos desta lei, ou aliená-lo, parcial ou totalmente, para fins de:” (grifos nossos)

2º). Assim, poderemos encontrar formas diferentes de cálculo em face das legislações municipais, divergindo, inclusive, de nosso entendimento.<sup>284</sup>

Em se tratando de indenização, já dissemos que o prejuízo deve ser real e concreto, mensurado à época do tombamento, não podendo ser considerado dano futuro ou hipotético, ou, ainda, aferido em função de especulação imobiliária.

Nesse panorama, poderá ser transferido coeficiente de aproveitamento resultante da diferença obtida entre o coeficiente de aproveitamento básico e o coeficiente efetivamente construído, ou seja, aquilo que realmente ele poderia edificar, em forma de ampliação da construção, por exemplo, naquele momento, se não fosse o tombamento. A se considerar que o proprietário “poderia” edificar até o coeficiente de aproveitamento máximo é conjectura, inclusive porque dependeria de outorga onerosa.

Podemos exemplificar: em uma área de 1.000 metros quadrados existe uma construção de 200 metros quadrados, tombada em razão de seu valor histórico ou arquitetônico. A área possui coeficiente de aproveitamento básico 1, ou seja, poderá ser construída uma vez a área do terreno. Em razão da impossibilidade de ali ser ampliada a construção existente ou erguida nova edificação, poderá ser autorizada a transferência de potencial construtivo equivalente a 800 metros.<sup>285</sup>

#### 5.4.4 Indenização

A inalterabilidade do imóvel tombado causa uma restrição ao direito de propriedade, no sentido de que o proprietário não poderá tirar total proveito econômico ou comodidade do imóvel, pois lhe é limitado o poder de edificar.

---

<sup>284</sup> Como por exemplo, na legislação do Município de São Paulo, em que o potencial construtivo a ser transferido é resultante da diferença entre o coeficiente de aproveitamento máximo e o equivalente ao coeficiente da área construída.

<sup>285</sup> Ainda nesse sentido o entendimento de Mariana Moreira, ao se referir a transferência do direito de construir de imóvel considerado necessário para implantação de equipamentos urbanos e comunitários: “Imagine-se que esse imóvel já possua uma edificação que é equivalente a duas vezes a área do terreno. Todavia, a legislação (zoneamento) permite que a edificação possa alcançar até três vezes a área total do terreno. Nesse caso, o direito de transferência se limitará a uma vez a área do terreno, isto é, o *quantum* de metragem edílica a ser transferida será apenas o equivalente a uma vez a área total e não a de três vezes, pois uma parte do potencial total permitido já foi utilizado, fato que impede a transferência integral”. *Transferência do direito de construir*, p. 114.

O ato de tombamento pode determinar que o imóvel seja integralmente preservado, resultando para o proprietário a impossibilidade de demolição, novas construções e ampliações, afetando o exercício do direito de construir. Por outro lado, o tombamento pode ser parcial, incidindo apenas sobre aspectos externos, como, por exemplo, a preservação somente da fachada do imóvel. Dessa sistemática decorre que a repercussão econômica será proporcional à restrição imposta pelo tombamento ao direito de construir.

Diante disso, a indenização deve se dar na medida do dano suportado.

Em se tratando de diminuição de utilidade econômica do bem em face do direito de construir, o Município poderá autorizar a transferência do potencial construtivo, fazendo com que o proprietário possa ter o prejuízo reparado integralmente ou reduzido por meio deste instituto.

Se o direito de construir for o único violado em razão das restrições impostas pelo tombamento, a utilização do potencial construtivo em outro imóvel do proprietário ou sua alienação poderá resultar na compensação integral dos danos suportados.

Na primeira hipótese, o proprietário utilizará o potencial construtivo transferido para edificar acima do coeficiente de aproveitamento básico em outro imóvel de sua propriedade. A compensação financeira surgirá da desnecessidade de adquirir tal coeficiente do Poder Público, com o pagamento da outorga, o que lhe dará um melhor aproveitamento econômico do imóvel receptor do direito de construir.

No segundo caso, a compensação financeira será direta com o recebimento do preço da alienação do direito de construir, segundo os cálculos elaborados pelo Município, bem como diante da dinâmica do mercado.

Por outro lado, o proprietário poderá não aceitar as regras para a transferência do direito de construir, preferindo indenização em dinheiro, correspondente ao potencial construtivo que não poderá mais ser utilizado. Isto poderá ocorrer, por exemplo, se os valores apurados a título de potencial construtivo a ser transferido não forem suficientes para a satisfação do proprietário, em face da repercussão econômica sofrida pela restrição. Ou ainda, se as áreas passíveis de recepção forem restritas ou o valor de mercado não for satisfatório para a recomposição financeira.

Dessa forma, ao proprietário assiste o direito de escolher entre ser indenizado em dinheiro ou ter o dano minorado pela transferência do direito de construir, referente à diferença entre o potencial básico e o construído. A se acatar a presença de ambas as formas de indenização incorreríamos em *bis in idem*.

Pode ocorrer que, além da restrição do direito de construir, em face da imodificabilidade do bem, o tombamento imponha outras restrições ao proprietário, envolvendo o uso e gozo do imóvel, podendo gerar direito à indenização. Neste caso, podemos encontrar duas situações: a transferência do direito de construir como indenização pelos prejuízos causados pela compressão deste direito, e a recomposição em dinheiro pelos demais danos advindos da restrição ao uso e gozo do imóvel.

Ainda nesse cenário, a transferência do direito de construir, apesar de indenizar parcialmente o proprietário, poderá se afigurar como forma mais rápida de compensação pelos prejuízos sofridos, seja pela utilização do potencial construtivo em outro local, com a dispensa de contrapartida na outorga, seja pela alienação deste, que converterá o direito de construir em dinheiro, conforme as condições de mercado, por meio de um procedimento mais célere em comparação aos demais prejuízos, que serão objeto de pedido junto ao Poder Judiciário.

Em casos extremos, o tombamento pode provocar o esvaziamento do conteúdo do direito de propriedade. Dessa forma, aniquilando o direito de propriedade, resta ao proprietário a indenização para recompor seu patrimônio, na medida em que foi lesado.

Existe, também, a possibilidade de desapropriação de bem tombado, caracterizada como de utilidade pública, nos termos do Decreto n. 3.365, de 21 de junho de 1941:

Art. 5º. Consideram-se casos de utilidade pública:

(...)

k) a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza.

Nesses casos de desapropriação poderá ser utilizada a transferência do direito de construir?

No texto constitucional, encontramos que a desapropriação se fará com “justa e prévia indenização em dinheiro” (artigo, inciso XXIV). Numa primeira análise, poderíamos afastar a possibilidade de aplicação da transferência do direito de construir na desapropriação.

Entretanto, poderá o Município autorizar a transferência do direito de construir e iniciar o processo de desapropriação do imóvel, sem o coeficiente de aproveitamento. Nesta hipótese teríamos a utilização da transferência do potencial construtivo na integralidade, correspondente ao coeficiente de aproveitamento básico da área, sem considerar eventual edificação no lote, aliada à desapropriação com indenização pelo valor do terreno.

Nessa sistemática, encontramos garantia para o expropriado de reposição de seu patrimônio, ainda que em parte, de forma mais rápida pela utilização do potencial construtivo em outro imóvel ou pela sua alienação. Por outro lado, essa composição com o particular é extremamente favorável ao Poder Público, que atende aos interesses sociais com menor comprometimento do erário.

#### 5.4.5 Cancelamento do tombamento

Outrossim, se houver a transferência do potencial construtivo e posteriormente ocorrer o cancelamento do tombamento, ao imóvel não será restituído o coeficiente de edificabilidade que foi transferido, tendo em vista que o direito foi efetivamente exercido em outro local.

Vamos imaginar um imóvel tombado, localizado em zona de coeficiente de aproveitamento básico 3, possuindo área construída correspondente a coeficiente de aproveitamento 1, tendo sido alienado potencial construtivo não utilizado igual a 2. Houve a extinção do tombamento. Ao proprietário do bem tombado resta a possibilidade de exercer seu direito de construir até o coeficiente de aproveitamento correspondente a 1, ou seja, ele pode demolir o imóvel e nele edificar outro até este limite. Nesse sentido, o potencial construtivo alienado ou utilizado em outro local não retorna ao cedente, por ter sido incorporado em outro imóvel, caracterizando-se ato jurídico perfeito.

Poderá, todavia, adquirir novo potencial construtivo do Poder Público, mediante outorga, caso haja legislação permissiva nesse sentido.

Entretanto, se houver alteração do coeficiente de aproveitamento para a área, em face de modificação na norma urbanística, deverá ser considerado o potencial construtivo determinado pela nova legislação municipal.

Podemos imaginar, inicialmente, a situação de diminuição do índice. Por exemplo: a área possuía coeficiente de aproveitamento 3, o imóvel tombado correspondia a 2, tendo sido transferido potencial construtivo excedente igual a 1. Houve o cancelamento do tombamento. A legislação municipal alterou o coeficiente de aproveitamento da área para 1. O proprietário somente poderá construir o correspondente ao coeficiente de aproveitamento atualmente permitido para a área, ou seja, correspondente a 1. A transferência do direito de construir foi realizada segundo a legislação da época e a nova construção a ser erigida deve obedecer aos ditames das atuais normas urbanísticas. Isto se justifica em razão do direito de construir ser inerente ao direito de propriedade até o coeficiente de aproveitamento básico, que é determinado pelo Poder Público em face das necessidades da coletividade e dos equipamentos urbanos existentes no local.

Por outro lado, poderá haver aumento do coeficiente de aproveitamento. Exemplificamos: a área possuía coeficiente de aproveitamento 2, o imóvel tombado correspondia a 1, tendo sido transferido potencial construtivo excedente igual a 1. Houve o cancelamento do tombamento. A legislação municipal alterou o coeficiente de aproveitamento da área para 4. O proprietário poderá construir 3 vezes a área do terreno, pelas mesmas razões acima expostas – de que o direito de construir é inerente ao direito de propriedade até o coeficiente de aproveitamento básico –: 1, referente ao potencial construtivo do imóvel tombado acrescido de 2, correspondente ao aumento de coeficiente de aproveitamento para a área (antes era 2, passou a ser 4).<sup>286</sup>

Em ambos os casos, podemos visualizar que o coeficiente de aproveitamento transferido não retorna ao imóvel cedente, pois, como dissemos anteriormente, foi efetivamente utilizado em outro local.

---

<sup>286</sup> No mesmo sentido, o entendimento de Audrey Gasparini. *Op. cit.*, pp. 90-91.

#### 5.4.6 Entorno

Tratamos até aqui da possibilidade da transferência do direito de construir ser utilizada como forma de compensação ao proprietário de bem tombado. Entretanto, como vimos em capítulo anterior, os efeitos do tombamento também são sentidos pelos imóveis localizados na área envoltória, pois vocacionados a garantir a ambiência do objeto do tombamento.

Aos proprietários dos imóveis localizados no entorno do bem tombado, são impostas restrições ao seu direito de construir, sendo vedadas construções que comprometam a visibilidade do bem tombado.

Nesse sentido, entendemos ser possível a aplicação da transferência do direito de construir, em face das restrições decorrentes do tombamento, nos termos do artigo 35, inciso II, do Estatuto da Cidade, pois os imóveis localizados na área envoltória, devidamente especificados no ato do tombamento, passam a ser considerados de interesse “interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural”.

Os proprietários de tais imóveis não poderão exercer as faculdades do direito de construir na mesma proporção dos demais localizados na respectiva zona, pois foram destinados a resguardar a fruição do bem tombado.

Para a transferência do potencial construtivo desses imóveis deve ser obedecido o mesmo procedimento anteriormente mencionado.

#### 5.4.7 Doação do imóvel tombado ao Poder Público

As hipóteses que tratamos até aqui não importam em transmissão da propriedade, tão somente da transferência do direito de construir, considerado dissociado daquela. Entretanto, resta-nos mencionar a possibilidade de doação do imóvel tombado ao Poder Público, conforme permissão exarada no § 1º, do artigo 35, do Estatuto da Cidade, resultando na transferência da propriedade do imóvel.

Algumas situações importam na problemática da conservação do bem tombado por parte de seu proprietário que não deseja preservá-lo, quer seja por não dispor de recursos para tal ou por não obter melhor aproveitamento econômico. Assim, reconhece ele na manutenção da propriedade um ônus excessivo, sendo uma tendência usual deixar o bem tombado perecer. Para esses casos, a doação do imóvel ao Poder Público, isentando seu proprietário de tais encargos, com a transferência do direito de construir, pode se tornar proposta atraente e viável economicamente, uma vez que a transmissão da propriedade, sob a ótica do doador, não será efetivamente gratuita, pois terá ele uma compensação financeira advinda da utilização do coeficiente de aproveitamento em outro imóvel, sem a necessidade de outorga onerosa, ou, ainda, pela alienação desse potencial.

O imóvel recebido em doação pelo Poder Público já possui uma destinação específica, na qualidade de bem cultural, sendo que o dever de preservação já existia anteriormente em face de disposição expressa do texto constitucional.<sup>287</sup> Outrossim, a conservação do imóvel diretamente pelo Poder Público poderá resultar em atividades mais eficazes de conservação, uma vez realizada por órgãos técnicos especializados.

## 5.5 Algumas experiências

A transferência do direito de construir foi utilizada em alguns Municípios mesmo antes do advento do Estatuto da Cidade.<sup>288</sup> Alguns deles, como Curitiba por exemplo, mantém a aplicação do instituto sob a égide da Lei anterior, recepcionada pelo novo Plano Diretor, estabelecendo as condições para sua utilização por meio de normas atualizadas; outros, como no caso do Município de São Paulo, em face de novo Plano Diretor Estratégico, elaborado conforme disposição do Estatuto da Cidade, o instrumento ganhou nova disciplina.

---

<sup>287</sup> Audrey Gasparini afirma que “o Poder Público receberá o imóvel sem nenhum gasto e obrigar-se-á a preservá-lo. Não poderá, entretanto, recusar-se a aceitar o bem, uma vez que ele próprio considerou o imóvel necessário para fins de conservação”. *Op. cit.*, p. 84.

<sup>288</sup> Como exemplificamos anteriormente: São Paulo, Belo Horizonte, Salvador e Curitiba.

Iremos apresentar os principais aspectos da aplicação do instituto em tela segundo as legislações dos Municípios citados, especificamente para fins de preservação de bens culturais.

Interessa-nos analisar a aplicação da transferência do direito de construir em Curitiba em face da experiência positiva ao longo de anos na utilização desse instrumento, pois, já em 1982, por meio da Lei n. 6.337, foi instituído incentivo construtivo para a preservação de imóveis históricos, permitindo esta lei construção acima dos limites da legislação em vigor, no próprio terreno ou em regiões previamente especificadas, desde que houvesse o compromisso de restauro do imóvel.<sup>289</sup>

Em Curitiba, a transferência do direito de construir poderá ser utilizada por proprietário de imóvel “impedido de utilizar plenamente o potencial construtivo definido na Lei de Zoneamento e Uso do Solo, por limitações urbanísticas relativas à proteção e preservação do Patrimônio Histórico, Cultural, Natural e Ambiental definidas pelo Poder Público, inclusive tombamento”, conforme artigo 1º, da Lei n. 9.803, de 03 de janeiro de 2000. Essa Lei, que dispõe sobre a transferência de potencial construtivo, foi recepcionada pelo Plano Diretor, Lei n. 11.266, de 20 de dezembro de 2004, e regulamentada pelo Decreto n. 625, de 01 de julho de 2004.

Os imóveis de valor cultural para o Município são considerados Unidades de Interesse de Preservação - UIP - e assim são declarados pela Comissão de Avaliação do Patrimônio Cultural.<sup>290</sup> As Unidades de Interesse de Preservação não poderão ser demolidas, descaracterizadas, mutiladas ou destruídas (artigo 4º, § 1º, do Decreto n. 186, de 29 de março de 2000).

Há um cadastro dos imóveis considerados Unidades de Interesse de Preservação, passíveis da transferência de potencial construtivo, que fica condicionada à realização das obras de restauro e feita em etapas, conforme os trabalhos de preservação são concluídos.

---

<sup>289</sup> Conforme informações do Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano de Curitiba *in* <http://www.ippuc.org.br>.

<sup>290</sup> Esses bens integram o patrimônio cultural do Município de Curitiba, conforme estabelece o § 1º, do artigo 3º, da Lei n. 9.801, de 03 de janeiro de 2000: “§ 1º. Constitui o Patrimônio Cultural, Natural e Ambiental do Município de Curitiba o conjunto de bens existentes em seu território, de domínio público ou privado, cuja proteção e preservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história, quer por seu significativo valor arqueológico, artístico, arquitetônico, etnográfico, natural, paisagístico ou ambiental, tais como: I - unidades de interesse de preservação; (...)”.

A Lei n. 9.803, de 03 de janeiro de 2000, no artigo 6º, dispõe que as transferências de potencial construtivo serão admitidas para os imóveis situados nas zonas e setores especiais, estabelecendo usos e parâmetros máximos para os terrenos que recebem o potencial construtivo, devendo estes imóveis, ainda, atenderem aos demais parâmetros da Lei de Zoneamento e Uso do Solo.

O cálculo do montante de potencial construtivo a ser transferido, cujo resultado será em metro quadrado, utiliza dados do valor do imóvel que transfere, bem como o do que recebe, além do valor do metro quadrado de ambos os imóveis, consoante os critérios de apuração do “Imposto de Transmissão Intervivos de Bens Imóveis”, acrescido de um fator de correção, que varia de acordo com o tipo de atividade, zona ou setor onde se localiza o imóvel receptor, e também da origem do potencial construtivo, com a finalidade de incentivar a transferência para as áreas de maior interesse de adensamento. A fórmula se encontra expressa no § 1º, do artigo 13, do Decreto n. 625, de 29 de março de 2004, que regulamenta a Lei n. 9.803/00.<sup>291</sup>

É possível a consulta às Unidades de Interesse de Preservação que possuem potencial construtivo disponível para alienação junto à Prefeitura Municipal de Curitiba.<sup>292</sup>

O Plano Diretor estabelece que a transferência do direito de construir poderá ser utilizada por proprietário que doar ao Município seu imóvel, ou parte dele, para a “promoção, proteção e preservação do patrimônio histórico cultural, natural e ambiental”, conforme artigo 65, § 2º.

A concessão de potencial construtivo das Unidades de Interesse de Preservação dependerá da apresentação de alvará de restauro, expedido pelo Município. A transferência desse potencial será feita parcialmente e liberada após

<sup>291</sup>

Para o imóvel que recebe o potencial: $\text{Ptr} = \text{Pc} \times \frac{\text{Vmc} \times \text{Cr} \times 1}{\text{Vmr} \times \text{Cc} \times \text{Fc}}$	Para o imóvel que cede o potencial: $\text{Pc} = \text{Ptr} \times \frac{\text{Vmr} \times \text{Cc} \times \text{Fc}}{\text{Vmc} \times \text{Cr}}$
--	---

Onde:

Ptr = Potencial construtivo do imóvel que recebe o potencial;  
 Pc = Potencial construtivo do imóvel que cede o potencial;  
 Vmc = Valor do metro quadrado do imóvel que cede o potencial;  
 Vmr = Valor do metro quadrado do imóvel que recebe o potencial;  
 Cr = Coeficiente de aproveitamento do imóvel que recebe o potencial;  
 Cc = Coeficiente de aproveitamento do imóvel que cede o potencial;<sup>291</sup>  
 Fc = Fator de correção.

<sup>292</sup> Essa consulta por ser feita por meio do endereço eletrônico: [http://www2.curitiba.pr.gov/GTM/PMAT\\_PotencialConstrutivo](http://www2.curitiba.pr.gov/GTM/PMAT_PotencialConstrutivo)

análise da Comissão de Avaliação do Patrimônio Cultural, com base no cronograma físico-financeiro e mediante vistorias de acompanhamento do restauro. Poderá ser autorizada a transferência da primeira parcela de potencial construtivo, não superior a 35% (trinta e cinco por cento) do total, para o início das obras de restauro, limitada a 70 (setenta por cento) durante a execução da obra. A transferência total do potencial construtivo somente será autorizada após a expedição de Certificado de Vistoria e Conclusão de Obra, conforme procedimento estabelecido nos artigos 10 a 12, do Decreto n. 625, de 01 de julho de 2004.

Nos termos do artigo 8º, da Lei n. 9.803/00, a transferência do potencial construtivo será averbada no registro imobiliário competente, à margem da matrícula do imóvel que cede e do que recebe o potencial. Outrossim, da matrícula do imóvel cedente deverá constar também as condições de proteção, preservação e conservação do bem.

Já em São Paulo, a Lei n. 13.430, de 13 de setembro de 2002, que instituiu o Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo, traz, dentre os instrumentos urbanísticos que adotará para o planejamento, controle, gestão e promoção do desenvolvimento urbano a transferência do direito de construir (artigo 198, inciso XXI), sendo o instituto tratado nos artigos 217 a 220. Estabelecendo normas complementares ao Plano Diretor Estratégico foi editada a Lei n. 13.885, de 25 de agosto de 2004, que disciplina a transferência do direito de construir nos artigos 24 a 29.

O Plano Diretor Estratégico disciplina no artigo 217 que a transferência do direito de construir poderá ser utilizada com a finalidade de “preservação, quando for considerado de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural”, repetindo os termos do Estatuto da Cidade.

São passíveis de transferência do direito de construir os imóveis “enquadrados como ZEPEC”, nos termos do artigo 24, inciso I, da Lei n. 13.885/04.

As Zonas Especiais de Preservação Cultural - ZEPEC - são “porções do território destinadas à preservação, recuperação e manutenção do patrimônio histórico, artístico e arqueológico, podendo se configurar como sítios, edifícios ou conjuntos urbanos”, conforme dispõe o artigo 168 do Plano Diretor Estratégico. Enquadram-se como ZEPEC os “imóveis ou áreas tombadas ou preservadas por legislação Municipal, Estadual ou Federal” (§ 1º, do artigo 168).

Com relação aos imóveis receptores, o Plano Diretor Estratégico dispõe que poderão receber potencial construtivo os lotes em que o coeficiente básico puder ser ultrapassado, situados nas Áreas dos Projetos Estratégicos, nas faixas de até 300 (trezentos) metros ao longo dos eixos de transporte público de massa, bem como aqueles situados na área definida por circunferências com raio de até 600 (seiscentos) metros, tendo como centro as estações de transporte metroviário ou ferroviário, excluídas as áreas de Operações Urbanas Consorciadas<sup>293</sup> (artigo 220).

O *quantum* de coeficiente de aproveitamento que poderá ser transferido ou alienado, parcial ou totalmente, será calculado deduzindo-se a área construída, conforme dispõe o artigo 217 do Plano Diretor Estratégico, determinando este, ainda, que “os imóveis enquadrados como ZEPEC, poderão transferir a diferença entre o Potencial Construtivo Utilizado existente e o Potencial Construtivo Máximo” (artigo 219, inciso I).<sup>294</sup>

Outrossim, o Plano Diretor Estratégico determina que o potencial construtivo máximo acumulável por transferência de outros imóveis fica limitado a 50% (cinquenta por cento) do potencial construtivo definido pelo Coeficiente de Aproveitamento Básico do imóvel receptor, nos termos do § 2º, do artigo 220.

A fórmula para cálculo da área construída a ser transferida encontra-se descrita no artigo 26 da Lei n. 13.885/04.<sup>295</sup>

Em se tratando de doação de imóvel ao Município, para a preservação de imóvel de interesse cultural, a transferência do direito de construir poderá ser

<sup>293</sup> Consoante artigo 32, § 1º, do Estatuto da Cidade: “Considera-se operação urbana consorciada o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental”.

<sup>294</sup> Ressaltamos nosso entendimento, exarado nas linhas anteriores, de que o coeficiente de aproveitamento a ser transferido deve ser resultante da diferença entre o coeficiente básico da área e a edificação existente (coeficiente utilizado).

<sup>295</sup>  $Acr = (Vtc / Vtr) \times (CAr / CAc) \times PCpt$

Onde:

Acr = Área construída equivalente a ser recebida.

Vtc = Valor do m2 de terreno cedente, determinado na PGV.

Vtr = Valor do m2 de terreno receptor determinado na PGV.

CAr = Coeficiente de aproveitamento básico do terreno receptor.

CAc = Coeficiente de aproveitamento básico do terreno cedente.

PCpt = Potencial construtivo do terreno cedente passível de transferência para o terreno receptor.

§ 1º - O PCpt quando houver necessidade de descontar a parcela de área construída existente no imóvel passa a ser calculado pela seguinte fórmula:

$PCpt = (ATc \times CAc) - Ach$

Onde:

ACh = área já construída no terreno cedente a ser descontada do seu potencial Construtivo

utilizada (artigo 217, parágrafo único, do Plano Diretor Estratégico). Havendo interesse no recebimento do imóvel em doação, ao proprietário será expedido certificado do potencial construtivo transferível do imóvel doado, calculado conforme fórmula descrita no artigo 26, § 2º, da Lei n. 13.885/04.<sup>296</sup>

Ainda, segundo a Lei n. 13.885/04, o potencial construtivo poderá ser negociado no todo ou em parte, para um ou mais lotes, e ao ser transferido fica vinculado ao imóvel receptor, não sendo admitida nova transferência (artigo 27).

O controle da transferência do direito de construir estará a cargo da Secretaria Municipal de Planejamento Urbano, que deverá manter registro de todas as transferências de potencial construtivo e se dará mediante a expedição de declaração de potencial construtivo transferível ao proprietário do imóvel enquadrado como Zonas Especiais de Preservação Cultural - ZEPEC -, bem como certidão de potencial construtivo transferido, ao proprietário do imóvel receptor. Para a referida declaração, deverá ser apresentado instrumento público de cessão do potencial construtivo transferido, averbado no Cartório de Registro de Imóveis, na matrícula do imóvel cedente (artigo 28, da Lei n. 13.885/04).

Dessa forma, leis municipais específicas traçam o perfil do instituto segundo as necessidades locais e a conveniência da forma de aplicação da transferência do direito de construir.

---

<sup>296</sup> a) Para os imóveis sem edificação ou que tiverem um coeficiente de aproveitamento inferior ou igual ao básico, deve ser aplicada a seguinte fórmula:

$$PCdpt = ATd \times CAd \times Fi$$

onde:

PCdpt = potencial construtivo do imóvel doado passível de transferência.

ATd = área do terreno do imóvel doado.

CAd = coeficiente de aproveitamento básico do imóvel doado.

Fi = fator de incentivo à doação fixado em 1,3.

b) Para os imóveis com edificação e que tiverem um coeficiente de aproveitamento existente maior que o coeficiente básico:

$$PCdpt = ACd \times Fi$$

onde:

ACd = área construída do imóvel, conforme consta no documento de cobrança do IPTU do Município.

## CONCLUSÕES

A preservação dos bens culturais, dever do Poder Público com a colaboração da comunidade, recebeu tratamento diferenciado pela Constituição Federal de 1988, que caracterizou o patrimônio cultural brasileiro como conjunto de bens portadores de valores culturais, delimitados à identidade, à ação e à memória dos grupos formadores da sociedade brasileira.

O Decreto-lei n. 25, de 30 de novembro de 1937, dispõe que pertencem ao patrimônio histórico e artístico nacional aqueles bens vinculados a fatos memoráveis da história, de excepcional valor ou de feição notável. Assim, somente aqueles abrangidos pelo ato administrativo do tombamento são considerados pertencentes ao patrimônio histórico e artístico nacional. Em face da nova ordem jurídica instalada pela Constituição Federal, entendemos que o Decreto-lei n. 25/37, neste aspecto, não foi recepcionado, uma vez que o tombamento é apenas uma das formas de proteção, bem como a expressão patrimônio cultural é mais abrangente do que a terminologia utilizada pelo mencionado Decreto-lei.

O Constituinte de 1988, dessa forma, foi além das disposições anteriores e tratou do patrimônio cultural sob nova ótica, desde a essencialidade do meio ambiente em todas as suas formas, passando pela preocupação com a pluralidade das manifestações culturais do povo brasileiro, até a prescrição de mecanismos de preservação, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas.

Algumas ações constitucionais podem ser utilizadas como instrumentos para a proteção e preservação do patrimônio cultural: Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, Ação Popular, Ação Civil Pública.

Dentre os instrumentos de proteção do patrimônio cultural, o tombamento, ato administrativo por meio do qual o Poder Público impõe uma série de restrições à propriedade com o escopo de proteger um bem cultural, se afigura como o mais importante e o mais utilizado.

O tombamento, igualmente, traz restrições aos imóveis localizados em seu entorno, com a finalidade de garantir a ambiência do bem cultural preservado. A delimitação da área envoltória e as restrições à propriedade devem ser analisadas em cada caso concreto, constando do ato administrativo do tombamento.

Com relação a sua natureza jurídica, entendemos que o tombamento possui um regime jurídico próprio, em face das restrições ao direito de propriedade.

Consoante o texto constitucional, artigo 216, § 1º, o Poder Público tem o dever de preservar o patrimônio cultural. Constatamos, assim, a competência material comum de todos os entes federativos, com fundamento no artigo 23, incisos III e IV, da Constituição Federal. No que se refere à competência legislativa sobre a matéria, pelo artigo 24, inciso VII, a União, os Estados e o Distrito Federal têm competência concorrente para legislar sobre a proteção do patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico, cabendo à União o estabelecimento de normas gerais e aos Estados a competência suplementar. Assim, os Estados poderão exercer competência legislativa suplementar com relação ao tombamento, dentro de seus territórios, a fim de preservar os bens culturais de seu interesse. A competência do Município para legislar sobre o assunto em tela está fundamentada no “interesse local” expresso no artigo 30, inciso I.

A autoridade competente poderá, motivadamente, decidir pelo não tombamento do bem, ao menos naquele momento. Essa análise discricionária envolve não somente os critérios de conveniência e oportunidade, mas também de razoabilidade e proporcionalidade, pois diante do interesse público de preservação do bem, de outros interesses públicos relevantes na situação concreta e de outras formas de proteção. Entretanto, se razões de ordem pública não existirem, deverá ser determinado o tombamento como instrumento protetivo.

Da mesma forma, o cancelamento do tombamento somente poderá ocorrer se assim o exigir o interesse público, no caso específico, e não em face de interesse particular do proprietário que se insurge contra o tombamento.

Para que se concretize o tombamento deve ser observado o devido processo legal, garantindo-se o contraditório e a ampla defesa, o que poderá ser analisado pelo Poder Judiciário. Outrossim, ao Poder Judiciário não é dado apreciar os critérios de valoração e, assim, determinar essa forma de preservação ou, ainda, modificar tal ato administrativo, cancelando o tombamento.

As restrições impostas pelo tombamento estão fundamentadas no princípio da função social da propriedade, nesse caso, para garantir a preservação do bem cultural.

Tais restrições vão incidir sobre o conteúdo do direito de propriedade, no sentido de criar obrigações quanto à forma de utilização do bem, da percepção de seus frutos e da impossibilidade de alteração de sua substância.

Um dos maiores problemas relacionados ao tombamento é a indenização, pois, muitas vezes, se torna difícil mensurar o prejuízo causado ao proprietário ou a dimensão da restrição à utilização do bem tombado.

Dessa forma, não é somente a alegação de um prejuízo o fundamento para uma indenização resultante do ato de tombamento.

Entendemos que o tombamento é sacrifício de direito, uma vez que limita, diminui a fruição de um ou mais elementos do conteúdo do direito de propriedade, mas, para que possamos falar em indenização há necessidade da ocorrência de um gravame econômico. Nesse sentido, a indenização não se dá em face da natureza jurídica do tombamento, mas em razão de um prejuízo real e concreto experimentado pelo proprietário no momento do tombamento.

Dentre as formas de indenização que poderão ser utilizadas temos a transferência do direito de construir. Esse instituto foi criado como uma forma de compensação ao proprietário de bem imóvel que, em face de restrições impostas pelo Poder Público, não pode exercer seu direito de construir na totalidade do coeficiente de aproveitamento determinado pela legislação urbanística para o local.

Nesse panorama, ao traçar o perfil do direito de propriedade, o ordenamento jurídico deve compatibilizar o exercício das faculdades de proprietário com os interesses coletivos, principalmente em face do direito de construir. Este é inerente ao direito de propriedade até o limite do coeficiente de aproveitamento básico determinado pela legislação urbanística municipal, sendo que pode ser considerado apartado do direito de propriedade ao ser exercido acima do coeficiente básico, em que deverá ser adquirido da municipalidade (o direito de construir acima do coeficiente básico pertence à coletividade).

O instituto foi acolhido pelo ordenamento jurídico, apesar de algumas experiências anteriores, por meio do Estatuto da Cidade, que disciplina a transferência do direito de construir em seu artigo 35, integrando as normas gerais

de ordenação urbana, podendo ser implementado por todos os Municípios, mediante inclusão no plano diretor e lei específica estabelecendo as condições de aplicação.

A lei instituidora da transferência do direito de construir deverá identificar os imóveis declarados de interesse de preservação; em face da Lei de Zoneamento, deverão ser identificadas áreas que poderão receber potencial construtivo em razão do interesse social ou zonas especiais de interesse para preservação ou adensamento, bem como deverá mensurar ou trazer de forma clara como será aferido o valor do potencial construtivo transferível.

No caso dos imóveis que sofreram a restrição ao direito de construir, consoante as hipóteses descritas no Estatuto da Cidade, poderá ser transferido coeficiente de aproveitamento resultante da diferença obtida entre o coeficiente efetivamente construído e o coeficiente de aproveitamento básico, uma vez que devemos compatibilizar os institutos da transferência do direito de construir e da outorga onerosa.

Apesar de entendermos não ser imprescindível o tombamento para a aplicação do instituto em tela, o tombamento se afigura como o mais importante mecanismo de concretização da defesa da memória cultural, pois capaz de impor a obrigatoriedade de conservação, e o melhor instrumento para a qualificação do bem como de interesse cultural, diante da possibilidade de participação do proprietário no processo administrativo precedente à inscrição do bem no livro do tomo, ficando assegurados os princípios do contraditório e da ampla defesa. Além disso, a obrigatoriedade de transcrição do tombamento no Registro de Imóveis traz maior segurança jurídica.

O tombamento provisório produz os mesmos efeitos que o definitivo, com exceção à transcrição no Registro de Imóveis (artigo 10, parágrafo único, do Decreto-lei n. 25/37). Assim, em face da restrição já imposta e da identificação do bem como de interesse cultural, a transferência do direito de construir poderá ser utilizada com o tombamento provisório.

Entendemos que o Município pode autorizar a transferência do direito de construir em razão de restrições impostas ao proprietário de bem tombado pelo Estado ou pela União.

Se em razão do tombamento a única restrição imposta ao proprietário se referir ao direito de construir, a transferência desse direito poderá compensá-lo integralmente, ou, ainda, minorar o dano. Pode ocorrer, outrossim, que o

tombamento imponha outras restrições, envolvendo o uso e gozo do imóvel. Nessa situação, podemos encontrar a transferência do direito de construir, como indenização parcial pela compressão deste direito, e a recomposição em dinheiro pelos demais prejuízos advindos do uso e gozo do imóvel.

Por outro lado, se a restrição imposta esvaziar o próprio direito de propriedade, nos aproximamos da desapropriação indireta. Nesse caso, poderá o Município autorizar a transferência do direito de construir e iniciar o processo de desapropriação do imóvel, sem o coeficiente de aproveitamento. Teríamos a utilização da transferência do potencial construtivo na integralidade, correspondente ao coeficiente de aproveitamento básico da área, aliada à desapropriação com indenização pelo valor do terreno.

Outrossim, se houver a transferência do potencial construtivo e posteriormente ocorrer o cancelamento do tombamento, ao imóvel não será restituído o coeficiente de edificabilidade que foi transferido, uma vez que o direito foi efetivamente exercido em outro local, caracterizando-se ato jurídico perfeito. Poderá o proprietário, todavia, adquirir novo potencial construtivo do Poder Público, mediante outorga, caso haja legislação permissiva nesse sentido.

A transferência do direito de construir poderá ser aplicada em face das restrições impostas ao entorno e decorrentes do tombamento, nos termos do artigo 35, inciso II, do Estatuto da Cidade, pois os imóveis localizados na área envoltória, devidamente especificados no ato do tombamento, passam a ser considerados de interesse “interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural”.

Poderá ocorrer, ainda, a doação do imóvel protegido ao Poder Público, nas situações permitidas pelo Estatuto da Cidade e pela lei municipal, isentando seu proprietário dos encargos de preservação, com a transferência do direito de construir. Essa proposta pode se tornar viável economicamente, uma vez que a transmissão da propriedade, sob a ótica do doador, não será efetivamente gratuita, pois terá ele uma compensação financeira advinda da utilização do coeficiente de aproveitamento em outro imóvel, sem a necessidade de outorga onerosa, ou, ainda, pela alienação deste potencial. Por outro lado, o imóvel recebido em doação pelo Poder Público já possui uma destinação específica, na qualidade de bem cultural, sendo que preexiste o dever de preservação, em face de disposição expressa do texto constitucional.

Diante dessas considerações, a transferência do direito de construir pode se tornar importante instrumento de atuação concreta do Poder Público em face de seu dever de preservação dos bens culturais, constituindo-se em uma das soluções para a problemática da indenização do tombamento. Se por um lado o proprietário do bem tombado encontra compensação financeira para a conservação do bem, em face da eliminação ou redução dos danos, a comunidade se beneficia com a preservação, sem que o Poder Público onere diretamente seus cofres.

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 4ªed. São Paulo: Martins Fontes. 2000.

AGUIAR, Joaquim Castro. *Direito da cidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

ALMEIDA, Manuel Antonio de. *Memórias de um sargento de milícias*. São Paulo: Ática, 1979.

APARICIO, José Millaruelo. La conservación del patrimonio en el derecho privado. *In: APARICIO, José Millaruelo; REBOLLO, Enrique Orduña (Coord.). Patrimonio artístico: protección de conjuntos y edificios históricos*. Buenos Aires: Ciudad Argentina. 2000.

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

\_\_\_\_\_. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

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 Bastos Editora, 2002.

BATISTA, Marta Rossetti (Org.). *Revista do patrimônio histórico e artístico: Mário de Andrade*. N. 30/2002. Brasília: IPHAN, 2002.

BLANC, Priscila Ferreira. *Plano diretor urbano & função social da propriedade*. Curitiba: Juruá, 2004.

BOSI, Alfredo. *Cultura brasileira: temas e situações*. São Paulo: Ática, 2004.

CARNEIRO, Ruy de Jesus Marçal. *Organização da cidade*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

Carta encíclica *Mater et Magistra*. PAPA JOÃO XXIII. 12ª ed. São Paulo: Paulinas, 2004.

Carta encíclica *Rerum Novarum*. PAPA LEÃO XIII. 14ª ed. São Paulo: Paulinas, 2004.

CARVALHO, Afrânio de. *O tombamento de imóveis e o Registro*. RT 672/73.

CASSIRER, Ernest. *Ensaio sobre o homem: Introdução a uma filosofia da cultura humana*. Tradução de Tomás Rosa Bueno. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B. Tombamento e dever de indenizar. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 709, pp. 34-41, nov/1994.

COSTONIS, John J. *Space adrift: Landmark preservation and the marketplace*. Chicago: University of Illinois Press, 1974.

\_\_\_\_\_. O solo criado. In: *O solo criado/Carta do Embu*. São Paulo: Fundação Prefeito Faria Lima, 1977.

CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

\_\_\_\_\_. Tombamento I. In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 74. São Paulo: Saraiva, 1977.

\_\_\_\_\_. *Direito romano moderno: introdução ao direito civil brasileiro*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

\_\_\_\_\_. *O Estado e a obrigação de indenizar*. São Paulo: Saraiva, 1980.

CURY, Isabelle (Org.). *Cartas patrimoniais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: IPHAN, 2004.

DALLARI, Adilson Abreu. *Desapropriações para fins urbanísticos*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

\_\_\_\_\_. Tombamento. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 86.

\_\_\_\_\_. Novos aspectos da função social da propriedade no direito público. *Revista de Direito Público*, v. 84, 1987.

\_\_\_\_\_. 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.

DELLA TORRE, Maria Benedita Lima. *O homem e a sociedade: uma introdução à sociologia*. 13ª ed. São Paulo: Ed. Nacional, 1985.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Servidão administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

\_\_\_\_\_. *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.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito civil brasileiro*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

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

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Desapropriação e urbanismo*. São Paulo: RT, 1981.

\_\_\_\_\_. *Disciplina urbanística da propriedade*. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

FIGUEIREDO, Marcelo. Considerações a respeito da “outorga onerosa” (solo criado) no Projeto de Lei n. 5.788, de 1990. *In: Revista Trimestral de Direito Público*, n. 32, pp. 135-147, 2000.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *Estatuto da Cidade comentado: Lei 10.257/2001 Lei do meio ambiente artificial*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

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.

GARCIA, Maria. *Limites da ciência: A dignidade da pessoa humana. A ética da responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

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

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

\_\_\_\_\_. *O Estatuto da Cidade*. São Paulo: Editora NDJ, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direito administrativo*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

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.

GRIGARAVICIUS, Maria Delia Pereiro de. *Dano ambiental en el medio ambiente urbano: un nuevo fenómeno econômico en el siglo XXI*. Buenos Aires: La Ley, 2001.

GUERRA, Maria Magnólia L. *Aspectos jurídicos do uso do solo urbano*. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 1981.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 10ª ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

\_\_\_\_\_. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário eletrônico*.

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

LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006.

LEAL, Rogério Gesta. *A função social da propriedade e da cidade no Brasil: aspectos jurídicos e políticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

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

\_\_\_\_\_. *Direito urbanístico: condições e possibilidades da constituição do espaço urbano*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MACRUZ, João Carlos, MACRUZ, José Carlos, MOREIRA, Mariana. *O Estatuto da Cidade e seus instrumentos urbanísticos*. São Paulo: LTr, 2002.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao direito de propriedade: de acordo com o Código Civil de 2002 e com o Estatuto da Cidade*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

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.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Outorga onerosa 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.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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.

MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: doutrina - jurisprudência – glossário*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

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.

MUÑOZ, Guilherme. *Derecho de propiedad, urbanismo y principio de legalidad*. RDP 90/11

MUKAI, Toshio. *O Estatuto da Cidade: Anotações à Lei n. 10.257, de 10-7-2001*. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. *Direito urbano-ambiental*. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2002.

\_\_\_\_\_. A degradação do patrimônio histórico cultural. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, pp. 33-79, out./dez., 2003.

NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da. *Direito do patrimônio cultural: legislação*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2006.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PINHO, Evangelina; BRUNO FILHO, Fernando Guilherme. Da transferência do direito de construir. In: MATTOS, Liana Portilho (Org.) *Estatuto da cidade comentado*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

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

PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteção ao patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1987.

RECA, Ricardo Pablo. *Derecho urbanístico*. Buenos Aires: La Ley, 2002.

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

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: A formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

RICHTER, Rui Arno. *Meio ambiente cultural: Omissão do Estado e tutela judicial*. Curitiba: Juruá, 2003.

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 Galvéias 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.

ROLNIK, Raquel. Outorga onerosa e transferência do direito de construir. In: OSÓRIO, Letícia Marques (Org.). *Estatuto da cidade e reforma urbana: Novas perspectivas para as cidades brasileiras*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. Direito de propriedade e direito de construir. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, pp. 93-00, jul/set/1994.

SAULE JR., Nélon. *Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro. Ordenamento constitucional da política urbana*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

SILVA, Fernando Fernandes da. *As cidades brasileiras e o patrimônio cultural da humanidade*. São Paulo: Peirópolis, 2003.

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

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional positivo*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direito ambiental constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direito urbanístico brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. *Comentário contextual à Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. Curitiba: Juruá, 2006.

SHWARTZ, Jorge (Org.). *Caixa modernista*. São Paulo/Belo Horizonte: Edusp/Imprensa Oficial do Estado de São Paulo/Editora UFMG, 2003.

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.

\_\_\_\_\_. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1997.

\_\_\_\_\_. Condicionamentos e sacrifícios de direitos – distinções. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 4, pp. 79-83, 1993.

\_\_\_\_\_. Discricionariedade e revogação do ato administrativo. *Revista de Direito Público*, n. 79, pp. 132-138.

TELLES, Antônio a. Queiroz. *Tombamento e seu regime jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

\_\_\_\_\_. Breves notas sobre o tombamento. *In: Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, n. 3, pp. 21-36, 1997.

TEYSSIER, Paul. *História da língua portuguesa*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

VITRAL, Lorenzo. Língua geral versus língua portuguesa. *In: MATTOS E SILVA, Rosa Virgínia (Org.). Para a história do português brasileiro*. Vol. II, Tomo II. São Paulo: Humanitas, 2001.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Vol. 1. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999.