

AUDREY GASPARINI

**O TOMBAMENTO E A
TRANSFERÊNCIA DO DIREITO DE CONSTRUIR**

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 Adilson Abreu Dallari.

PUC/SÃO PAULO

2005

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Adilson Abreu Dallari pela preciosa orientação dispensada durante a elaboração deste trabalho, tornando possível sua realização.

Ao Tribunal Regional Federal da Terceira Região e à Justiça Federal de Primeira Instância de São Paulo, pela oportunidade de participar do Programa de Estímulo ao Aperfeiçoamento dos Magistrados da Terceira Região.

Aos funcionários da Primeira Vara Federal de Santo André por todo incentivo recebido.

Ao meu irmão Yatyr, pela revisão.

ABSTRACT

The present dissertation aims to analyze the two institutions of the Urbanistic Law, namely the recording as historic site and the transfer of the right to build.

After analyzing the protection for property right and historic site, in the Brazilian Constitutions and the infraconstitutional legislation, the two institutions will be studied in different chapters. It will be discussed the elements of each one, as well as the different understandings adopted by the doctrine concerning some aspects of the recording as historic site and the transfer of the right to build.

Reading the third and fourth chapters, it is noticeable that the institutions are complementary, since they make possible the preservation of the historic site through the recording and the reduction of loss, occasionally suffered by its owner, with the transfer of the right to build. Thus, the right to build restricted with the recording as historic site can be used by the owner in another property or sold to a third party.

The last chapter is about some conflicts resulting from the simultaneous use of those instruments. Whenever is possible, such conflicts must be predicted by the legislator. This study is indispensable as their mutual application enables a situation forbidden by the Federal Constitution, in other words, the non compliance with the social function of property.

RESUMO

A presente dissertação tem por objetivo a análise de dois institutos do Direito Urbanístico, a saber, o tombamento e a transferência do direito de construir.

Após a análise da proteção ao direito de propriedade e ao patrimônio histórico, tanto nas constituições brasileiras quanto na legislação infraconstitucional, serão estudados, em capítulos distintos, os dois institutos, oportunidade em que se discutirá os elementos de cada um, bem como apontados os diversos posicionamentos adotados pela doutrina em relação a alguns aspectos do tombamento e da transferência do direito de construir.

Da leitura dos terceiro e quarto capítulos, perceber-se-á que os instrumentos se complementam, pois permitem a preservação do patrimônio histórico por meio do tombamento e a diminuição dos prejuízos econômicos eventualmente sofridos pelo proprietário do bem tombado com a utilização da transferência do direito de construir. Neste passo, o potencial de

construção tolhido com o tombamento poderá ser utilizado em outro imóvel do mesmo proprietário ou vendido para terceiro.

O último capítulo aborda alguns conflitos decorrentes da utilização simultânea dos dois instrumentos, conflitos estes que de devem, sempre que possível, ser previstos pelo legislador. Este estudo torna-se indispensável à medida que é possível que sua aplicação conjunta provoque uma situação vedada pela Constituição Federal, qual seja, o não cumprimento da função social da propriedade.

SUMÁRIO

	Pág.
INTRODUÇÃO	01
1. BREVE HISTÓRICO SOBRE A PROPRIEDADE	03
2. A PROTEÇÃO LEGAL DA PROPRIEDADE	15
2.1. Nas Constituições Brasileiras	15
2.2. Na Legislação Infraconstitucional	33
3. TOMBAMENTO	38
3.1. Patrimônio Histórico	38
3.2. Patrimônio Histórico e as Constituições Brasileiras	48
3.3. Decreto-lei Federal nº 25, de 30 de novembro de 1937	51
3.3.1. Conceito de Tombamento	53
3.3.2. Natureza Jurídica do Tombamento	54
3.3.3. Indenização no Tombamento	68
3.3.4. Efeitos do Tombamento	74
3.3.5. Função Social da Propriedade e Tombamento	78
4. TRANSFERÊNCIA DO DIREITO DE CONSTRUIR	81
4.1. Direito de Construir	81
4.2. Transferência do Direito de Construir	84
4.2.1. Origem	88

	8
4.2.2. Fundamento	91
4.2.3. Inciso II do Artigo 35 do Estatuto da Cidade	95
5. TOMBAMENTO e TRANSFERÊNCIA DO DIREITO DE CONSTRUIR:	
Pontos Conflitantes	
103	
5.1. Colocação do Problema	103
5.2. Pontos Conflitantes	
103	
5.2.1. Extinção do Motivo do Tombamento	104
5.2.2. Abrangência do Artigo 35 do Estatuto da Cidade	110
5.2.3. Transferência do Direito de Construir e Indenização pelo Tombamento	
113	
5.2.4. Transferência do Direito de Construir e Prazo para Pagamento de Indenização pelo Tombamento	115
CONCLUSÕES	116
BIBLIOGRAFIA	123

INTRODUÇÃO

A noção de propriedade remonta à época da fixação do homem no solo, após a descoberta da agricultura e da pecuária. À medida que a coletividade vai se organizando e regras jurídicas são impostas e obedecidas, o direito de propriedade passa a ser uma garantia do homem. Esta garantia, a princípio, é individual, protegendo o proprietário de seus pares e do próprio Estado. Entretanto, com o aumento da densidade demográfica e a conscientização de que a propriedade, ainda que privada, deva ser usufruída não só em benefício do particular mas sim de toda a coletividade, o direito de propriedade passa a ser protegido desde que cumpra uma função social.

Várias são as formas da propriedade cumprir sua função social. A propriedade pode servir para moradia ou trabalho, por exemplo. Dentre todas estas formas, está a propriedade que tem a função de preservar a memória e a cultura de um povo em determinada época. Será por meio do patrimônio histórico que as gerações futuras poderão conhecer a cultura das gerações passadas e entender os caminhos percorridos até o presente.

A presente dissertação tem por objetivo o estudo de dois institutos do direito urbanístico, quais sejam, o tombamento e a transferência do direito de construir. Partindo-se da evolução do direito de propriedade, bem como de sua proteção constitucional e legal, ambos serão analisados bem como as implicações que poderão ocorrer com sua utilização em conjunto.

O primeiro capítulo tem caráter histórico. Tratar-se-á da análise de documentos como a Magna Carta e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no que tange à proteção da propriedade, localizando-os dentro do contexto histórico a que pertencem.

O segundo capítulo trará a proteção ao direito de propriedade nas Constituições Brasileiras e na legislação infraconstitucional. Ao mesmo tempo que existe a proteção ao direito de propriedade verificar-se-á que este direito não é absoluto, pois pode ser mitigado em razão de interesse público e desde que exista lei disciplinando o tratamento a ser dado ao direito de propriedade. Por esta razão, serão analisadas algumas das principais normas jurídicas que ao longo do tempo e sob as diversas constituições brasileiras que se sucederam, deram contornos ao direito de propriedade.

No terceiro capítulo, o enfoque será o tombamento. O ordenamento jurídico brasileiro, em 30 de novembro de 1937, foi enriquecido pelo Decreto-lei Federal nº 25, que cuida especificamente da proteção ao patrimônio histórico. Antes do estudo específico desse diploma legal, será analisado como a comunidade internacional e as constituições brasileiras tratam os bens dignos de preservação. Da análise do tombamento, dois pontos merecerão maior destaque: a questão de sua natureza jurídica e o direito a indenização.

No quarto capítulo, a tônica será a transferência do direito de construir. Iniciando-se pelo próprio direito de construir, este capítulo analisará o instituto concentrado-se, a análise, na possibilidade de transferência do potencial de construção em caso de imóveis tombados.

No quinto e último capítulo serão analisados eventuais pontos de conflito que poderão ocorrer quando da aplicação conjunta dos dois instrumentos urbanísticos. As hipóteses lançadas não têm a pretensão de serem exaustivas, mas já assinalam que se não forem consideradas, será possível a existência de propriedades que não tenham como cumprir sua função social, em afronta à Constituição Federal.

1. BREVE HISTÓRICO SOBRE A PROPRIEDADE

No início dos tempos, as terras pertenciam a quem nelas habitasse. Os homens, ditos primitivos, habitavam, aleatoriamente, quaisquer territórios aproveitando os recursos que cada local oferecia. Eram nômades por excelência e tinham como objetivo a sobrevivência de seu grupo por meio da cultura do extrativismo. À medida que os recursos naturais acabavam em um determinado local, todo o grupo partia para outra região mais abastada. Com a descoberta da agricultura e da criação de gado, os homens tenderam a se fixar em localidades onde era possível a manutenção da coletividade sem a mudança periódica. Tem-se, a partir de então, a formação de aglomerados humanos os quais, dependendo do trabalho empregado pelos próprios habitantes, tornam-se núcleos urbanos que oferecem condições de fixação.

Uma vez fixados, os homens começam a defender seu próprio espaço, individualmente. Roma foi o berço da propriedade privada que “se fundava inteiramente na religião. Três coisas estavam inteiramente interligadas: a religião doméstica, a família e o direito de propriedade. O lar, que se confunde com os antepassados (designados como heróis, lares, manes ou penates) era instalado em um determinado lugar com ânimo definitivo,

enquanto houvesse alguém da família para manter o culto. Assim, o lar toma posse do solo, e a família, que por dever religioso deve ficar ao redor de seu altar, fixa-se ao solo como o próprio lar, estabelecendo-se, portanto, um vínculo entre o solo e a família.”¹ Como se percebe, a propriedade privada teve início enquanto propriedade familiar, cuja natureza é dupla, pois ao mesmo tempo que pertence a um grupo, é individualizada .

Com a decadência de Roma, a propriedade vai perdendo gradativamente seu aspecto religioso. As constantes invasões externas sofridas pelo Império Romano foram o fator principal para atrair àqueles que possuíam poder econômico e meios adequados para fazer a terra produzir, garantindo a sobrevivência de outras pessoas, grupos menos providos que se submetiam a trabalhar em troca de proteção e sustento. Inicia-se, assim, o Feudalismo, onde os mais poderosos tornam-se os senhores dos feudos² e mantêm, a eles subordinados, trabalhadores rurais (servos e vassalos) que fazem a terra efetivamente produzir. Nesta época, percebe-se uma divisão na propriedade, ou seja, o senhor feudal tinha o domínio da terra e dos meios de produção e os servos e vassalos tinham o domínio útil da gleba. Este período é conhecido como Alta Idade Média, momento em que o Feudalismo tem seu auge.

¹ Adilson Abreu Dallari, *Desapropriações para fins Urbanísticos*, p.29.

² Extensa área agrícola, auto-suficiente.

Porém, paralelamente aos senhores feudais e trabalhadores rurais, começa a surgir um grupo de pessoas que se dedica ao comércio. No início, este comércio era inexpressivo, praticamente baseado na troca, dada a auto-suficiência dos feudos e à falta de moeda circulante. Mas, gradativamente, a classe burguesa dos comerciantes vai tomando força e tudo passa a ser objeto de comércio. Não só os produtos agrários são comercializados mas a própria terra passa a ser objeto de compra e venda. Neste momento, a moeda é introduzida no meio mercantil, facilitando as negociações. Com o fim das invasões bárbaras, inicia-se um processo de desestruturação das propriedades feudais, pois já não é mais necessária tanta proteção. As propriedades rurais tendem a não ser mais auto-suficientes e a participar de modo mais incisivo do comércio, comprando produtos que lhes faltam e vendendo seus excedentes. Esta época é conhecida como Baixa Idade Média.

Em consequência à desestruturação dos feudos, os monarcas procuram readquirir seus poderes, dos quais estavam despojados em razão da descentralização feudal. Para tanto, necessitavam de dinheiro para organizar seus exércitos e ainda, para manter os privilégios da nobreza. Os reis passam, então, a exigir tributos dos antigos senhores feudais, além, é claro, dos tributos que também são pagos pelo povo.

Na Inglaterra, porém, o poder absoluto do rei começou a ser questionado. No início do século XIII, o rei João Sem Terra (1199-1216) tem sua autoridade minada por constantes disputas com a Igreja e derrotas bélicas. Porém continuava a exigir cada vez mais tributos dos barões feudais, na tentativa de manter-se soberano. Ocorre que, em 1215, os barões feudais, em revolta armada, tomaram Londres, propondo a assinatura de um acordo com o intuito de finalizar as hostilidades existentes e ainda, disciplinar a exigência de tributos pela Coroa. Este acordo ficou conhecido como *Magna Carta*. Por este ato, reconheceu-se certos privilégios e direitos aos barões feudais e à própria Igreja, os quais não poderiam ser alterados pelo monarca. O monarca, inclusive, tornou-se submisso às normas impostas pela *Magna Carta* e também a direitos subjetivos reconhecidos no mesmo documento. Este documento é um ato de reação que limitava a autoridade do rei em benefício das liberdades, ou melhor, dos privilégios da Igreja e dos barões. Entretanto, como obrigava o rei a prometer que não imporia nenhum imposto sem o comum consenso do reino, a *Magna Carta* abriu um precedente para o desenvolvimento constitucional e democrático.

Especificamente sobre o direito de propriedade, a *Magna Carta* ressaltou que “os xerifes e bailios só poderão adquirir colheitas e quaisquer outras coisas mediante pagamento imediato; que não poderão

servir-se dos cavalos ou dos carros de algum homem livre sem o seu consentimento; que ninguém se apoderará das bolsas de alguém para serviços dos castelos, contra a vontade do respectivo dono; que se alguém tiver sido esbulhado sem julgamento legal dos seus pares, das terras, castelos, privilégios ou direitos estes ser-lhe-ão restituídos.” Protegeu-se, ainda, o direito à herança, quer à viúva, quer aos filhos e demais parentes.

Com a *Magna Carta* teve-se, pela primeira vez, a proteção de direitos de modo escrito, ou seja, ainda que fosse mais favorável aos barões feudais do que ao povo em geral, seu conteúdo deveria ser respeitado por todos, inclusive pelos governantes. Quanto ao direito de propriedade, este passou a ser protegido de forma mais incisiva, reconhecendo, ao proprietário, seu direito de permanecer com o bem ou dele dispor, independentemente da vontade dos detentores do Poder. Reconheceu-se, de modo expresso, a propriedade particular, a qual não podia ser retirada de seu dono sem seu consentimento.

Ainda na Inglaterra, em 1628, foi editado um documento conhecido como *Bill of Rights*, convalidando e reafirmando os direitos já mencionados na *Magna Carta*. Neste documento, foi reforçada a idéia de que “ninguém poderia ser expulso das suas terras ou da sua morada sem que lhe

fosse dada a possibilidade de se defender em processo jurídico regular.” Tal como na *Magna Carta*, o *Bill of Rights* também prescreveu que “nenhum homem livre poderia ser privado de seus bens a não ser por virtude de sentença legal dos seus pares ou da lei do país.”

Do outro lado do oceano, as colônias inglesas da América iniciam o processo de separação de sua metrópole. O Estado da Virgínia foi o que mais se destacou na emancipação dos Estados Unidos. Seu desenvolvimento teve origem com o plantio do tabaco, considerado o melhor do mundo à época, atraindo, para a região, pessoas das mais diversas localidades, tanto para trabalhar no seu plantio quanto para trabalhar nas múltiplas atividades de uma vila (artesãos, comerciantes, agricultores diversos). Esta movimentação acarretou tanto o desenvolvimento econômico quanto o cultural, impulsionando o Estado da Virgínia para a sua separação das demais colônias americanas. Em 1776, foi editada a *Declaração do Bom Povo da Virgínia*, que nada mais era do que a sua independência, afirmando sua soberania. Nesta declaração, reconheceu-se “o poder inerente ao povo, a liberdade de imprensa e de religião, a separação de poderes, as eleições livres, o devido processo legal e o fim da sociedade de estamentos, já que ninguém nasce em condição imutável.”

No tocante ao direito de propriedade, a primeira cláusula da *Declaração do Bom Povo da Virgínia* preceituava que “todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter a felicidade e segurança.”

Do mesmo modo que na Inglaterra, a França passou por mudanças de pensamento, afastando o absolutismo dos reis. A Revolução Francesa, deflagrada no ano de 1789, trouxe em seu bojo uma nova maneira de pensar: o Iluminismo, defendido por Danton, Marat e Robespierre, que divulgou os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade entre os homens. Consequentemente, ocorreu a unificação da propriedade, ou seja, aquele que possuísse o domínio útil também deveria possuir a nua propriedade. A unificação da propriedade teve cunho eminentemente individualista, como individualista era o pensamento iluminista. A burguesia francesa posicionou-se contra a nobreza na disputa pelo poder político, instigando o povo na luta contra o regime absolutista, também conhecido como Antigo Regime. Os revolucionários denunciaram a iniquidade do feudalismo e a tirania dos reis e declararam, na Convenção Nacional, que se “concederá fraternidade e socorro

a todos os povos que quiserem recuperar sua liberdade.” Segundo a própria Convenção Nacional, a insurreição não era mais crime mas um direito para se livrar das amarras dos nobres soberanos. Como legado, a Revolução deixou a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, a qual se dirigiu a todos os povos e não só ao povo francês, contagiando os países vizinhos, como Inglaterra e Holanda.

As cláusulas principais contidas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão diziam respeito “à liberdade e igualdade de direitos, onde liberdade é poder fazer tudo que não prejudique seu semelhante; à imposição de limites mediante lei e a presunção do estado de inocência.”

O artigo 17 da Declaração de 1789 previa, expressamente, a propriedade sendo “um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização.”

A *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* trouxe expressamente, pela primeira vez, a obrigatoriedade de indenizar, com valor justo, aquele que fosse despojado de sua propriedade em razão do interesse do Estado.

Mais recentemente, em 10 de dezembro de 1948, a Assembléia Geral das Nações Unidas (ONU) adotou e proclamou a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, reconhecendo e respeitando os direitos e liberdades fundamentais do homem, concernentes à vida, à liberdade, à segurança pessoal e à propriedade.

Especificamente sobre a propriedade, o artigo 17 dispôs que “todo homem tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros” e que “ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade”. A Declaração não apresentou, entretanto, nenhum outro dispositivo que mencione qual o posicionamento a ser adotado pelo Estado frente a este direito individual, embora seja possível subentender-se que a privação da propriedade será possível desde que exista lei prevendo eventuais situações que obriguem à diminuição desse direito.

A par destes documentos produzidos sob a visão de um Estado laico, é importante mencionar que o direito de propriedade sempre foi enfocado nas encíclicas sociais.

Ensina o Professor Adilson Abreu Dallari que “Leão XIII, na *Rerum Novarum* (15.5.1891), defendia a propriedade privada, em oposição

ao socialismo e ao comunismo, que a negavam. João XXIII, na *Mater et Magistra* (15.5.1961), afirma que ‘é pouco estabelecer que todo homem tem o direito natural de possuir, privadamente, bens próprios, mesmo os de produção, se, ao mesmo tempo, não for feito tudo para que o uso desse direito se estenda a todas as classes sociais.’ Adiante, menciona e defende o conceito de função social da propriedade, ‘pois essa função mergulha as suas raízes na própria noção do direito de propriedade.’ Paulo VI, na *Octogesima Adveniens* (14.5.1971), se estende largamente sobre os problemas decorrentes da urbanização, fala da necessidade de criar novos modos de relações que assegurem justiça social e, consciente do papel das comunicações no mundo de hoje, afirma: ‘Tem de ser instaurada uma maior justiça social pelo que se refere à repartição dos bens, tanto no interior das comunidades nacionais, como no plano internacional.’”³

Após o estudo destes documentos, pode-se concluir que a propriedade era protegida enquanto direito individual. Na verdade, as declarações protegem o indivíduo do próprio Estado, já que limitam as atuações dos governantes. Os monarcas, que se julgavam senhores absolutos de todos os bens e da liberdade das pessoas, têm seus poderes restringidos. Ao serem submetidos às declarações de direitos, passam a respeitar a condição individual dos súditos, tornando-se intolerável qualquer ato arbitrário que se

³ *Desapropriações para fins Urbanísticos*, p. 33.

choque com os direitos declarados fundamentais. Isto quer dizer que o direito de propriedade estava tutelado para desfrute exclusivo de seu dono. Em meados do século XX, a tônica das declarações de direitos começa a mudar em direção à sociabilização. Consequentemente, o direito de propriedade deixa de ser individual para ser social, isto é, a tutela do direito de propriedade só existirá se a propriedade estiver inserida em um contexto social que atenda às necessidades de toda a coletividade. Ainda que a Declaração da ONU de 1948 não seja explícita quanto à sociabilização do direito de propriedade, seu foco para a justiça e a paz mundial, bem como para a melhora nas condições de vida de todos, faz com que se conclua que a propriedade também deve ser vista sob a luz da justiça e da igualdade de condições.

2. A PROTEÇÃO LEGAL DA PROPRIEDADE

A noção de propriedade faz parte da essência do homem. É no núcleo familiar que se aprende o que é de cada um e como se dá a relação de terceiros com aquilo que pertence a determinado sujeito. Por esta razão, a propriedade sempre mereceu a proteção do ordenamento jurídico, de modo a regular o convívio interpessoal. Daí a indispensável análise da proteção da propriedade nas Constituições Brasileiras e em algumas das principais normas da legislação infraconstitucional.

2.1. Nas Constituições Brasileiras

O direito de propriedade já constava da Constituição Imperial de 1824. Tal proteção fazia parte do Título VIII, que continha as disposições gerais e garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros. O *caput* do artigo 179 previa que a propriedade era uma das bases da inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros. Com efeito, dispunha o parágrafo 22 deste artigo que “É garantido o direito de propriedade em toda sua plenitude. Se o bem público, legalmente verificado,

exigir o uso e emprego da propriedade do cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela. A lei marcará os casos com que terá lugar esta única exceção e dará as regras para se determinar a indenização.”

É notório que a Constituição de 1824 protegia o direito individual de propriedade. Em nenhum momento do Texto Magno, impunha-se condições para a fruição deste direito. O proprietário era senhor absoluto de seu bem, tanto que seria indenizado caso seu patrimônio interessasse ao Poder Público. Não existia qualquer ressalva acerca de um ônus que poderia recair sobre o bem sem ser passível de indenização.

A Primeira Constituição da República, datada de 24 de fevereiro de 1891, trouxe a proteção ao direito de propriedade no Título IV (Dos Cidadãos Brasileiros), Seção II (Declaração de Direitos), mais precisamente no artigo 72 cujo *caput* assegurava a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade. Disciplinando este direito, o parágrafo 17 desse preceito constitucional dispunha: “O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. As minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria.”

A partir de 7 de setembro de 1926, em razão de emenda constitucional aprovada pelas duas Câmaras do Congresso Nacional, a Constituição de 1981 passou a ter nova redação. No tocante ao direito de propriedade, acrescentou-se, apenas, que “as minas e jazidas minerais necessárias à segurança e defesa nacionais e as terras onde existirem não podem ser transferidas a estrangeiros.”

Aqui também se percebe a proteção individual da propriedade. O proprietário continua o senhor maior de seu bem, não lhe sendo imposto nenhum limite ou mesmo exigido que, de alguma forma, dê certa destinação à sua propriedade. Ressalva-se, apenas, a desapropriação, indenizável previamente, em caso do bem interessar ao Poder Público.

Deve-se ressaltar, entretanto, que com a alteração constitucional de 1926, tolheu-se, em grau mínimo, o direito de disposição da propriedade, ao proibir que as terras onde existiam minas e jazidas necessárias à segurança e defesa nacionais não poderiam ser repassadas a estrangeiros. Sob este aspecto, o interesse público supera o individual, onerando o proprietário que estivesse nestas condições, sem qualquer tipo de indenização. Porém, não se pode dizer, ainda, que a propriedade deixa de ser um direito individual, dada a particularidade do interesse público protegido.

O Decreto nº 19.398, de 11 de Novembro de 1930, que instituiu o Governo Provisório no Brasil, disciplinou, no artigo 12, que a nova Constituição não poderia restringir as garantias individuais constantes na Constituição de 1891. Portanto, garantiu-se, previamente, o direito de propriedade, o qual, obrigatoriamente, deveria constar na Constituição seguinte.

Cumprindo o determinado pelo Decreto nº 19.398/30, a Constituição de 16 de julho de 1934 assegurou, no Título III (Da Declaração de Direitos), Capítulo II (Dos Direitos e Garantias Individuais), artigo 113 *caput*, a inviolabilidade dos direitos concernentes à propriedade. Entretanto, o parágrafo 17 dispôs que: “É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.”

Esta é a primeira vez que é colocada uma restrição à fruição plena do direito de propriedade. Proibiu-se, expressamente, o uso da

propriedade contra o interesse social ou coletivo. Ou seja, o proprietário passa a não ser mais o senhor absoluto de seu bem. Considerou-se que, uma vez inserida em um meio social, o uso da propriedade não poderia ser atentatório ao interesse da coletividade. Esta imposição que recaiu sobre a propriedade não permitia qualquer tipo de indenização, uma vez que era uma forma de disciplinar a fruição da mesma. O direito de propriedade passa a ser visto não mais como individual, mas sim, como um direito social. Previu-se, ainda, a possibilidade de indenização ulterior, no caso de interesse público. Ou seja, mais um indício de que a propriedade particular poderia ser utilizada em benefício da coletividade repentinamente, considerando as condições sociais existentes. Afasta-se, desta forma, a idéia, até aqui mencionada, de que o direito de propriedade era absoluto, sendo, inclusive, superior ao interesse público.

Além disso, ao tratar da Ordem Econômica e Social, a Constituição de 1934, no seu artigo 125 previu a possibilidade de aquisição da propriedade pelo uso. É a primeira vez que o instituto da usucapião recebe tratamento constitucional⁴. Isto quer dizer que o proprietário passa a ser visto como aquele que realmente dá ao bem a utilização a que se destina, conforme se vê nesse artigo que prescreve: “Todo brasileiro que, não sendo proprietário

⁴ Em que pese o tratamento constitucional ter sido dado apenas em 1934, desde o Código Civil de 1916, em sua redação original, já havia a previsão legal da usucapião no artigo 550.

rural ou urbano, ocupar, por dez anos contínuos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, um trecho de terra até dez hectares, tornando-o produtivo por seu trabalho e tendo nele a sua morada, adquirirá o domínio do solo, mediante sentença declaratória devidamente transcrita.” Como se percebe, a própria Constituição reconhece que a propriedade deve ter uma destinação correta, ou seja, o proprietário deve utilizá-la para garantir a permanência de seus direitos.

O Decreto Legislativo nº 6, de 18 de dezembro de 1935, que emendou a Constituição de 1934, dispôs, na Emenda 1, que: “A Câmara dos Deputados, com a colaboração do Senado Federal, poderá autorizar o Presidente da República a declarar a comoção intestina grave, com finalidades subversivas das instituições políticas e sociais, equiparada ao Estado de guerra em qualquer parte do território nacional, observando-se o disposto no art. 175, nº 1, §§ 7º, 12 e 13 e, devendo o decreto da declaração da equiparação indicar as garantias constitucionais que não ficarão suspensas.” Sendo o direito de propriedade uma garantia constitucional, verifica-se que este direito poderia ser suspenso nos termos dessa Emenda. É a primeira vez que tal preceito aparece em uma constituição brasileira.

Comparando os três textos constitucionais até aqui abordados, verifica-se que o direito de propriedade passa por um processo de socialização, isto é, deixa de ser absolutamente individual para ser integrado ao meio social que o contém.

Na Constituição Federal de 10 de novembro de 1937, o direito de propriedade também é protegido dentro do Título “Os Direitos e Garantias Individuais”. O artigo 122 assegurou “aos brasileiros e estrangeiros residentes no país o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade.” Especificamente sobre este último direito, previu no parágrafo 14 “o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão definidos nas leis que lhe regularem o exercício.” Apesar do direito protegido, o artigo 123 era claro ao dispor que “A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição.” Novamente, o direito de propriedade podia ser subtraído em prol de interesse maior, qual seja, o interesse público.

Da mesma forma que na Constituição de 1934, o direito de aquisição da propriedade por usucapião foi reafirmado pelo artigo 149.

A Lei Constitucional nº 05, de 10 de março de 1942, que emendou a Constituição Federal de 1937, trouxe duas alterações importantes no tocante ao direito de propriedade. Deveras, o parágrafo 14 do artigo 122 estabeleceu que “O direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia, ou a hipótese prevista no § 2º do art. 166. O seu conteúdo e os seus limites serão definidos nas leis que lhe regularem o exercício” enquanto parágrafo 2º do artigo 166 prescreveu que “Declarado o estado de emergência em todo o país, poderá o Presidente da República, no intuito de salvaguardar os interesses materiais e morais do Estado ou de seus nacionais, decretar, com prévia aquiescência do Poder Legislativo, a suspensão das garantias constitucionais atribuídas à propriedade e à liberdade de pessoas físicas ou jurídicas, súditos de Estado estrangeiro, que, por qualquer forma, tenham praticado atos de agressão de que resultem prejuízos para os bens e direitos do Estado Brasileiro, ou para a vida, os bens e os direitos das pessoas físicas ou jurídicas brasileiras, domiciliadas ou residentes no país.”

Mais uma vez, o interesse público supera o particular ao ser previsto que o direito de propriedade poderá ser suprimido sem indenização em caso de estado de emergência. Tal alteração foi providencial, uma vez que o artigo 186 da Constituição Federal de 1937, em sua redação original, declarou, em todo o país, o estado de emergência. Ou seja, o direito individual de propriedade tornou-se instável a bem do interesse público da época. Somente pela Lei Constitucional n.º 16, de 30 de novembro de 1945, emendando a Constituição de 1937, o artigo 186 foi revogado. Assim, de 1942 a 1945, a garantia do direito de propriedade praticamente desapareceu do ordenamento constitucional brasileiro.

A Constituição Federal de 18 de setembro de 1946 assegurou, no Título IV (Da Declaração de Direitos), Capítulo II (Dos Direitos e das Garantias Individuais) mais precisamente no artigo 141, “aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade.” O parágrafo 16 deste mesmo dispositivo disciplinou o direito de propriedade nos seguintes termos: “É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar

da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito de indenização ulterior.” Entretanto, o uso da propriedade também fez parte da Ordem Econômica e Social, assim dispendo o artigo 147: “O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.”

Nestes dispositivos percebe-se, cristalinamente, a função social que a propriedade passa a exercer. O direito sobre a propriedade, outrora absoluto e individual, torna-se um direito social. É a primeira vez que uma constituição manifesta-se sobre a possibilidade da lei promover a justa distribuição da propriedade. Até agora, esta pertencia, em princípio, ao proprietário que, por meio do poder econômico, adquiriu-a. Não se definiu, porém, quando era possível a justa redistribuição. A Constituição de 1946 não previu em que hipóteses a propriedade não estaria atendendo ao bem-estar social, mas já adiantava que o interesse particular não era o único a ser considerado quando se tratasse do direito de propriedade.

Importante ainda destacar que o parágrafo 3º do artigo 156 da Constituição de 1946 previu a possibilidade da aquisição da propriedade por usucapião, como forma de facilitar a fixação do homem no campo.

A Emenda Constitucional nº 10, de 09 de novembro de 1964, alterando a Constituição de 1946, deu nova redação aos artigos que disciplinavam o direito de propriedade. Acrescentou seis parágrafos ao artigo 147, de modo a normatizar a desapropriação para fins de reforma agrária, prevendo no primeiro que a desapropriação poderia ser paga em títulos da dívida pública e no parágrafo 3º que a desapropriação só recairia sobre as propriedades rurais cuja forma de exploração contrariasse o disposto no mesmo artigo. Ou seja, a propriedade deveria atingir o bem-estar social. Enfatizou-se, assim, que a propriedade rural precisaria ser produtiva, sendo somente esta a garantia do proprietário de não ser despojado de seu bem.

Também o parágrafo 3º do artigo 156 teve sua redação alterada. Acrescentou-se que a área usucapienda deveria “ser caracterizada como suficiente para assegurar, ao lavrador e sua família, condições de subsistência e progresso social e econômico, nas dimensões fixadas pela lei, segundo os sistemas agrícolas regionais.”

A Emenda Constitucional nº 10, de 1964, preocupou-se, sobretudo, em caracterizar a propriedade rural de modo a atribuir-lhe um papel social, que propiciasse o progresso econômico tanto do lavrador como da sociedade. Cada vez mais, então, percebe-se que a propriedade deve estar

submetida a regras e disciplinas, obrigando o proprietário a um certo comportamento, sob pena de ser-lhe retirado o bem.

Na Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967, o direito à propriedade estava inserido no Título II (Da Declaração de Direitos), Capítulo IV (Dos Direitos e Garantias Individuais) artigo 150, cujo *caput* prescrevia: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade.” Por sua vez, o parágrafo 22 deste artigo assim preceituava: “É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no artigo 157, VI, § 1^o. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior.”

No Título III, Da Ordem Econômica e Social, a função social da propriedade aparece, pela primeira vez como princípio da ordem econômica (artigo 157, III). Até então, apesar dos indícios que se podia supor pela leitura do texto das demais constituições, nenhuma tinha utilizado, explicitamente, a expressão *função social da propriedade*. Além disso, o

parágrafo 3º do artigo 157 previu que a desapropriação de propriedade rural mediante pagamento de indenização com títulos da dívida pública recairia, exclusivamente, sobre propriedades rurais cuja forma de exploração contrariasse sua função social.

Na verdade, a Constituição de 1967 impôs uma espécie de penalidade para o proprietário que tivesse suas terras desapropriadas por motivo de não cumprimento da respectiva função social. Isto porque o pagamento com títulos da dívida pública era muito demorado, pois poderiam ser resgatados em até 20 anos. O Constituinte, ao dispor deste modo, tenta, ao máximo, forçar o proprietário a cuidar de seu bem de modo a fazê-lo produzir, evitando-se a desapropriação.

O Ato Complementar nº 45, de 30 de janeiro de 1969, limitou o poder de disposição do bem pelo proprietário, ao determinar que: “A aquisição de propriedade rural no território nacional somente poderá ser feita por brasileiro ou por estrangeiro residente no país.” O próprio Ato Complementar justificou a restrição em razão da “defesa da integridade do território nacional, a segurança do Estado e a justa distribuição da propriedade.”

⁵ Este parágrafo previa o pagamento da indenização em títulos especiais da dívida pública.

Cada vez mais o caráter social da propriedade ganha espaço em relação ao direito individual.

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, deu nova redação a todo o Texto Magno de 1967. O direito de propriedade veio disciplinado no Título II (Da Declaração de Direitos), Capítulo IV (Dos Direitos e Garantias Individuais) assegurando o *caput* do artigo 153 “aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade”. O parágrafo 22 assegurou o “direito de propriedade, salvo em caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no artigo 161, facultando-se ao expropriado aceitar o pagamento em título da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior.” O parágrafo 34, por sua vez, previa que: “a lei disporá sobre a aquisição da propriedade rural por brasileiro e estrangeiro residente no País, assim como por pessoa natural ou jurídica, estabelecendo condições, restrições, limitações e demais exigências, para a defesa da integridade do território, a segurança do Estado e a justa distribuição da propriedade.” O artigo 160, inserido na Ordem Econômica e Social

estabeleceu, no inciso III, a função social da propriedade como seu princípio, com o fim de realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social.

A desapropriação de propriedade rural foi prevista no artigo 161 e deveria recair apenas sobre aquelas propriedades rurais cuja forma de exploração contrariasse a função social.

Tanto a Constituição de 1967 quanto sua Emenda de 1969 previram que a propriedade não possuía caráter absoluto. Ao contrário, deveria cumprir sua função social. Cada vez mais, este caráter social vem protegido pela Constituição, de modo a afastar o direito individual do proprietário.

Na Constituição Federal de 1988, o direito de propriedade está previsto no *caput* do artigo 5º, inserido no Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos) do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais). Por este dispositivo garante-se, entre outros direitos, a inviolabilidade do direito à propriedade. Entretanto, este mesmo dispositivo já anuncia que existem algumas regras para o exercício dos direitos garantidos, condicionando-os aos termos estabelecidos nos incisos desse artigo.

No tocante à propriedade, os incisos XXII e XXIII estabelecem, respectivamente, que “é garantido o direito de propriedade” e que “a propriedade atenderá a sua função social.” Da simples leitura destes incisos, percebe-se que o direito individual absoluto perde espaço para o direito social. Isto quer dizer que a propriedade é protegida desde que cumpra seu papel dentro da sociedade. Aliás, tanto a propriedade privada como sua função social são princípios gerais da atividade econômica, previstos no artigo 170 da Constituição vigente.

Ao tratar da Política Urbana (Capítulo II, Título VII), a Constituição de 1988 preceitua, a partir do artigo 182, que a propriedade urbana estará cumprindo sua função social à medida que atender “às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor” sob pena de parcelamento ou edificação compulsórios, incidência de imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo e desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública. Está previsto, ainda, no artigo 183, a possibilidade de usucapir imóvel urbano para fins de moradia.

A Política Agrícola e Fundiária, bem como a Reforma Agrária, estão previstas no Capítulo III, do Título VII, a partir do artigo 184.

Neste capítulo está prevista a desapropriação de imóvel rural para fins de reforma agrária se este imóvel não cumprir sua função social (artigo 184); estão enumerados os requisitos a serem cumpridos pela propriedade rural para que esta cumpra sua função social (artigo 186) e, ainda, a possibilidade de usucapião de imóvel rural (artigo 191). Há também a previsão de desapropriação⁶ sem pagamento de qualquer indenização em caso de glebas onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas (artigo 243).

Percebe-se, assim, que, para a Lei Maior de 1988, não basta ser proprietário do bem. A propriedade deve cumprir seu papel social, uma vez que o interesse da sociedade como um todo é preponderante sobre a vontade individual. Ou seja, os direitos sociais superam os direitos individuais. Nesta linha de pensamento, é a lição do Professor José Afonso da Silva⁷: “(...) 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 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. O regime da propriedade

⁶ Expressão textual adotada pela Constituição Federal de 1988.

denota a natureza do sistema econômico. Se se reconhece o direito de propriedade privada, se ela é um princípio da ordem econômica, disso decorre, só por si, que se adotou um sistema econômico fundado na iniciativa privada. A Constituição o diz (artigo 170). Os conservadores da constituinte, contudo, insistiram para que a propriedade privada figurasse como um dos princípios da ordem econômica, sem perceber que, com isso, estavam relativizando o conceito de propriedade, porque submetendo-o aos ditames da justiça social, de sorte que se pode dizer que ela só é legítima enquanto cumpra uma função dirigida à justiça social.”

⁷ *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 788.

2.2. Na Legislação Infraconstitucional

Em que pesem as diretrizes determinadas pelas Constituições Brasileiras, no tocante à proteção ao direito de propriedade, são as leis infraconstitucionais que permitem a fruição deste direito, materializando-o.

Sob o comando da Coroa Portuguesa, durante o regime colonial, foi editada, em maio de 1821, uma lei prescrevendo que “a ninguém se tirasse a propriedade, quaisquer que fossem as necessidades do Estado, sem que previamente se ajustasse o preço a pagar ao interessado pelo erário, no momento da entrega.”⁸

Com a proclamação da independência, o Estado foi organizado pela Constituição Imperial de 1824 que delegou à lei ordinária a especificação dos casos de desapropriação. A Lei nº 422, de 1826, dava os contornos do procedimento expropriatório em caso de necessidade ou utilidade pública.

⁸ Maria Sylvania Zanella di Pietro, *Direito Administrativo*, p. 133.

O Código Civil de 1916 previa o direito do proprietário de usar, gozar e dispor de seus bens, presumindo ser o domínio exclusivo e ilimitado. Entretanto, disciplinou a usucapião e a desapropriação, como formas de aquisição e perda da propriedade, independentemente da vontade do então proprietário, nos artigos 550 e seguintes e 590, respectivamente.

Em 1934 foi editado o Código de Águas (Decreto nº 24.643⁹) disciplinando o uso das águas no Brasil de modo a atender as necessidades e o interesse da coletividade nacional. Por este Código, o proprietário dos imóveis onde se situam as águas públicas, assim definidas no decreto, não pode impedir seu uso pelos demais membros da coletividade, nem proceder de modo que seu uso prejudique a utilização por terceiros. Tem-se, pois, uma limitação ao uso exclusivo pelo proprietário.

Em 1937, o Decreto-lei Federal nº 25, de 30 de novembro, introduziu, no ordenamento brasileiro, a figura do tombamento, para a proteção do patrimônio histórico brasileiro. Os proprietários de imóveis considerados patrimônio histórico pelo órgão competente, sofreram importantes implicações em seu direito de propriedade, como se verá mais

⁹ Este Decreto tem força de lei, conforme artigos 1º e 17 do Decreto nº 19.398/30, que instituiu o Governo Provisório no Brasil.

adiante. Os três atributos do direito do proprietário (usar, gozar e dispor), são expressamente relativizados.

Em 1941, o Decreto-lei Federal nº 3.365, de 21 de junho, comumente chamado de Lei Geral das Desapropriações e que dispõe sobre desapropriações por utilidade pública, revogou a lei nº 422, de 1826, unificando para utilidade pública as hipóteses de desapropriação por necessidade pública e utilidade pública. A Constituição de 1946 introduziu a hipótese de desapropriação por interesse social, o que exigiu a edição da Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962, para discipliná-la. Esta lei define os casos de desapropriação por interesse social e dispõe sobre sua aplicação.

A Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, conhecida por Estatuto da Terra, regulou os direitos e obrigações concernentes aos bens imóveis rurais para fins de Reforma Agrária, determinando, expressamente, que a propriedade imóvel rural cumpra sua função social, estando condicionado seu uso ao bem-estar coletivo. O não cumprimento da função social permite a desapropriação.

Também a Lei Federal do Parcelamento do Solo Urbano (Lei nº 6.766/79) contribuiu para o contorno do direito de propriedade, à

medida que impôs regras ao proprietário de imóvel urbano que pretenda vendê-lo de forma parcelada. O modo de dispor de seu bem é controlado pelo Poder Público.

A partir de 1983 iniciou-se, no Congresso Nacional, a discussão acerca da normatização do desenvolvimento urbano nacional. O Projeto de Lei 775/83, elaborado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano chegou a ser discutido e emendado no Congresso Nacional, mas sua tramitação foi interrompida em razão da ausência de previsão constitucional sobre a competência da União para legislar sobre matéria urbanística. Porém, a discussão serviu de base para a Constituinte de 1988 outorgar, à União, a competência para legislar sobre desenvolvimento urbano. O Projeto de Lei nº 5.788 foi apresentado em 1990, trazendo antigos e novos instrumentos urbanísticos, tais como desapropriação, tombamento, outorga onerosa do direito de construir, além de dispositivos que delineavam a função social da propriedade e as conseqüências acarretadas pelo seu descumprimento. Após onze anos de tramitação, com várias emendas, o projeto foi sancionado, com vetos, em 10 de julho de 2001, transformando-se na Lei Federal nº 10.257. Esta lei, autodenominada Estatuto da Cidade, regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal e estabelece as diretrizes gerais da política urbana.

O novo Código Civil, em vigor desde janeiro de 2.003, também disciplina o direito de propriedade, protegendo a faculdade de usar, gozar e dispor do proprietário. Entretanto, preceitua que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com suas finalidades econômicas e sociais. Além da usucapião e da desapropriação, como forma de aquisição e perda da propriedade, previstos nos artigos 1.238 e seguintes e 1.275, o § 4º do artigo 1.228 trouxe uma nova forma de perda da propriedade, qual seja, aquela que se dá pela posse ininterrupta e de boa-fé de considerável número de pessoas que tenham realizado obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. Nesta última hipótese, o proprietário será indenizado pela perda da propriedade.

A evolução legislativa, tanto constitucional como infraconstitucional, que se analisou, comprova a crescente preocupação do legislador em dar um caráter social para a propriedade de modo que esta atenda aos interesses de toda a coletividade. O direito de propriedade sempre esteve protegido pelas Constituições Brasileiras, apesar de ter-se, em todas elas, ressalvado o interesse público preponderante ao interesse individual, como se verifica com a utilização dos institutos estatais de intervenção na propriedade, a exemplo do tombamento, sem a retirada da propriedade.

3. TOMBAMENTO

Tradicionalmente, a preservação de bens faz parte da cultura de uma coletividade. Preserva-se um bem em razão da beleza ou do caráter histórico ou natural. Entretanto, a para que a conservação seja efetiva, é necessária sua institucionalização, ou seja, é indispensável que algumas medidas sejam traçadas pela legislação, obrigando igual comportamento, pela população, frente aos bens que merecem ser conservados.

3.1. Patrimônio Histórico

A noção de patrimônio histórico está intimamente ligada à idéia de memória. Memória de um povo, de uma cultura, de uma época. Memória como sinônimo de registro. Preserva-se o legado de um povo, com sua cultura e obra como forma de registro. Conserva-se o passado para que as futuras gerações possam entender seu presente.

Patrimônio histórico é a demonstração de uma cultura. São as obras de um povo, físicas ou não, que revelam sua história e que, na verdade, representam-no.

O bem de valor histórico, ainda que de propriedade de um particular, tem patente interesse público, pois pertencente à história do próprio Estado enquanto nação. Daí a importância de ser protegido e preservado.

A primeira notícia, ligada à nossa história, que se tem sobre a preservação de bens de interesse histórico data de 28 de agosto de 1721, quando o Rei Dom João V, de Portugal, decretou, por meio de alvará, que “daqui em diante, nenhuma pessoa, de qualquer estado, qualidade e condição que seja, desfaça, destrua em todo, nem em parte, qualquer edifício que mostre ser daqueles tempos, ainda que em parte esteja arruinado e, da mesma sorte, as Estátuas, Mármore e Cipos em que estiverem esculpidos algumas figuras, ou tiverem letreiros fenícios, gregos, romanos, góticos e arábicos, ou lâminas, ou chapas de qualquer metal que contiverem os ditos letreiros ou caracteres; como outrossim medalhas ou moedas que mostrarem ser daqueles tempos até o Reinado do Senhor Dom Sebastião, nem encubram ou ocultem algumas das sobreditas cousas.”

Adotando posicionamento igualmente voltado para a preservação de bens históricos, em 1742, o Vice-rei de Portugal, Conde de Galvêas, enviou uma correspondência ao Governador da Capitania de Pernambuco questionando a transformação do Palácio das Duas Torres, construído por Maurício de Nassau, em quartel militar. Este é o primeiro documento administrativo oficial visando a proteção de um bem do patrimônio histórico brasileiro.

Nas Convenções de Haia, três delas realizadas em 1899 e treze em 1907, que regulamentaram a conduta a ser tomada em ocasiões de guerra, determinou-se a adoção de todas as medidas possíveis para que fossem poupados, nos campos de batalha, os monumentos históricos, salvo se estes estivessem sendo utilizados para fins militares. Especificou-se, inclusive, “que os bens protegidos deveriam ser identificados por grandes peças de pano retangulares rígidas, divididas por uma diagonal em dois triângulos de cor negro ao alto e branco em baixo.”

Apesar das manifestações protecionistas isoladas em cada país, em tempo de paz, a Comunidade Internacional apenas se preocupou, em termos mais abrangentes, com a proteção ao patrimônio histórico, em outubro de 1931, quando vários países se reuniram em Conferência, na cidade de

Atenas, sob o comando do Escritório Internacional dos Museus. Nesta Conferência, houve a exposição dos princípios gerais, das doutrinas e das legislações que existiam, à época, concernentes à proteção dos monumentos de interesse histórico, artístico ou científico. Consagrou-se, de forma unânime, o direito da coletividade em relação à propriedade privada, ainda que este direito imponha sacrifícios ao proprietário. Várias recomendações foram propostas aos Estados, visando a conservação e a valorização de seus monumentos, sendo, inclusive, aventada a hipótese de colaboração internacional. As conclusões a que chegaram os países integrantes da Conferência, foram enumeradas em um documento denominado Carta de Atenas.

Em 1935, a União Pan-Americana, formada pelas Repúblicas Americanas, elaborou o Tratado para Proteção das Instituições Científicas e Artísticas e Monumentos Históricos, também conhecido como *Pacto Roerich*, que disciplinava a proteção dos monumentos históricos tanto em tempo de paz como de guerra, reconhecendo-lhes sua neutralidade. Os bens imóveis protegidos deveriam constar de uma lista previamente comunicada à União Pan-Americana e seriam identificados com uma bandeira contendo um círculo vermelho, com três esferas vermelhas em seu interior,

sobre fundo branco. Os monumentos seriam poupados desde que não estivessem sendo utilizados para fins bélicos.

Em maio de 1964, a cidade de Veneza sediou o II Congresso de Arquitetos e Técnicos dos Monumentos Históricos, cujo objetivo principal era reexaminar os princípios da Carta de Atenas para aprofundá-la e dotá-la de maior alcance. O texto aprovado pelos integrantes deste Congresso, conhecido como Carta de Veneza, trouxe, além de recomendações quanto às técnicas de preservação, limites a serem impostos quanto ao uso, gozo e disposição do bem. O artigo 5º da Carta de Veneza prescreve que a conservação do bem é sempre favorecida por sua destinação a uma função útil à sociedade desde que esta destinação não altere suas características. O artigo 6º proíbe toda construção nova, toda destruição e toda modificação que poderiam alterar as relações de volumes e de cores. O artigo 7º veda o deslocamento do bem, pois este é testemunho da história e do meio em que se situa. O artigo 8º impede a retirada de esculturas, pinturas e decorações dos edifícios, pois são partes integrantes do monumento. Como se percebe, a preocupação com a salvaguarda do patrimônio histórico ultrapassa os limites do interesse particular. O bem deve ser conservado em seu valor histórico e ainda, prestar uma função útil à própria cidade que o abriga. Ou seja, retira-se o conceito de que o patrimônio histórico deve ser “peça de museu”,

prestando-se apenas à observação. Os edifícios históricos devem, também, cumprir sua função social, atendendo aos anseios da comunidade, além daquela relacionada à preservação da memória.

Nesta linha de intenções, visando a preservação do patrimônio histórico brasileiro, os Governadores de Estado, os Secretários Estaduais da área cultural, Prefeitos e Representantes de Instituições Culturais, reuniram-se em abril de 1970 e firmaram o Compromisso de Brasília. Por este documento, restou reconhecido, oficialmente, a necessidade de “ação supletiva dos Estados e dos Municípios à atuação federal no que se refere à proteção dos bens culturais de valor nacional.” Conseqüentemente, determinou-se a criação de “órgãos estaduais e municipais adequados, articulados devidamente com os Conselhos Estaduais de Cultura e com a Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.” Orientou-se, também, no sentido de criação de cursos de restauradores e conservadores de pintura, escultura e documentos, para qualificar a mão-de-obra, nas três esferas de governo, além de inclusão, nos currículos escolares, de matérias relacionadas ao conhecimento e preservação do patrimônio histórico e artístico.

Recomendou-se, ademais, aos Estados e Municípios, a divulgação do conjunto dos seus bens culturais pelos meios de comunicação de massa e que o mesmo se fizesse com os acervos pertencentes a ordens religiosas e militares. O Compromisso de Brasília, procurou, na verdade, desenvolver uma política de conscientização da população acerca do patrimônio histórico nacional. Somente após o convencimento da população quanto à importância de determinado bem de valor histórico será possível o sucesso das medidas de conservação e proteção. Antes disso, a própria comunidade acaba por desprezar o bem, condenando-o, ainda que de forma inconsciente, à destruição.

Em outubro de 1971, houve o II Encontro de Governadores para Preservação do Patrimônio Histórico, Artístico, Arqueológico e Natural do Brasil, que resultou no Compromisso de Salvador. As recomendações contidas neste documento reafirmavam o compromisso assumido no ano anterior, em Brasília e, ao mesmo tempo, demonstravam a necessidade de medidas que propiciassem a efetiva proteção ao patrimônio histórico. Dentre estas medidas, sugeriu-se formas de custeio para as restaurações de bens tombados, como a convocação do Banco Nacional de Habitação e dos demais órgãos financiadores de habitação para colaborarem nas obras de recuperação e a utilização, pelos Estados e Municípios, de parte do Fundo de Participação

dos Estados e Municípios, a ser definida pelo Tribunal de Contas da União, na proteção de bens culturais.

Além disso, outra forma proposta para a arrecadação de verbas para a conservação do patrimônio histórico, foi o incentivo ao turismo bem como a transformação de imóveis urbanos tombados em pousadas. Como se percebe, o Compromisso de Salvador teve um caráter mais prático dentro da política de conservação. Seu objetivo era propor alternativas para a conservação dos bens tombados, inclusive utilizando-se comercialmente desde patrimônio. À época, já se percebia que o tombamento de um imóvel poderia levá-lo à destruição se não fosse possível viabilizar sua utilização econômica. Daí a sugestão de utilizar um imóvel tombado como pousada, fomentando-se o turismo. Ao mesmo tempo, o patrimônio histórico seria preservado e utilizado de forma comercial.

Entre 17 de outubro e 21 de novembro de 1972, ocorreu a décima sétima sessão da Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura com o objetivo de discutir a salvaguarda do patrimônio mundial, cultural e natural. Nesta sessão, ponderou-se a importância da proteção internacional do patrimônio cultural, criando-se, inclusive, um comitê intergovernamental de proteção ao

patrimônio cultural de valor universal. Os Estados presentes comprometeram-se a encaminhar, ao comitê, um rol de bens que poderiam ser incluídos na Lista do Patrimônio Mundial. Paralelamente, convencionou-se a elaboração de uma Lista do Patrimônio Mundial em Perigo “para cuja salvaguarda sejam necessários grandes trabalhos e para os quais haja sido pedida assistência.” O auxílio financeiro, por sua vez, viria do então criado Fundo do Patrimônio Mundial, composto de contribuições obrigatórias e voluntárias dos Estados presentes na convenção, de doações e lucros produzidos pelo próprio fundo. Além disso, ressaltou-se a importância de programas educativos para “fortalecer o apreço e o respeito de seus povos pelo patrimônio cultural e informar o público sobre as ameaças e importância” que pairam sobre o patrimônio mundial.

O 1º Seminário Brasileiro para preservação e revitalização de centros históricos teve lugar em Petrópolis – RJ, no ano de 1987. Pela primeira vez discutiu-se a integração de um bem do patrimônio histórico com a própria cidade que o contém. Nesta linha de raciocínio, restou assentado que nos Sítios Históricos Urbanos – espaços que concentram testemunhos da cultura da cidade em suas diversas manifestações – devem ser mantidas a residência ou atividades tradicionais que sempre abrigaram. É expressa, também, a orientação no sentido de que a “preservação do SHU (Sítio

Histórico Urbano) deve ser pressuposto do planejamento urbano, entendido como processo contínuo e permanente, alicerçado no conhecimento dos mecanismos formadores e atuantes na estruturação do espaço.” Asseverou-se que a proteção do patrimônio histórico seria feita por meio de tombamento, inventário, normas urbanísticas, isenções e incentivos, declarações de interesse cultural e desapropriações. Finalizando-se as recomendações, considerou-se essencial a predominância do valor social da propriedade urbana sobre sua condição de mercadoria.

É facilmente perceptível que a intenção da Carta de Petrópolis era integrar o bem de valor histórico à cidade. Ou seja, este bem deveria continuar sendo utilizado para o mesmo fim, independentemente de seu valor histórico. Além disso, o planejamento da cidade deveria considerá-lo, de modo a não degradar seu aspecto ou seu entorno. Por outro lado, reafirmou-se que o valor histórico e conseqüentemente social, era mais importante do que seu valor comercial. Isto já demonstrava que bens declarados históricos eram desvalorizados comercialmente, mas que o proprietário deveria suportar esta desvalorização em prol da cultura e da memória. Porém, a partir do momento que se provoca e se incentiva a utilização do bem, diminui-se o encargo econômico a ser suportado pelo proprietário.

Outras convenções internacionais e nacionais se seguiram, discutindo o patrimônio histórico e servindo de exemplo para que as Constituições brasileiras também disciplinassem este assunto, sem que isso leve ao seu exame, pois para o fim que se objetiva são suficientes as até aqui tratadas e que antecederam a promulgação da Constituição Federal de 1988.

3.2. Patrimônio Histórico e as Constituições Brasileiras

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

A Constituição de 1934, considerando que a propriedade não podia mais ser exercida contra o interesse social ou coletivo, prescreveu no artigo 10, inciso III, que competia “à União e aos Estados proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte”. Aparece aqui uma limitação ao direito de propriedade de bens culturais, apesar da Lei Maior não mencionar como esta

proteção seria feita. Ao Poder Público cabia a proteção do patrimônio histórico, independentemente da vontade do proprietário.

Na Constituição de 1937, o artigo 134 dispunha que “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.”

A Constituição de 1946 previu, no artigo 175, que “as obras, monumentos e documentos de valor histórico e artístico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de particular beleza ficam sob a proteção do poder público.”

Também a Constituição Federal de 1967 protegeu o patrimônio histórico. De fato, preceituava o artigo 172 que “O amparo à cultura é dever do Estado. 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 naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas.” Este dispositivo foi repetido na Emenda 1, de 1969, que deu

nova redação a todo o texto constitucional de 1967, passando, apenas, a ser o artigo 180.

As normas constitucionais até aqui mencionadas tinham caráter programático e conseqüentemente, delegavam para a legislação infraconstitucional a normatização dos preceitos mencionados na Lei Maior. Foi o Decreto-lei Federal nº 25, de 1937, vigente até hoje e que será tratado a seguir, que estabeleceu o tombamento como a principal forma de conservação do patrimônio histórico no Brasil.

A Constituição Federal de 1988, a partir do artigo 215, disciplina acerca dos direitos culturais, definindo quais bens que constituem o patrimônio cultural brasileiro. Além disso, prevê o tombamento como uma das formas de acautelamento e preservação do patrimônio cultural, além de inventários, registros, vigilância e desapropriação. Também a Lei Magna tomba, no § 5º do artigo 216, todos os documentos e sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

3.3. Decreto-lei Federal nº 25, de 30 de novembro de 1937

O Decreto-lei Federal nº 25, de 30 de novembro de 1937, ordinariamente conhecido como Lei de Tombamento, publicado sob a égide da Constituição Federal de 1937, organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico do Brasil, disciplinando, inclusive, o tombamento. Recepcionado pelas constituições que se seguiram, nenhuma alteração foi feita desde sua edição.

Os três primeiros artigos delimitam o patrimônio histórico e artístico nacional, excluindo certas obras de origem estrangeiras que por ventura estejam em território brasileiro.

A partir do artigo 4º, esse diploma legal passa a disciplinar o tombamento, seus efeitos e conseqüências.

Quanto à sua aplicabilidade, algumas considerações devem ser feitas. Nos termos do inciso VII do art. 24 da Constituição Federal, “compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico,

turístico e paisagístico”. Isto quer dizer, nos termos do § 1º do mesmo artigo, que à União compete legislar sobre normas gerais, cabendo aos Estados e ao Distrito Federal a competência legislativa suplementar, prevista no § 2º do citado artigo da Constituição Federal. Ao Município compete “proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais e os sítios arqueológicos” e “promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual”, conforme dispõem, respectivamente, os artigos 23, inciso III e 30, inciso IX, ambos da Constituição Federal.

Conclui-se, então, que o Decreto-lei Federal nº 25, de 1937, foi recepcionado como lei federal, de caráter geral, podendo os Estados e o Distrito Federal editar norma suplementar sobre tombamento, desde que não afronte suas normas gerais. O Município, por sua vez, não tem competência legislativa, devendo observar a legislação federal e estadual para proteção do patrimônio histórico. Este é, inclusive, o ensinamento dos Professores Diogenes Gasparini¹⁰ e Maria Sylvia Zanella di Pietro¹¹.

¹⁰ *Direito Administrativo*, p. 652/653

¹¹ *Direito Administrativo*, p. 113/114.

3.3.1. Conceito de Tombamento

Mas o que é tombamento? Para o Professor Diogenes Gasparini¹², é “a submissão de certo bem, público ou particular, a um regime especial de uso, gozo, disposição ou destruição em razão de seu valor histórico, cultural, artístico, turístico ou paisagístico.(...) O tombamento, ato administrativo que declara e registra em livro próprio o valor histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico de certo bem para preservá-lo, pode ser: I – de ofício, II – voluntário e III – compulsório, consoante a legislação federal. O primeiro incide sobre bens públicos; o segundo, sobre bens particulares, com a anuência do proprietário; e o terceiro recai sobre bem particular e contra a vontade do proprietário.”

O tombamento, sendo ato administrativo, é precedido de um procedimento no qual são feitos os estudos acerca de seu valor histórico, cultural, artístico, turístico ou paisagístico, é concedido o direito ao contraditório ao proprietário para que se manifeste acerca de sua concordância ou não e ainda é fixada a data a partir da qual o bem deve ser oficialmente preservado. Isto quer dizer que não é possível ser decretado por lei¹³, uma vez

¹² Ibid., mesma página.

¹³ Diogenes Gasparini, *Direito Administrativo*, p. 653.

que estaria afastado o princípio do contraditório e os estudos prévios que levam à conclusão da necessidade da preservação do bem não seriam de conhecimento público.

É de ser destacado, entretanto, que apesar do tombamento ser ato administrativo, a Constituição Federal no § 5º do artigo 216 tombou expressamente os documentos e reminiscências dos antigos quilombos. Mesmo sendo parte do texto constitucional, este dispositivo conserva sua natureza de ato administrativo, tendo aplicabilidade imediata e justifica-se pela origem do nosso povo e pela tradição na preservação das raízes negras.

3.3.2. Natureza Jurídica do Tombamento

Ensina o Professor José Afonso da Silva¹⁴ que, de acordo com a doutrina tradicional, “o direito de propriedade consubstancia três caracteres: é absoluto, exclusivo e perpétuo. É direito absoluto porque assegura ao proprietário a liberdade de dispor das coisas, legitimamente adquiridas, do modo que lhe aprouver. É direito exclusivo porque respeita ao proprietário a ninguém mais, quer dizer: é imputado ao proprietário; só a ele, em princípio, cabe. É direito perpétuo porque não desaparece com o fim da

vida do proprietário, porquanto passa a um sucessor, significando, pois, que tem duração ilimitada (...) nem se perde pelo não-uso.”

O tombamento, é sabido, afeta um destes caracteres da propriedade. Para se saber qual ou quais dos caracteres são afetados e conseqüentemente, qual sua natureza jurídica, será necessário utilizar-se do Direito Administrativo, verificando-se, sucintamente, quais as formas de intervenção do Estado na propriedade. De acordo com os fins que objetiva, o Poder Público serve-se da limitação administrativa, da ocupação temporária, da servidão administrativa, da requisição e da desapropriação quando precisa, por qualquer razão, intervir na propriedade privada ou pública.

A limitação administrativa é uma imposição genérica feita pelo Poder Público, atingindo todas as propriedades que se encontrarem naquela mesma situação. A limitação condiciona o direito de uso e gozo da propriedade, afetando-lhe o caráter absoluto. A limitação é um condicionamento, imposto pelo Poder Público, para a fruição do direito de propriedade. Como exemplo, tem-se a proibição de construir, em determinada avenida de um Município, além de seis andares. Dada sua generalidade e ainda o pequeno grau de intervenção no direito de propriedade, não é passível de indenização.

A ocupação temporária tem lugar quando o Poder Público necessita de determinada área não edificada ou pouco edificada para executar obras ou prestar serviços nas redondezas. A ocupação dar-se-á apenas enquanto perdurar a execução da obra ou do serviço, daí sua transitoriedade. Situação típica é aquela em que o Poder Público necessita de uma área para estabelecer um canteiro de obras. A ocupação gera, conseqüentemente, direito a indenização, já que o Poder Público utilizou-se efetivamente do imóvel de outrem, afetando seu caráter exclusivo. É possível que a indenização não se dê em razão de prejuízos causados à propriedade, que podem não ocorrer, mas sim em razão do próprio uso do bem.

A servidão administrativa opera-se quando o Poder Público necessita de parte de uma propriedade particular para que esta suporte um serviço público. Dependendo do tipo de servidão, caberá ou não indenização. Por exemplo, não caberá indenização no caso de utilizar-se o muro de uma casa para colocação de placa com o nome da rua. O mesmo não se diga quanto à utilização de faixa de terra para passagem de fios elétricos, uma vez que sob estes não será possível plantio ou edificação. A servidão, ainda que sempre atingindo o direito de propriedade, pois afeta tanto o caráter absoluto quanto o exclusivo, pode ou não ser passível de indenização, consoante se verificam dos exemplos dados.

A requisição é a utilização, pelo Poder Público, de um bem que não lhe pertence, em razão de interesse público. O interesse que a justifica pode ter caráter emergencial (utilização de um trator, de propriedade particular, para retirada de terra de estrada, decorrente de desmoronamento) ou não (utilização de escolas para as eleições). No primeiro caso, a indenização sempre se dará posteriormente à utilização do bem; na segunda hipótese, haverá ou não indenização, dependendo da efetiva comprovação de prejuízos sofridos. A requisição também afeta os caracteres absoluto e exclusivo do direito de propriedade.

A desapropriação é a transferência compulsória de propriedade de um bem em razão de interesse público, utilidade pública ou interesse social. A indenização dar-se-á, em regra, antecipadamente. Em razão da transferência compulsória da propriedade, a desapropriação afeta o caráter absoluto do direito de propriedade.

Feitas estas considerações, cabe analisar em qual modalidade de intervenção na propriedade enquadra-se o tombamento.

O tombamento tem por escopo a proteção de bem de interesse histórico, paisagístico ou cultural. Comumente, impõe, ao

¹⁴ *Direito Urbanístico Brasileiro*, p. 384-385.

proprietário, restrições parciais, uma vez que sua conservação, no estado em que se encontra, é de interesse público. O imóvel poderá continuar com a mesma utilização que tinha antes de ser tombado, cabendo ao proprietário sua manutenção e conservação. Por tratar-se de um imóvel específico, não se pode dizer que o tombamento é uma limitação administrativa. Esta tem caráter genérico, o que contraria a especificidade do tombamento. Ainda que o tombamento abarque uma região ou mesmo um Município, como o é o caso de Ouro Preto – Minas Gerais, não está caracterizada a limitação, pois a restrição imposta aos imóveis é individualizada, isto é, cada imóvel tem características próprias que justificam o tombamento. Além disso, a restrição que recai sobre cada bem atinge diretamente o direito de propriedade, já que serão impostas regras de manutenção e conservação¹⁵. A limitação, por ser a mais branda das intervenções na propriedade, muitas vezes passa despercebida ao proprietário do imóvel. O tombamento sempre será sentido como um encargo que paira sobre o imóvel.

Também não se trata de desapropriação, pois não há a perda da propriedade para o Poder Público. O bem permanece para uso, gozo e

¹⁵ Posição contrária é a adotada pelo Professor Carlos Augusto A. Machado que entende não haver direito a indenização nos casos de tombamento de toda uma região, por não afetar o Princípio da Isonomia (Tombamento – Um Instituto Jurídico, In: Adilson Abreu Dallari; Lúcia Valle Figueiredo(coords.), *Temas de Direito Urbanístico*.

disposição¹⁶ sob a orientação e interesse do proprietário, ainda que reconhecida sua importância histórica, paisagística ou cultural. Normalmente, o tombamento não implica a perda da propriedade. Entretanto, há casos que a restrição imposta é de tal vulto, que retira toda a utilização econômica do bem, como se verá mais adiante.

O tombamento da Serra do Mar, em São Paulo, é um exemplo muito peculiar quanto à retirada do valor econômico da propriedade. A Resolução nº 40, de 06 de junho de 1985, expedida pela Secretaria da Cultura, tombou a área da Serra do Mar em São Paulo. O artigo 2º da Resolução esclarece que a região representa importante valor geológico, geomorfológico, biológico e paisagístico, devendo ser preservada e mantida. Consequentemente, fica proibida a descaracterização da área por meio de plantações, desmatamentos e construções. O artigo 9º, por sua vez, apenas ressalva que eventuais modificações paisagísticas já existentes, quer seja por construções, quer seja por plantações, podem ser mantidas, impedindo, entretanto, sua ampliação.

¹⁶ Salvo o direito de preferência do Poder Público responsável pelo tombamento, previsto no artigo 22 do Decreto-lei nº 25/37.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entende, no que está certo, que se o tombamento esvaziar por completo o valor econômico do bem, é caso de desapropriação indireta, sendo devida a correspondente indenização. Desse entendimento é exemplo o seguinte julgado, *in verbis*

“DESAPROPRIAÇÃO - Indireta - Tombamento - Motivos ecológicos - Impossibilidade de aproveitamento de lotes para edificação ou derrubada de árvores nativas - Indenização devida - Embargos acolhidos.” (Relator: Egas Galbiatti - Embargos Infringentes n. 217.798-2 - Guarujá - 23.08.94)

No mesmo sentido, é outro de seus julgados, cuja ementa, por esclarecedora, merece ser transcrita. Assim:

“APELAÇÃO CÍVEL - Desapropriação indireta - Lotes de terrenos localizados no Parque Estadual da Serra do Mar - Tombamento - Reserva Florestal - Decretos ns. 10.251, de 30/08/1977 e 25.341, de 06/06/1984 - Resolução n. 40, do CONDEPHAAT, DE 06/06/1985 - Restrição ao uso da propriedade - Indenização - Cabimento - Na esteira da iterativa jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça é indenizável, por desapropriação indireta a área de terra tombada, para a criação do Parque da Serra do Mar, se o apossamento administrativo esvaziou o conteúdo econômico da propriedade, ao privar os seus proprietários de usar e fruir do bem, proibidos que estão de explorar os recursos naturais existentes - Recurso parcialmente provido.” (Apelação Cível n. 252.332-5/7 - Ubatuba - 9ª Câmara de Direito Público de Férias "Julho/2002" - Relator: Antonio Rulli - 31.07.02 - M.V.)

Desta feita, conclui-se que o tombamento pode provocar uma desapropriação indireta, mas não se pode considerá-lo desapropriação propriamente dita, pois a princípio, o Poder Público não quer a propriedade do bem para si. A desapropriação indireta é uma consequência do tombamento, mas com ele não se confunde.

Também não se diga tratar-se o tombamento de requisição ou ocupação temporária. O imóvel tombado não é ocupado pelo Poder Público nem, tampouco, utilizado em uma situação de interesse público. Além disso, o reconhecimento do valor histórico, artístico ou paisagístico do bem tem caráter permanente, contrariando a transitoriedade da requisição e da ocupação temporária.

Seria, então, o tombamento uma servidão, já que não enquadrável em qualquer dos modos de intervenção do Estado na propriedade estudados anteriormente? Ou seria um novo instituto? É o que se verá.

Segundo o Professor Adilson Abreu Dallari¹⁷ “nos diversos sistemas jurídicos são encontráveis meios de atuação estatal que variam em quantidade e intensidade, mas de maneira geral, podem-se identificar três espécies básicas: as limitações administrativas, as desapropriações e as servidões administrativas. (...) Entre esses dois extremos (limitação e desapropriação) estão as servidões administrativas, por meio das quais o Estado obtém o uso da propriedade privada sem retirá-la de seu proprietário, e se apresentam como medidas ora genéricas, ora específicas; ora gratuitas, ora onerosas (...) De maneira geral, pode-se dizer que das limitações decorre uma

¹⁷ Servidões Administrativas. In *Revista de Direito Público*, vol. 59/60, p. 90-91.

obrigação de não fazer, de abster-se, um ‘non facere’; enquanto das servidões deriva um dever de suportar que se faça, deixar fazer, um ‘pati’.”

Quando é estabelecida uma servidão administrativa, o bem passa a ter especial importância para o Poder Público, que o utiliza em benefício da coletividade. Ao proprietário é atribuído o dever de tolerar um serviço público, contribuindo, compulsoriamente, com o bem estar de todos os administrados.

A doutrina vem, há muito, discutindo ser ou não, o tombamento, servidão administrativa.

Para o Professor José Cretella Júnior¹⁸ “o tombamento, instituto do direito público, fundamentado no poder de polícia do Estado, estabelece limitações ou restrições ao direito de propriedade, sem indenização para o proprietário.” Se a atividade de polícia confere à Administração Pública o poder de disciplinar o uso, gozo e disposição da propriedade bem como a conduta dos administrados em prol do interesse público ou social, então, para este doutrinador, o tombamento é medida de caráter geral e conseqüentemente, enquadra-se no modelo da limitação administrativa. O tombamento seria, assim, o nome dado a uma limitação específica, qual seja,

aquela que protege o patrimônio histórico, artístico, natural, cultural e paisagístico.

Já para a Professora Maria Sylvia Zanella di Pietro¹⁹, o tombamento não é “**servidão**, pelo fato de não haver a **coisa dominante**. A restrição não é imposta em benefício de coisa afetada a fim público ou de serviço público, mas ao contrário, tem por objetivo satisfazer a interesse público genérico e abstrato, a saber, o patrimônio histórico e artístico nacional. 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. Preferimos, por isso, considerar o tombamento categoria própria, que não se enquadra nem como simples limitação administrativa nem como servidão.”

Entende ser o tombamento servidão, o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello²⁰ ao discorrer que nas limitações “alcança-se toda uma categoria abstrata de bens, ou, pelo menos, todos os que se encontrem em

¹⁸ Regime Jurídico do Tombamento. In *Revista de Direito Administrativo*, vol. 112, p. 67.

¹⁹ *Direito Administrativo*, p.122-123 (destaques no original).

uma situação ou condição abstratamente determinada, enquanto nas servidões atingem-se bens concreta e especificamente determinados. Nas servidões administrativas há um ônus real – ao contrário das limitações -, de tal modo que o bem gravado fica em um estado de especial sujeição à utilidade pública, proporcionando um desfrute direto, parcial, do próprio bem (singularmente fruível pela Administração ou pela coletividade em geral). Nas servidões há um *pati*, isto é, uma obrigação de suportar, enquanto nas limitações há um *non facere*, isto é, uma obrigação de não fazer. Outrossim, se tanto limitações administrativas quanto servidões podem se originar diretamente da lei, toda vez que uma propriedade sofre restrições em decorrência de *ato concreto* da Administração, isto é, injunção decorrente de seu *jus imperii*, estar-se-á diante de uma servidão. Com efeito, se a limitação administrativa não é senão o perfil do direito, parece razoável entender que, sempre que seja necessário um ato específico da Administração *impondo um gravame*, por conseguinte criando uma situação nova, atingiu-se o próprio direito e, pois, a hipótese é de servidão. Por este motivo entendemos que tanto o tombamento pelo Patrimônio Histórico quanto a declaração de que uma determinada área particular é de reserva florestal são casos de servidão e não de limitação administrativa, como normalmente se afirma.”

²⁰ *Curso de Direito Administrativo*, p. 569-570 (destaques no original).

Na mesma esteira, posicionou-se o Professor Adilson Abreu Dallari²¹; ao afirmar que “o tombamento configura verdadeira servidão administrativa, na medida em que o Poder Público absorve uma qualidade ou um valor já existente no bem tombado, para desfrute ou proveito da coletividade.”

Após a constatação do divergente posicionamento doutrinário e sopesando os respectivos fundamentos, é de se concluir que o tombamento é servidão administrativa típica, não se tratando de novo tipo de intervenção na propriedade, nem, tampouco, de espécie diferenciada de servidão. Isto porque o tombamento recai sobre um bem ou um conjunto de bens específicos, que possuem características individualizadas, merecendo proteção e conservação. Além disso, com o tombamento, o bem passa a ser utilizado pela coletividade, ainda que indiretamente. A coletividade passa a ter o direito de ver aquele bem preservado e conservado.

O reconhecimento, pelo Poder Público, de características históricas, culturais ou paisagísticas em um determinado bem, características estas que impõem a sua conservação e proteção, determinam o serviço público a ser prestado. Este serviço nada mais é que a divulgação da cultura e da

²¹Tombamento. In: Adilson Abreu Dallari, Lúcia Valle Figueiredo (coords.). *Temas de Direito Urbanístico* 2, p. 13.

memória de uma comunidade em uma determinada época. Será o próprio bem que prestará o serviço público quando, ao manter-se inalterado e preservado, mostrar-se às gerações futuras como exemplo da cultura de gerações passadas. Na servidão “o elemento dominante tanto pode ser um prédio como um serviço público e este, indubitavelmente, está presente na medida em que cabe ao Estado garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional, apoiando e incentivando a valorização e difusão das manifestações culturais.”²²

Conseqüentemente, será neste particular que a propriedade estará cumprindo sua função social. Ao proprietário caberá a conservação do bem, de modo a não ser maculada a razão do tombamento.

É ainda de se concluir que o tombamento é servidão administrativa pois há, como em todos os tipos de servidão, prejuízo de parte do direito de propriedade, já que o uso, o gozo e a exclusividade não são mais apenas do proprietário, mas sim de toda a coletividade, que obtém o direito de ter aquele bem preservado.

²²Diogenes Gasparini, *Direito Administrativo*, p. 652.

Com o tombamento, sempre serão afetados, no mínimo, dois caracteres da propriedade: o absoluto e o exclusivo. O proprietário não poderá dispor do bem como melhor lhe aprouver ou mesmo modificá-lo de acordo com sua própria vontade. O direito coletivo ao bem histórico, paisagístico ou cultural sobrepõe-se ao direito individual, vinculando os atos do proprietário à sua preservação. Ainda que o bem tombado seja uma residência, inacessível ao público em geral, a comunidade tem o direito de tê-lo enquanto patrimônio coletivo, ficando impedido o proprietário de descaracterizá-lo. Esta forma de uso coletivo, ainda que à distância, mitiga o direito de propriedade, afetando seu caráter exclusivo, obrigando o proprietário a adequar-se à situação que se instalou após o tombamento.

É possível, ainda, que o tombamento afete, também, o caráter perpétuo do direito de propriedade, se provocar o esvaziamento do conteúdo econômico do bem, obrigando ao pagamento de indenização em seu valor total e configurando-se em desapropriação indireta, como foi o caso do tombamento da Serra do Mar, já mencionado.

3.3.3. Indenização no Tombamento

Partindo-se da conclusão que o tombamento é servidão administrativa, importante se faz o estudo quanto ao direito a indenização.

De acordo com o Professor Hely Lopes Meirelles²³ “ao determinar o tombamento, o Poder Público pode impor restrições à utilização ou conservação do bem, mas se elas chegarem a constituir interdição do uso da propriedade, ainda que de forma indireta, a coisa tombada deverá ser desapropriada. O tombamento de uma obra de arte, que permita ao seu dono continuar no seu desfrute, não acarretará indenização, assim como o tombamento de uma igreja, que continue a ser utilizada para culto dos fiéis. Mas o tombamento de um terreno urbano, em que fique interditada a construção ou de um imóvel rural, em que fique proibida a atividade agrícola ou pastoril, obriga, necessariamente a indenização. (...) tombamento não é confisco. O tombamento só dispensa indenização quando não impede a utilização do bem segundo a sua destinação natural, nem acarreta seu esvaziamento econômico. Esse é o princípio básico, de que têm se esquecido nossas autoridades encarregadas da preservação do patrimônio histórico e paisagístico ao determinar o tombamento de bens individuais, sem desapropriação, punindo exatamente o cidadão que se obstinou em preservar,

²³ Tombamento. In *Estudos e Pareceres de Direito Público*, vol. 10, p. 367.

quando todos a sua volta obtinham as vantagens econômicas da modernização.”

A linha de raciocínio adotada pelo Professor Hely Lopes Meirelles vem ao encontro de um dos princípios basilares da Administração Pública: sempre que o Poder Público causar prejuízo a alguém, deverá indenizar. Entretanto, eventual prejuízo deverá ser analisado a cada caso. Isto é, diante do tombamento, verificar-se-á se o ato esvaziou totalmente o conteúdo econômico do bem, sendo cabível a desapropriação ou se apenas causou certo prejuízo no direito do proprietário, o que propiciará um valor monetário a título de indenização.

É fato que, em razão do tombamento, o proprietário de um imóvel fica obrigado a conservar o bem com as mesmas características que motivaram e justificaram o mencionado ato administrativo. Impedido está, o proprietário, ao menos, de destruí-lo ou descaracterizá-lo.

Entretanto, o valor de eventual indenização deve ser apurado no momento do tombamento, isto é, qual o valor do prejuízo econômico efetivamente sofrido com a nova condição imposta ao bem. É o caso, por exemplo, do bem tombado localizar-se em determinada zona cujos

imóveis alcançam alto valor de mercado em razão do potencial de construção. Se é certo que o proprietário do bem tombado não poderá destruí-lo para construir um prédio de vários andares, a indenização a ser recebida deverá equivar-se à desvalorização sofrida no imóvel diante da restrição imposta. Porém, poderá o Poder Público eximir-se desta indenização se oferecer, ao proprietário, outra forma de compensação, qual seja, a possibilidade de vender a terceiro o potencial de construção obstado ou aproveitá-lo em outro imóvel de sua propriedade, conforme se verá no próximo capítulo, que tratará, especificamente, da transferência do direito de construir.

É de se reforçar que o prejuízo deve ser apurado no momento do tombamento, sendo impertinentes indenizações futuras, advindas de circunstâncias externas ao bem propriamente dito. 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. Isto quer dizer que, calculado o valor de uma indenização, em razão da desvalorização do imóvel à época, em razão do tombamento, nada mais terá direito o proprietário se a região onde se situa o imóvel valorizar-se com o passar do tempo, o que poderia supor uma indenização mais vantajosa. Se assim fosse, situação inversa poderia ocorrer – desvalorização de toda a área, acarretando menor indenização e conseqüente devolução de verba ao Poder Público. Entretanto,

tais hipóteses contrariam o princípio da segurança jurídica e seriam um entrave para o desenvolvimento urbano.

Importante frisar que é o princípio da igualdade que norteia a possibilidade da indenização. Nesta esteira, ensina o Professor Adilson Abreu Dallari²⁴ que o “princípio da isonomia e, por decorrência dele, o princípio da distribuição das cargas públicas, obriga a coletividade beneficiária do tombamento (e representada pela administração) a reparar o dano eventualmente experimentado pelo proprietário do bem.”

Em que pese a posição minoritária da doutrina em sentido contrário, é cabível sim, indenização em razão de tombamento, uma vez comprovado o prejuízo sofrido pelo proprietário. A indenização, porém, não é decorrência obrigatória do tombamento, mas de eventual prejuízo por ele causado. Daí a necessidade da avaliação a cada caso.

Neste sentido é o julgado, cuja ementa merece transcrição:

“Tombamento. Comprovação por prova pericial que o ato de tombamento acarretou uma perda no potencial construtivo do terreno, onde situado o imóvel em questão, havendo, sim, um perda no valor venal do bem. Impõe-se, portanto, ao município de Belo Horizonte a obrigação de indenizar os autores. Sentença confirmada, em reexame necessário. Prejudicado o recurso

²⁴ Tombamento. In: Adilson Abreu Dallari, Lúcia Valle Figueiredo (coords.). *Temas de Direito Urbanístico* 2, p. 13.

voluntário.” (Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Processo nº 1.0000.00.271919-3/000(1). Rel. Desemb. Isalino Lisboa. Data da Publicação: 21.02.2003)

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

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

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

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

O mesmo entendimento deve ser adotado quanto aos imóveis vizinhos ao imóvel tombado, já que estes também sofrem restrições quanto ao seu potencial de construção. O Decreto-lei Federal nº 25, de 1937, também disciplina o comportamento a ser adotado pelos proprietários dos bens vizinhos ao imóvel tombado. Se restar comprovado que os imóveis

vizinhos sofreram desvalorização econômica em razão do tombamento, por óbvio terão direito a indenização. Estes imóveis também estarão cumprindo sua função social ao contribuírem, indiretamente, para que o imóvel tombado cumpra a sua própria função social. O não pagamento de indenização aos imóveis vizinhos prejudicados pelo tombamento afrontaria o princípio da isonomia, pois estar-se-ia dando tratamento diferenciado a imóveis que se encontram na mesma situação, já que os imóveis vizinhos sofreram desvalorização econômica tanto quanto o imóvel tombado.

A indenização deverá ser pleiteada pelo interessado. Não cabe ao Poder Público, *sponte propria*, fixá-la. Isto deve-se ao fato de que será o proprietário que deverá comprovar que sofreu um prejuízo econômico. Não compete à Administração Pública imiscuir-se no mercado imobiliário, fixando, de início, a indenização. A ela cabe zelar pelo interesse da coletividade, que supera o interesse econômico. É possível que o proprietário de um imóvel tombado, localizado em uma zona de grande potencial construtivo, a valores elevados, tenha adquirido o imóvel com o intuito de preservá-lo. O tombamento só virá a reforçar a intenção primeira do proprietário, o qual poderá se desinteressar pela indenização. Se no futuro, o proprietário ou seus herdeiros, dentro do prazo de vinte anos, entenderem por bem pleitear uma indenização, esta deverá ser calculada, como já dito acima,

com base na suposta desvalorização sofrida à época do tombamento. Há assim, que se retroagir o laudo de avaliação

Conclui-se, pois, que a indenização, se cabível, deve ser pleiteada pelo proprietário, mediante comprovação do prejuízo efetivamente sofrido quando do tombamento.

3.3.4. Efeitos do Tombamento

Falou-se, até agora, que o tombamento altera a forma de fruição da propriedade. Mas como isto se dá? O Decreto-lei Federal nº 25, de 1937 enumera, a partir do artigo 11, os efeitos do tombamento os quais atingem tanto o imóvel tombado quanto os imóveis vizinhos . Estes efeitos referem-se à alienação, ao deslocamento, às transformações, à conservação, à relação com os imóveis vizinhos e à fiscalização.

Quanto à alienação, esta deverá ser averbada no registro de imóveis no prazo de 30 dias sob pena de multa e deverá ser comunicada a transferência ao órgão competente. A União, os Estados e os Municípios têm

direito de preferência na aquisição do bem, sendo nula a alienação que não respeitar este direito.

Quanto ao deslocamento, o bem tombado não poderá sair do país, a não ser por curto espaço de tempo e com finalidades culturais, a juízo do órgão competente. Em caso de extravio ou furto, o órgão competente deverá se avisado, sob pena de multa.

Quanto às transformações e conservações, o artigo 17 da Lei de Tombamento proíbe qualquer destruição, demolição ou mutilação ou ainda, reparação, pintura ou restauração sem prévia autorização do órgão competente.

Quanto aos imóveis vizinhos, estes não poderão fazer construção ou colocar anúncios e cartazes que impeçam ou diminuam a visibilidade do bem tombado.

Quanto à fiscalização, esta poderá ser feita pelo órgão competente, sempre que este entender conveniente, não podendo os proprietários ou responsáveis criar obstáculos à inspeção, sob pena de multa

Consequentemente, resultam: 1) para o proprietário: obrigações de fazer, de não fazer e de deixar fazer; 2) para os vizinhos: obrigações de não fazer.

As obrigações de fazer do proprietário consistem em: realizar as benfeitorias necessárias à preservação do bem e se não possuir recursos para tanto, deverá avisar a autoridade competente, sob pena de ser multado em caso de deterioração do bem; assegurar o direito de preferência da União, Estado ou Município, no caso de alienação do bem, sob pena de nulidade do ato, seqüestro do bem por qualquer dos titulares do direito de preferência e multa para o transmitente e o adquirente.

As obrigações de não fazer, também chamadas de negativas, consistem em: não destruir, demolir ou mutilar a coisa e em caso de pintura, reparação, restauração, não realizá-las sem autorização do órgão responsável pelo tombamento. Se a coisa for móvel, não pode ser retirada do país, a não ser para intercâmbio cultural e com autorização do órgão competente, sob pena de seqüestro do bem e caracterizado o crime de contrabando.

Além disso, como obrigação de deixar fazer, o proprietário deve permitir, sob pena de multa, a fiscalização do bem pelo órgão

competente. Se o proprietário do imóvel não permitir de modo algum, que o bem seja fiscalizado, o órgão competente responsável pelo tombamento e conseqüentemente pela fiscalização, poderá ingressar em juízo, requerendo um mandado para fins de fiscalização. Também o órgão competente poderá provocar a Administração Pública para que esta, por meio do poder de polícia, realize a fiscalização necessária no imóvel.

Como já dito acima, o tombamento também impõe restrições aos proprietários de imóveis vizinhos ao bem tombado. O artigo 18 da Lei de Tombamento preceitua que “sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirado o objeto, impondo-se neste caso a multa de 50% do valor do mesmo objeto.”

Percebe-se que estes encargos impostos ao proprietário, pelo tombamento, limitam seus direitos absolutos de uso, gozo e disposição. Passam a existir regras de conduta perante o bem, regras estas que não existiriam se o bem não fosse tombado. Além disso, o tombamento de um imóvel também implica em restrições à fruição da propriedade pelos imóveis

vizinhos. Ou seja, o tombamento gera restrições para o bem tombado e para os bens vizinhos.

3.3.5. Função Social da Propriedade e Tombamento

A Constituição Federal de 1988 garante o direito de propriedade desde que esta cumpra sua função social, isto é, não há mais a concepção de propriedade como direito absoluto e incontestável. Sob este aspecto, como deve ser vista a propriedade tombada? No dizer de Heraldo Garcia Vitta²⁵, “embora no tombamento a exclusividade, um dos atributos da propriedade, seja comprometida ante a utilização do bem pela coletividade, justamente neste ponto reside a nobre função social da propriedade: continua sendo proprietário o particular (ou o próprio Poder Público); apenas sua utilização passa a ter certos temperamentos, voltados para o bem-estar da coletividade.”

Por esta razão, o tombamento não pode ser visto como um encargo excessivo ao proprietário, já que não há que se falar em direito

²⁵ Tombamento: Uma Análise Crítica. In *Revista do Tribunal Regional Federal da Terceira Região*, vol. 64, p. 65.

absoluto. Ainda mais se considerarmos a possibilidade de indenização, uma vez comprovados os prejuízos havidos em decorrência do ato de tombamento.

É comum o proprietário enfrentar dificuldades quando tenciona vender um bem tombado. Isto porque o tombamento obriga o proprietário a conservar o bem nas mesmas condições originais. Tal imposição, por vezes, impede que outra pessoa se interesse pela aquisição. Entretanto, esta suposta dificuldade não acarretará indenização ao proprietário por parte do Poder Público. Na verdade, este é um ônus da vida em sociedade e como tal, deverá ser suportado. A mera dificuldade de venda não tem caráter indenizatório.

Preleciona Carlos Augusto A. Machado²⁶ que “atualmente, o entendimento dominante no mundo ocidental, quanto ao direito de propriedade, está intimamente relacionado com sua função social. Vale dizer que é assegurado o direito de propriedade, porém este só é reconhecido na medida em que corresponda a uma função social.” O tombamento, por sua vez, busca a preservação do patrimônio histórico, no sentido de conservação da memória nacional. Ou seja, complementam-se os dispositivos

²⁶ Tombamento – Um Instituto Jurídico. Tombamento. In: Adilson Abreu Dallari, Lúcia Valle Figueiredo (coords.). *Temas de Direito Urbanístico 1*, p. 40.

constitucionais que prevêm a função social da propriedade e a conservação do patrimônio cultural brasileiro pelo instituto jurídico do tombamento.

4. TRANSFERÊNCIA DO DIREITO DE CONSTRUIR

4.1. Direito de Construir

No Brasil, o direito de construir sempre foi considerado uma consequência lógica do direito de propriedade, ou seja, cabia ao proprietário decidir quando, como e o que construir em seu imóvel²⁷. Bastava, apenas, a observância dos limites traçados pela lei civil, no tocante ao direito de vizinhança.

Sob esta ótica, o Professor Hely Lopes Meirelles²⁸ ensinava que “o fundamento do direito de construir está no direito de propriedade. Desde que se reconhece ao proprietário o poder legal de usar, gozar e dispor dos seus bens da maneira mais ampla possível (...), reconhecido está o direito de construir, visto que no uso, gozo e disponibilidade da coisa se compreende a faculdade de transformá-la, edificá-la, beneficiá-la, enfim, com todas as obras que lhe favoreçam a utilização ou lhe aumentem o valor econômico. (...) Embora amplo, o direito de construir não é absoluto, porque as relações de vizinhança e o bem-estar coletivo impõem ao proprietário certas limitações a

²⁷ Caramuru Afonso Francisco, *Estatuto da Cidade Comentado*, p. 201.

²⁸ *Direito de Construir*, p. 11.

esse direito, como de resto a todo direito individual, visando a assegurar a coexistência pacífica dos indivíduos em sociedade.”

Em que pese a possibilidade de construir em um terreno seja, tradicionalmente, considerada um atributo inerente ao direito de propriedade, deve-se observar que qualquer construção realizada em um imóvel é criação do homem. Se assim é, totalmente compreensível que sejam colocadas regras e condições, pelo Poder Público, para que o direito de construir seja exercido. Somente por meio de uma disciplina legal será possível ordenar a ocupação urbanística do solo, permitindo um tratamento igualitário a todos os que forem edificar. Segundo o Professor José Afonso da Silva²⁹, “a edificabilidade não é algo de natural aos terrenos. O que é natural a eles é a produção das chamadas riquezas naturais. A edificabilidade é algo que surge com a ordenação urbanística do solo. É algo novo, acrescido, criado pelos planos e normas urbanísticos, por mais elementares que sejam. Edificabilidade é qualificação legal que se atribui a algum terreno urbano. Essa qualificação é que possibilita ao proprietário exercer a faculdade de construir em terreno urbano. Sem ela a faculdade não existe.”

²⁹ *Direito Urbanístico Brasileiro*, p. 79.

A partir do momento que o Poder Público prontifica-se em ordenar a ocupação do solo, seja por meio de um plano diretor e ou por meio de leis de caráter urbanístico, a utilização da propriedade deverá atender os ditames do ordenamento jurídico. Isto significa dizer que o “direito de propriedade privada não pode superpor-se ao preceito constitucional da sua função social, ao ponto de impor a faculdade de edificar onde o interesse público aconselha a inedificabilidade. De outro lado, a determinação urbanística, traduzida em plano diretor, no sentido da densificação de alguma área urbana revela a função social que se impõe à propriedade de terrenos vagos, que justifica a imposição de edificar em certo prazo, como aliás, agora, especificamente, estatui o art. 182, § 4º, da CF.”³⁰

Dando contornos ao direito de construir, estão as limitações urbanísticas. De acordo com estas regras, o uso da propriedade adequar-se-á à zona em que se situa, ao coeficiente de aproveitamento, à taxa de ocupação, aos recuos, ao gabarito e à circulação.

“Com efeito, a partir do momento que a propriedade sobre bem imóvel urbano é entendida como um instrumento para a obtenção do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e para a garantia do bem-estar dos seus habitantes, a possibilidade, ou não, de edificar em um

³⁰ José Afonso da Silva, op. cit., p. 80.

terreno, bem como a forma com que isso se fará, deixa de ser um exercício da vontade do proprietário para ser o fruto de uma decisão política, tomada pela sociedade, que se encontra consubstanciada no plano diretor, que é aprovado por uma lei. (...) O direito de construir, portanto, passa a repousar sobre a lei que aprova o plano diretor, é decorrência deste fundamento, não mais do arbítrio do proprietário (...)”³¹.

Assim, da mesma forma que o direito de propriedade, o direito de construir não tem caráter absoluto, uma vez que deve atender ao interesse coletivo e, conseqüentemente, à função social da propriedade.

4.2. Transferência do Direito de Construir

Como já dito, o direito de construir sempre foi considerado um direito indissociável do direito de propriedade. Entretanto, com o passar do tempo, começa a ser aventada a hipótese do direito de construir ser um direito autônomo em relação ao direito de propriedade, cujo exercício estaria condicionado ao interesse público e não à vontade exclusiva do proprietário.

³¹ Caramuru Afonso Francisco, op. cit. p. 203.

Sendo um direito autônomo, estaria, em tese, sujeito a negociações entre particulares e entre o proprietário e o Poder Público.

É fato que o instituto urbanístico da transferência do direito de construir passou a fazer parte da legislação brasileira, a partir da publicação do Estatuto da Cidade. Nesta norma geral foi-lhe dada a forma e as possibilidades de aplicação. Entretanto, há notícias de leis municipais que há muito tempo vem se utilizando deste recurso como instrumento para a ordenação urbana.

Em 17 de julho de 1968 foi promulgada a Lei Municipal nº 7.166, de São Paulo, aprovando plano de alargamento de trecho da Avenida Paulista, sendo os imóveis atingidos declarados de utilidade pública para efeito de desapropriação. Entretanto, a Lei Municipal de São Paulo nº 7.288, de 02 de abril de 1969, autorizou o Executivo a receber em doação áreas necessárias à execução da Lei nº 7.166, de 1968, dispondo expressamente no § 1º do artigo 1º que “no caso de imóvel objeto da doação de que trata este artigo, os limites legais da construção que poderá ser erigida no remanescente serão determinados com base na área primitiva do terreno, compreendendo a parte doada e a que remanescer.”

Neste caso específico do alargamento da Avenida Paulista, o Município de São Paulo obteve uma solução muito vantajosa com a edição da Lei nº 7.288, de 1969. Eximiu-se o Poder Executivo Municipal do pagamento de indenizações decorrentes das desapropriações previstas pela Lei nº 7.166, de 1968 ao incentivar as doações das áreas necessárias e permitindo que na área remanescente o proprietário aproveitasse o potencial de construção da área original. À época, a legislação municipal previa que era possível, naquela região, construir seis vezes a área do terreno. Poder-se-ia, dessa forma, construir seis vezes a área do terreno antes da doação mas a construção estaria localizada em um lote menor. Houve, pois, uma transferência do potencial de construção da área doada para a área remanescente. Assim, o proprietário não teria sua área desvalorizada e a avenida poderia ser alargada. Os imóveis lindeiros, que foram atingidos pela expansão aderiram à proposta de doação, a exemplo do imóvel situado no número 37 da Avenida Paulista, conhecido como Casa das Rosas e que pertencia à família de Ernesto Dias de Castro³².

Outro exemplo, este mais recente, é a Lei Municipal nº 9.725, de 02 de julho de 1984, também de São Paulo. Esta lei dispõe sobre a transferência de potencial construtivo de imóveis preservados, incentivos, obrigações e sanções relativas à preservação de imóveis. Seu artigo 1º é expresso ao disciplinar que “o potencial construtivo dos imóveis de caráter

³² Cf. matrícula 46774 do 1º Cartório de Registro de Imóveis de São Paulo.

histórico ou de excepcional valor artístico, cultural ou paisagístico, preservados por lei municipal, poderá ser transferido, por seus proprietários, mediante instrumento público.” Esta lei fornece todo o contorno da transferência do direito de construir, as possíveis hipóteses de aplicação bem como as formas de efetivação e controle .

Também merece destaque a Lei Municipal n ° 10.209, de 09 de dezembro de 1986, de São Paulo, conhecida como a Lei do Desfavelamento, que dispõe sobre a construção de habitações de interesse social para moradores de habitação subnormal. O artigo 1º dispõe que “os proprietários de terrenos ocupados por favelas ou núcleos poderão requerer, à Prefeitura do Município de São Paulo, a modificação dos índices e características de uso e ocupação do solo do próprio terreno ocupado pela favela, ou de outros, de sua propriedade, desde que se obriguem a construir e a doar, ao Poder Público, habitações de interesse social para a população favelada, observado o disposto nesta Lei” enquanto que o inciso II do artigo 3º disciplina que o proprietário interessado neste tipo de operação interligada deverá apresentar “plano de alteração dos índices e das características de uso e ocupação do solo para o terreno ou terrenos beneficiados (...)”. Há ainda a previsão, no artigo 4º, de que a Comissão de Zoneamento expedirá certidão declarando a modificação dos índices e características de uso e ocupação do

solo. Por esta lei, fica clara a possibilidade de negociação, com o Poder Público, de alteração de índices de zoneamento, desde que haja interesse público. O proprietário de um imóvel colabora com construção das moradias populares e em contrapartida, poderá obter vantagens na utilização de outro imóvel, alterando índices urbanísticos.

Sobre a Lei do Desfavelamento, o ex-prefeito Jânio Quadros fez publicar na página 02 do Diário Oficial do Município de 30 de dezembro de 1988 que “o objetivo básico da lei é aproveitar o dinamismo da iniciativa privada para ajudar a resolver o problema das habitações subnormais, o das favelas. A idéia central é promover a construção de habitações populares, mediante a possibilidade de aumentar o potencial construtivo de determinados terrenos.”

4.2.1. Origem

A par dos casos isolados já mencionados acima, a transferência do direito de construir passou a fazer parte do universo dos doutrinadores do direito urbanístico na década de 1970. Em junho de 1976, o Centro de Pesquisas da Administração Municipal – CEPAM, sediado no

Município de São Paulo, promoveu um Seminário para discutir e estudar um instituto urbanístico bastante inovador à época: o solo criado. A necessidade de se disciplinar o solo criado deu-se em razão do desenvolvimento da engenharia civil, que permitiu a construção de edifícios onde era possível a criação de “solos” superpostos. Conseqüentemente, a possibilidade de adensamento não mais dependeria, apenas, da extensão da área do solo natural. Tornou-se possível e viável, a criação de “solos” artificiais.

As conclusões a que chegaram os doutrinadores, naquele Seminário, foram formalizadas em um documento denominado Carta de Embu. Os integrantes do Seminário concluíram que o Município era competente para fixar um coeficiente único de edificação para todos os terrenos urbanos e que toda edificação acima deste coeficiente era considerada solo criado. Posicionaram-se, também, no sentido de que o proprietário de imóvel sujeito a limitações administrativas, que impedissem a utilização plena do coeficiente único de edificação, poderia alienar a parcela não-utilizável do direito de construir, ocorrendo a mesma situação quanto a imóvel tombado, facultando ao proprietário alienar o direito de construir correspondente à área edificada ou ao coeficiente único de edificação.

Como se percebe, desde a década de 1970 discutia-se a possibilidade de cisão entre o direito de propriedade e o direito de construir. Entretanto, embora o teor da Carta de Embu sinalizasse no sentido desta divisão, alguns doutrinadores, como o Ministro Seabra Fagundes³³, entendiam que a autonomia do direito de construir esvaziava o próprio direito de propriedade, constitucionalmente protegido. Daí a razão pela qual a transferência do direito de construir não teve, de imediato, a proteção legal necessária.

4.2.2. Fundamento

A Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001, conhecida como Estatuto da Cidade, disciplinou, no artigo 35, a transferência do direito de construir. Dispõe mencionado artigo:

“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.

³³ Aspectos Jurídicos do Solo Criado. In *Revista de Direito Administrativo*, vol. 129, p. 5-7.

§ 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.”

Apreende-se, pela leitura do artigo citado que a transferência do direito de construir nada mais é que o exercício, pelo proprietário do imóvel ou pelo adquirente do direito, da faculdade de construir de um imóvel em outro, uma vez que naquele não se pode exercer o direito de construir em sua plenitude em razão de interesse público. Sinalize-se que o interesse público a justificar a transferência não poderá ser outro senão aquele vinculado às três hipóteses trazidas pelo Estatuto da Cidade, “que é norma geral de direito urbanístico e, como tal, apresenta as diretrizes e os propósitos do instituto, que não poderão ser transbordados nem inobservados pela legislação municipal.”³⁴

Percebe-se, também, que o direito pátrio reconheceu a autonomia do direito de construir em relação ao direito de propriedade, mas a possibilidade de transferência só existirá se houver um dos objetivos previstos no Estatuto da Cidade.

³⁴ Caramuru Afonso Francisco, *Estatuto da Cidade Comentado*, p. 228.

Os incisos do artigo 35 delimitam as condições que o imóvel deve apresentar para que exista a possibilidade de transferência do direito de construir. De acordo com a lei, o imóvel que poderá ter seu potencial de construção transferido deve ser de interesse público para assentamentos ou implantação de equipamentos urbanos e para preservação por razões históricas, ambientais, paisagísticas, sociais ou culturais. “Não se poderá, portanto, cogitar-se de transferência de direito de construir com fim não previsto no Estatuto, ainda que a lei municipal assim o disponha, lei que será, por isso, inconstitucional, já que estará invadindo competência destinada privativamente à União, qual seja, a de legislar sobre normas gerais de direito urbanístico (art. 24, I e § 1º, da CR).”³⁵

Com esta limitação, reforça-se ainda mais o cumprimento do princípio da função social da propriedade, uma vez que não é qualquer proprietário que poderá vender o direito de construir de seu imóvel com objetivos meramente especulativos. Considerando que toda propriedade deve cumprir sua função social e esta, ordinariamente, cumpre-se com a edificação do imóvel, é plausível que a transferência só seja permitida em imóveis que estejam cumprindo uma função social mesmo sem que todo o potencial de construção esteja sendo utilizado. A transferência livre do potencial de construção acabaria por gerar imóveis desprovidos de capacidade para que a

³⁵ Ibid., p. 230.

função social da propriedade fosse cumprida, uma vez que sobre eles, não seria possível, em tese, construir.

Não basta, entretanto, a previsão feita pelo Estatuto da Cidade. Para que a transferência do direito de construir seja utilizada para fins de política urbana, é necessário que exista lei municipal, baseada no plano diretor, prevendo e disciplinando sua aplicação. Isto porque somente o Município tem condições de dimensionar a necessidade de sua aplicação e ainda, qual região de seu território tem equipamentos urbanos necessários para receber um maior adensamento. Cabe ao Município planejar a distribuição da população, evitando regiões superpovoadas e outras pouco adensadas de modo a não sobrecarregar nem a deixar ociosos os equipamentos públicos.

Importa salientar que o Estatuto da Cidade determina que a transferência do direito de construir seja realizada mediante escritura pública, onde os interessados pactuam acerca do valor e da quantidade a ser negociada, já que a lei não proíbe que apenas parte do potencial de construção seja transferida. Porém, não determina que seja registrada no Cartório de Imóveis, para que possa fazer parte de sua matrícula. “Somente com esse registro seria possível a publicidade e o controle do direito de construir por parte de

eventual adquirente do imóvel.”³⁶ Esta medida daria ampla publicidade quanto a real situação econômica do imóvel, uma vez que vendido o potencial de construção, seu valor econômico diminui consideravelmente. Além disso, evitar-se-ia que alguém adquirisse o imóvel desconhecendo a alienação de seu potencial de construção ou mesmo que este potencial fosse vendido mais de uma vez.

O Município, entretanto, não pode obrigar que seja feito o registro imobiliário da transferência do direito de construir, pois estaria usurpando competência privativa da União, uma vez que só a ela compete legislar sobre registro público nos termos do artigo 22, inciso XXV da Constituição Federal. Além disso, o Estatuto da Cidade não incluiu a transferência do direito de construir entre os itens do artigo 167 da Lei nº 6.015/73, que dispõe sobre os registros públicos³⁷. Tampouco o Código Civil, no artigo 1.225, classificou-a como direito real, que deve ser objeto de registro imobiliário.

³⁶ Diogenes Gasparini, *O Estatuto da Cidade*, p. 191.

³⁷ Este artigo menciona tudo o que deve constar obrigatoriamente do registro imobiliário.

4.2.3. Inciso II do artigo 35 do Estatuto da Cidade

O inciso II do artigo 35 do Estatuto da Cidade disciplina, especificamente, a possibilidade de transferência do direito de construir em caso de imóveis sujeitos à preservação por motivo de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural.

A partir do momento que um imóvel é classificado como digno de preservação, a possibilidade de eventual construção é eliminada. O proprietário não poderá destruir o bem que se pretende preservar para fazer um novo empreendimento, utilizando-se do potencial construtivo permitido para a zona em que se situa.

É fato que a Constituição Federal de 1988, no § 1º do artigo 216, menciona, além do tombamento, outras formas de proteção ao patrimônio cultural, como inventários, registros, vigilância e desapropriação. Entretanto, tratando-se de bens imóveis, somente após o regular procedimento de tombamento, no qual se inclui o tombamento provisório, o proprietário está legalmente proibido de destruir ou modificar o bem. Até que se concretize o tombamento, ainda que provisório, o proprietário é livre para

dispor de seu bem. Inventários e registros servem para catalogar bens passíveis de preservação, mas não vinculam o proprietário quanto à obrigatoriedade da conservação. É necessário que exista lei criando a obrigação de preservar bem registrado ou inventariado, a qual ainda não foi editada. O mesmo se diga da desapropriação. A desapropriação terá como fundamento o valor cultural do imóvel mas não será determinante para a sua preservação, por falta de previsão legal. O imóvel, após desapropriado deverá ser inscrito no livro de tombo, restando garantida sua conservação. Ainda que se diga que não será possível ao expropriante dar outra finalidade ao bem, já que este foi desapropriado para fins de preservação, somente com o regular tombamento serão desencadeados todos os efeitos previstos no Decreto-lei nº 25, de 1937.

Feitas estas considerações, é de se concluir que a transferência do direito de construir só poderá ser exercida, no caso do inciso II do artigo 35 do Estatuto da Cidade, em imóveis regularmente tombados. Isto porque os imóveis apenas registrados ou inventariados não estão, legalmente, impedidos de serem destruídos e conseqüentemente, não estão com seu direito de construir obstaculizado.

Como já dito anteriormente, o tombamento é passível de indenização desde que comprovado o prejuízo efetivamente sofrido. Esta indenização, paga pelo Poder Público, demanda rigoroso procedimento administrativo, por vezes demorado e custoso, pois pode necessitar de perícias técnicas. Assim, via de regra, até a entrada em vigor do Estatuto da Cidade, o proprietário do bem tombado arcava sozinho com a desvalorização comercial de seu imóvel em prol do interesse público. Isto porque os imóveis situados na mesma zona poderiam ser edificados até um determinado potencial, enquanto que o imóvel tombado deveria, apenas, ser preservado.

O Estatuto da Cidade, por sua vez, procurou minimizar os prejuízos impostos ao proprietário do imóvel tombado, bem como ao Poder Público, que poderá isentar-se de eventual indenização. Por disposição legal, o proprietário poderá aproveitar o potencial construtivo do seu imóvel tombado em outro imóvel. Este segundo imóvel poderá ser do mesmo proprietário ou de outro, situação esta que implicará em alienação.

No caso do imóvel que vier a receber o potencial construtivo do imóvel tombado ser do mesmo proprietário, não haverá custos nem para o Poder Público nem para o proprietário. A vantagem para o proprietário consiste em poder aumentar o potencial construtivo de outro

imóvel seu. Se a transferência for para um terceiro, o proprietário receberá, em espécie, pela venda do potencial construtivo.

Conforme já dito, o *caput* do artigo 35 do Estatuto da Cidade determina que quando a transferência do direito de construir se der por alienação a terceiro, esta se fará mediante escritura pública. Neste caso, a sua natureza jurídica é contratual.

Entretanto, não disciplina, o Estatuto, como será formalizada a transferência do direito de construir entre imóveis do mesmo proprietário. Contrato não será, pois o proprietário pode realizar um contrato com ele próprio. Neste caso, caberá ao Poder Público, mediante ato administrativo vinculado, outorgar ao particular o direito de construir de um imóvel de sua propriedade em outro imóvel seu, reconhecendo-o como detentor do direito transferido. Tornando pública a transferência, deverá a outorga ser averbada na matrícula de ambos os imóveis. Neste caso, a natureza jurídica da transferência do direito de construir é de ato administrativo.

Não é suficiente, entretanto, que o direito seja reconhecido. Para seu efetivo exercício, o interessado deverá seguir os trâmites normais,

estipulados na lei municipal, para poder construir. Deve assim, o Poder Público, após requisição do interessado, dar seu aval para que o direito de construir efetivamente se consolide. Ou seja, o Poder Público deve autorizar a construção, de modo formal.

Na teoria, este instrumento é de fácil aplicação e resolveria, de forma bastante satisfatória, o desconforto de se ter um imóvel tombado. O proprietário venderia o potencial de construção que não pode utilizar e seria, assim, ressarcido pela desvalorização econômica de seu imóvel. A Administração Pública, por sua vez, estaria isenta do pagamento de eventual indenização, pois com a transferência do direito de construir, o proprietário não poderia alegar nenhum tipo de desvalorização econômica que a justificasse, pelo menos em tese.

Na prática, entretanto, a aplicação do instrumento não é tão simples assim. Caberá ao plano diretor ou à lei municipal baseada no plano diretor delimitar a área onde tal instrumento urbanístico poderá ser aplicado, de modo a equilibrar-se o adensamento e os equipamentos públicos, já que estes são, em tese, proporcionais ao número de habitantes de uma determinada zona. Ocorre que nem sempre o proprietário do imóvel tombado possui outro imóvel, ainda mais se ficar estabelecido que a transferência do direito de

construir só poderá ocorrer dentro de uma mesma zona – esta limitação para a mesma zona, inclusive, facilitaria a manutenção do equilíbrio entre adensamento e equipamentos públicos, o que não impede que o instrumento seja utilizado como incentivo ao adensamento de regiões que possuem equipamentos públicos ociosos. Assim, no caso do proprietário não possuir outro imóvel, resta-lhe a opção da alienação. Entretanto, nem sempre é fácil encontrar um comprador para o potencial construtivo, dependendo da zona em que se situa.

Deve-se ainda combinar a aplicação do inciso II do artigo 35 com seu parágrafo 1º. Por este parágrafo, cria-se a possibilidade de se doar ao Poder Público imóvel de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural para fins de preservação. É a doação será recebida, pelo Poder Público, com a finalidade de preservação. O Poder Público receberá o imóvel, sem nenhum gasto e obrigará-se 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. Ao proprietário, a opção também torna-se interessante, pois não arcará com as despesas da conservação do bem e poderá utilizar o potencial de construção em outro imóvel seu ou de terceiro que venha a adquiri-lo.

Alguns autores entendem que se a utilização da transferência do direito de construir é uma faculdade dos Municípios, que podem decidir se estará ou não entre os instrumentos a serem utilizados para a ordenação urbanística, é possível que se adote a intransferibilidade deste direito. Confira-se os ensinamentos do Professor Caramuru Afonso Francisco: “Neste sentido, parece-nos plenamente possível que o Município estabeleça a intransferibilidade do direito de construir, porquanto se trata de um direito que tem como fonte a própria lei, é resultado de uma decisão política, de forma que, perfeitamente, já que não existe qualquer disposição do Estatuto em contrário, pode o Município dispor, no próprio plano diretor ou na lei que o aprova, que o direito de construir seja intransferível em todo o seu território ou em algumas áreas da cidade, situação, porém, em que se deverá justificar pelos próprios parâmetros estabelecidos não só no plano urbanístico municipal como também na própria disciplina orçamentário-financeira vigente.”³⁸ Entretanto, o simples fato de não disciplinar o instituto em sua leis municipais, já seria suficiente para estabelecer-se que a regra, para aquele Município, é a intransferibilidade do direito de construir.

Uma vez que o direito de construir desvinculou-se do direito de propriedade, tornando-se um direito do próprio Poder Público que o faculta ao particular, já que disporá como e onde construir, que a Constituição

³⁸ Ibid., p. 232.

Federal de 1988 conferiu competência aos Municípios para legislar sobre interesse local e ainda, que o adensamento é assunto privativo do universo municipal, não causa estranheza não existir o referido instituto em determinado Município. As justificativas para a adoção desta conduta devem se basear na distribuição da população de modo a ser condizente com os equipamentos públicos e também com o orçamento do Município, já que a transferência do direito de construir poderia fomentar o erário público à medida que a Administração cobrasse um determinado valor, a título de tributo, nos moldes do artigo 156, inciso II, da Constituição Federal.

A aplicação deste instrumento dependerá, sem dúvida, do Plano Diretor. Ou seja, é necessário que os Municípios tomem consciência de que sua aplicação é necessária para que o proprietário do imóvel tombado tenha uma compensação pela restrição sofrida. Só com esta compensação o proprietário tomará as devidas providências para preservar o imóvel. Não existindo a previsão da transferência do direito de construir em lei municipal baseada no plano diretor, para o proprietário é mais interessante que o imóvel pereça e que seja aniquilada a razão do tombamento, apesar das obrigações a ele impostas quanto à preservação do bem. Desfeito o tombamento, poderá o proprietário assumir todas as suas prerrogativas, inclusive a concernente à edificação, com aproveitamento total do potencial de construção.

5. TOMBAMENTO e TRANSFERÊNCIA DO DIREITO DE CONSTRUIR: Pontos Conflitantes

5.1. Colocação do Problema

A aplicação conjunta do tombamento e da transferência do direito de construir poderá acarretar alguns conflitos, cujas soluções nem sempre serão facilmente encontradas. Entretanto, é importante levantar-se a problemática, prevendo-se situações que não são impossíveis de ocorrer e que em tese, podem prejudicar o aproveitamento destes institutos do Direito Urbanístico.

5.2. Pontos Conflitantes

Veja-se, então, alguns desses conflitos e as possíveis soluções. Para a análise dos conflitos a serem apresentados, parte-se do princípio que a transferência do direito de construir está prevista em lei municipal baseada no plano diretor e, ainda, que está devidamente delimitado

o lugar onde é possível exercer a transferência do direito de construir. Deve-se ainda considerar que o Município possui imóvel devidamente tombado.

As situações polêmicas apresentadas não fazem parte de um rol exaustivo, já que na dinâmica da ordenação urbanística é possível que outras ocorrências apareçam. Entretanto, quanto mais hipóteses e respectivas soluções forem colocadas na lei municipal que disciplinar a transferência do direito de construir, maiores serão as chances de se evitar a inaplicabilidade do instituto.

5.2.1. Extinção do Motivo do Tombamento

Suponha-se que após instituído o tombamento, o proprietário venda para um terceiro ou aproveite em outro bem de sua propriedade, o potencial construtivo de seu imóvel. Algum tempo depois, por um motivo qualquer – incêndio, por exemplo – desaparece a razão do tombamento. A antiga construção que tinha valor histórico e cultural fica totalmente destruída. O que poderá fazer o proprietário com este imóvel, sobre o qual já não pode mais construir?

Para o caso descrito, apresentam-se três soluções possíveis:

- 1) o particular poderá fazer uso da outorga onerosa do direito de construir, desde que prevista no plano diretor.

A outorga onerosa do direito de construir, prevista nos artigos 28 a 31 do Estatuto da Cidade, é “a licença dada pelo Município ao particular, proprietário de certo imóvel situado em área urbana, delimitada pelo plano diretor, para, mediante contrapartida, construir acima do coeficiente de aproveitamento.”³⁹ Assim, o particular, dono do lote que não tem mais potencial de construção, deverá adquirir novo direito de construir. Para tanto, o plano diretor deverá fixar, os imóveis tombados, como áreas nas quais poderá ser exercida a outorga onerosa do direito de construir, desde que desapareça a razão do tombamento.

Caberá ainda, à lei municipal, estabelecer quanto poderá ser adquirido a título de potencial de construção, dependendo da disponibilidade de equipamentos públicos. Se a área permitir, o proprietário poderá adquirir o quanto quiser, até o máximo do coeficiente de aproveitamento permitido. Será o Poder Público quem determinará o *quantum* a ser adquirido, sempre observando a relação entre o adensamento e os equipamentos públicos. Nem se diga que esta solução estaria injustamente obrigando o

³⁹ Diogenes Gasparini, *Estatuto da Cidade*, p. 170.

particular a ter recursos financeiros disponíveis. A Constituição Federal, no § 4º do artigo 182, faculta, ao Município, exigir, mediante lei específica, o adequado aproveitamento do solo, inclusive mediante edificação compulsória. Se por determinação constitucional o proprietário deve edificar, o Poder Público deverá oferecer os meios para tanto que, no caso, é a oferta de potencial de construção. É claro, entretanto, que a lei municipal poderá estipular prazos e formas de pagamento que facilitem a outorga onerosa nestes casos, de modo a não impedir, por razões financeiras, o cumprimento da função social da propriedade.

- 2) o proprietário deverá construir a mesma metragem quadrada do edifício anteriormente tombado.

Suponha-se que edificação tombada possuía uma metragem quadrada inferior ao máximo do coeficiente de aproveitamento permitido para a zona. Por esta razão, foi possível a transferência de parte do potencial de construção, uma vez que a outra parte já havia sido utilizada. Destruído o edifício tombado, o proprietário poderá construir a mesma metragem quadrada anteriormente existente. Entretanto, deverá respeitar os recuos, o gabarito e o uso estipulados para a zona no momento da nova construção.

Destarte, a lei municipal deverá disciplinar como proceder se for alterado o coeficiente de aproveitamento para menor. Suponha-se que o imóvel tombado tenha coeficiente de aproveitamento 2. Na zona em que

se situa, à época tombamento, o coeficiente de aproveitamento máximo era 4. O proprietário, usando de suas prerrogativas legais, transferiu para outro imóvel a diferença do potencial de construção. Posteriormente, uma lei municipal alterou o coeficiente de aproveitamento daquela zona para 1. Neste caso, o proprietário não poderá construir área igual ao imóvel anteriormente tombado, pois estaria limitado à legislação vigente na época da nova construção, que disciplina o coeficiente de aproveitamento 1. Não se diga que houve prejuízo ao proprietário, pois, à época em que houve a transferência, a legislação vigente foi respeitada. A alteração da lei de zoneamento, quanto ao coeficiente de aproveitamento, deverá ser cumprida, sob pena de não ser legalizada a construção feita de forma irregular.

Por outro lado, se no momento da nova construção o coeficiente de aproveitamento era maior que o máximo permitido na zona, quando do tombamento, o proprietário poderá construir, além da metragem correspondente à construção anterior, a diferença necessária para alcançar o equivalente, em termos de potencial de construção, entre o que foi transferido e o atual máximo de construção. É o caso, por exemplo, de um imóvel tombado que ocupava duas vezes o tamanho do lote, quando o permitido era construir até seis vezes o tamanho do lote. O proprietário transferiu a potencial ocioso, ou seja, quatro vezes o tamanho do terreno.

Posteriormente, a lei de zoneamento foi alterada e permitiu-se construir até dez vezes o tamanho do lote. A nova construção só poderá ter área equivalente a até seis vezes o tamanho do lote, o que corresponde à metragem do edifício tombado, mais a diferença permitida pela alteração da lei de zoneamento.

- 3) poderá o imóvel ser desapropriado pelo Poder Público, sendo o valor da indenização correspondente ao valor do imóvel subtraído o valor, devidamente atualizado, do potencial de construção anteriormente vendido.
- 4) a lei municipal poderá fixar qual tipo de construção será realizada no imóvel que se encontrar nesta situação.

Esta quarta solução foi a adotada pela Lei Municipal nº 9.7125/84, de São Paulo. O § 1º do artigo 13 previa expressamente que “ no lote que resultar da destruição ou demolição de prédio declarado preservado, só será permitido o uso residencial, através da construção de uma residência unifamiliar, com área construída máxima de 72 m² (setenta e dois metros quadrados)”. Por determinação legal, desconsiderou-se a adequação do uso do imóvel à zona em que se situa, posto que será sempre residencial a nova construção, bem como a relação entre o potencial de construção do imóvel tombado e o que foi transferido. Taxativamente, determinou-se qual construção e metragem a ser realizada no lote.

Em qualquer uma das soluções escolhidas, a lei municipal, baseada no plano diretor, que disciplinar a transferência do direito de construir, deverá considerar a proporção entre adensamento e equipamentos públicos e ainda, deixar previsto, expressamente, qual a conduta a ser adotada quando se extinguir a razão do tombamento após a transferência do direito de construir ter sido efetivada, conforme as hipóteses anunciadas. Somente desta forma o princípio da função social da propriedade será mantido, já que não é possível a existência de um imóvel não utilizado ou subutilizado.

Poder-se-ia, ainda, questionar, se aquele imóvel que foi tombado, teve seu potencial de construção transferido e posteriormente, teve extinta a razão do tombamento, já teria cumprido sua função social e conseqüentemente, dele não mais se precisaria cobrar o adequado aproveitamento. A resposta, dentro do ordenamento constitucional vigente, é negativa. Toda propriedade deve cumprir sua função social de modo constante. Não basta ter cumprido uma vez. A Constituição Federal nos incisos XXII e XXIII do artigo 5º é clara ao garantir o direito de propriedade e disciplinar que esta atenderá sua função social. Isto quer dizer que só está protegida a propriedade que cumpre sua função social ao longo do tempo. Se assim não fosse, que um dia serviram, por exemplo, para moradia e portanto, cumpriram com sua função social, mas que hoje estão destruídos e

abandonados, não estariam sujeitos às penas dos incisos I, II e III do § 4º do artigo 182 da Constituição Federal. Somente a Constituição Federal poderia excetuar quais imóveis que não precisariam atender à função social. Como não o fez, é de se concluir que a função social é cumprida ao longo do tempo. Aliás, não se pode admitir que nos centros urbanos, cujo adensamento é maior, onde falta espaço para moradia, circulação ou lazer, existam lotes que possam ficar vagos, sem destinação. Tal situação acarretaria invasões clandestinas e a construção de moradias impróprias, fora dos padrões mínimos de habitabilidade, comprometendo, ainda mais, a ordenação urbanística.

5.2.2. Abrangência do Artigo 35 do Estatuto da Cidade

Eventuais problemas não se põem apenas em relação ao prédio tombado, pois seus efeitos podem alcançar os prédios vizinhos. Assim, indispensável é a análise da abrangência do artigo 35 do Estatuto da Cidade.

Por este dispositivo, apenas o imóvel tombado poderia ter seu potencial construtivo transferido. Entretanto, o Decreto-lei nº 25, de 1937, proíbe que imóveis vizinhos ao imóvel tombado façam construções que impeçam a visibilidade do patrimônio histórico. Neste caso, considerando que

a legislação do tombamento é mais abrangente, impondo restrições não só para o imóvel tombado mas também para os imóveis vizinhos, deverá a lei municipal estender a abrangência da transferência do direito de construir para os imóveis vizinhos os quais, em razão da proximidade física com o imóvel tombado, também tiveram tolhido seu potencial de construção.

Poder-se-ia dizer que a lei municipal estaria afrontando o Estatuto da Cidade por ampliar a aplicação do artigo 35. Porém, considerando que o Município é o ente federado designado constitucionalmente para legislar sobre assuntos de interesse local e tratando-se as conseqüências do tombamento de matéria local, pois afeta diretamente imóveis circunvizinhos, não há nenhum óbice em se estender a aplicação do referido dispositivo legal. Se o tombamento atinge o entorno, ainda que indiretamente, este mesmo entorno deve ser atingido pela transferência do direito de construir. Desta forma, também fica respeitado o princípio da igualdade, pois uma vez que a limitação causada pelo tombamento também foi imposta aos imóveis vizinhos, sua atenuante deve ser a eles estendida.

Importa ainda questionar se a extensão da aplicação do artigo 35 do Estatuto da Cidade não implicaria em dar competência para o

Município legislar sobre Direito Civil, competência esta privativa da União, nos termos do artigo 22 da Constituição Federal.

A resposta deve ser dada à luz do Direito Urbanístico. É sabido que o Direito Civil traz as regras que ordenam o convívio social, possibilitando que todos vivam harmoniosamente. Disciplina, ainda, parte do direito de construir, consoante se pode verificar dos artigos 1.299 a 1.313 do Código Civil. Entretanto, a legislação civil disciplina a conduta, sobre o direito de construir, entre particulares. Ou seja, estabelece uma relação jurídica entre vizinhos, de modo a que a construção de um não prejudique a do outro. Nenhuma menção é feita, no Código Civil, sobre o direito de construir diante da Administração Pública. E isto deve-se ao fato de que as relações de construir entre o particular e a Administração devem ser estabelecidas por normas do Direito Urbanístico. Em sendo assim, tratando-se a transferência do direito de construir e o tombamento de instrumentos colocados à disposição do Administrador para a ordenação urbana, não há dúvida de que são institutos do Direito Urbanístico.

A Constituição de 1988 estabeleceu que a competência para legislar sobre norma geral de direito urbanístico é da União, conforme se verifica do §1º do artigo 24. Daí a edição do Estatuto da Cidade.

Combinando-se o inciso I do artigo 30 da Constituição, que dispõe que compete ao Município legislar sobre assuntos de interesse local, com o artigo 35 do Estatuto da Cidade, verifica-se que a norma geral conferiu à legislação municipal a competência para legislar sobre a transferência do direito de construir. Se o tombamento é uma das hipóteses para a aplicação da transferência e pode causar conseqüências aos imóveis vizinhos, conseqüências estas só verificáveis a cada caso, é perfeitamente possível que a lei municipal amplie a abrangência do artigo 35 do Estatuto da Cidade. A lei municipal estará disciplinando a relação entre particulares e a Administração Pública, o que não caracteriza, de modo algum, a usurpação da competência privativa da União de legislar sobre Direito Civil.

5.2.3. Transferência do Direito de Construir e Indenização pelo Tombamento

A princípio, a possibilidade de se transferir o direito de construir de um imóvel tombado poderia levar à conclusão que não mais caberia indenização em razão do tombamento. Entretanto, esta não é a melhor interpretação da legislação em vigor.

Há situações que mesmo vendendo o potencial de construção do imóvel, haverá prejuízo econômico para o proprietário do bem, dadas as implicações provocadas pelo tombamento. É o caso, por exemplo, de um proprietário que explora uma atividade econômica em um imóvel residencial histórico, utilizando-se do jardim para fins de estacionamento. O tombamento da residência em nada afeta sua atividade, que poderá ser desenvolvida normalmente. Entretanto, o tombamento da área do jardim impede que grande quantidade de carros sejam colocados nos jardins, os quais muitas vezes eram estacionados sobre as plantas e não apenas nas áreas calçadas. Consequentemente, reduzida ficou a área para estacionamento, provocando um certo descontentamento de parte da clientela, que acabou por não mais freqüentar o local . Ainda que seja possível vender o potencial de construção, nada impede que o proprietário pleiteie uma indenização por parte do Poder Público pelo prejuízo sofrido pela diminuição da utilização do estacionamento, que apesar de não ser sua atividade fim, contribuía para atrair sua clientela. Neste caso específico, a venda do potencial de construção, quando efetivada, não atenuou os prejuízo eventualmente sofridos pela perda de parte da clientela.

5.2.4. Transferência do Direito de Construir e Prazo para Pagamento de Indenização pelo Tombamento

A transferência do direito de construir só isentaria o Poder Público do pagamento de indenização pelo tombamento se a única alegação do proprietário fosse a desvalorização comercial de seu imóvel por não mais poder utilizar-se de todo o potencial de construção permitido. Ainda assim, deve existir um prazo para que a transferência venha a se efetivar. Ao proprietário deve ser concedido um prazo, não muito pequeno, para tentar vender o potencial de construção. Passado o prazo e não tendo o proprietário vendido o potencial de construção, poderá pleitear a indenização. Após ser paga a indenização, não seria mais possível vender o potencial de construção, pois o proprietário estaria sendo ressarcido duas vezes pelo mesmo prejuízo.

Os pontos de conflito aqui colocados apenas demonstram que o Município, quando pretender utilizar a transferência do direito de construir como instrumento da ordenação urbana, deverá cercar-se de artifícios legais para não correr o risco de existir imóveis não utilizados ou subutilizados em regiões de grande adensamento, em afronta ao princípio da função social da propriedade ou, ainda, de desperdiçar dinheiro público no pagamento de indenizações que poderiam ser evitadas.

CONCLUSÕES

1. A propriedade em Roma tem natureza dupla, pois ao mesmo tempo que é individualizada, pertence ao grupo familiar, sendo local de moradia e de culto religioso.
2. Com o Feudalismo, a propriedade perde a característica religiosa, passando a ser local de produção. Há também, uma cisão no direito de propriedade pois aqueles que possuem o domínio da propriedade não a fazem produzir. É a separação da nua propriedade e do domínio útil.
3. O direito de propriedade, para ser mantido, deve ser protegido por normas escritas e de obediência obrigatória, inclusive pelos governantes.
4. Com o passar do tempo, o direito de propriedade deixa de ser individual para ser um direito social, merecedor de proteção desde que usufruído em benefício de toda a coletividade.

5. As primeiras constituições brasileiras protegeram o direito individual de propriedade, inclusive diante do Poder Público, que só podia contrapor-se a este direito mediante prévia e justa indenização.

6. A partir da Constituição Federal de 1934, o direito de propriedade passa a ser protegido desde que cumpra um papel social, atendendo aos anseios da coletividade.

7. O bem de valor histórico, ainda que de propriedade particular, tem patente interesse público, pois pertencente à história do próprio estado enquanto nação. Daí a importância de ser protegido e preservado. A Lei de Tombamento veio justamente para dar contornos à proteção jurídica do patrimônio histórico, artístico, cultural, natural e paisagístico brasileiro. O tombamento de um bem implica em algumas restrições ao direito de propriedade, já que o proprietário deverá usar, gozar e dispor de seu bem sempre respeitando as características que determinaram sua proteção. Em se tratando de tombamento de bem imóvel, também os imóveis vizinhos sofrem restrições, pois não podem realizar obras que impeçam ou diminuam a visibilidade do imóvel tombado.

8. Diante das restrições sofridas pelo bem tombado, fica claro que o tombamento tem natureza jurídica de servidão administrativa, não se tratando de novo tipo de intervenção na propriedade, nem tampouco, de espécie diferenciada de servidão.

9. A indenização será cabível desde que comprovado o efetivo prejuízo decorrente do tombamento. Seu valor deve ser apurado no momento do tombamento, sendo impertinentes indenizações futuras advindas de circunstâncias externas ao bem.

10. Também os imóveis vizinhos terão direito a indenização se comprovado o prejuízo causado pelo imóvel tombado.

11. O direito de construir sempre foi considerado inerente ao direito de propriedade, cujos contornos são dados pela Administração Pública por meio do poder de polícia. Entretanto, considerando que o direito de propriedade só é protegido à medida que a propriedade cumpre sua função social, é de se concluir que o direito de construir também pode sofrer adequação.

12. Se o direito de construir pode ser controlado, separando-se-o do direito de propriedade, é possível sua transferência.

13. Em que pesem algumas legislações municipais anteriores, a transferência do direito de construir passou a fazer parte da legislação brasileira com o Estatuto da Cidade.

14. O Estatuto da Cidade, norma geral de ordenação urbana, trouxe, no artigo 35, três hipóteses em que será possível a utilização da transferência do direito de construir. É inconstitucional qualquer norma estadual ou municipal que venha ampliar estas hipóteses, pois estará invadindo competência da União para legislar sobre norma geral em direito urbanístico.

15. É ao Poder Público que cabe a ordenação da cidade, sendo o único capaz de dimensionar o adensamento e os equipamentos públicos. Conseqüentemente, só ele poderá determinar, mediante lei, qual região pode receber a transferência do direito de construir, sob pena de desequilíbrio urbano.

16. A transferência do direito de construir se dá por escritura pública a qual não é registrada. O Município não pode obrigar, sob pena de invadir competência privativa da União, o registro da escritura que efetivar a transferência, apesar de tal providência propiciar maior segurança e publicidade ao negócio.

17. Quando a transferência se dá por escritura pública, a natureza do instituto é contratual. Quando a transferência se dá entre imóveis de um mesmo proprietário, não haverá contrato, mas sim ato administrativo outorgando ao particular o direito de utilizar o potencial construtivo de um imóvel em outro.

18. O Inciso II do artigo 35 do Estatuto da Cidade traz a possibilidade de transferência do direito de construir em caso de imóveis sujeitos à preservação por motivo de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural. Considerando que tombamento é a única medida legal capaz de obrigar a efetiva proteção e conservação de bens, conclui-se que este inciso refere-se especificamente a bens tombados.

19. Uma vez tombado, não é mais possível destruir o bem para que outra construção seja feita. Ao disciplinar a transferência do direito de construir, o Estatuto da Cidade procurou minimizar eventuais prejuízos impostos ao proprietário do bem tombado, que poderá aproveitar o potencial construtivo de seu imóvel em outro bem.

20. Teoricamente, a transferência do direito de construir seria de fácil aplicação e resolveria o eventual prejuízo para o proprietário e isentaria a

Administração Pública do pagamento de indenizações. Entretanto, nem sempre é possível transferir, pois muitas vezes o proprietário não possui outro imóvel ou não encontrou comprador para o potencial de construção disponível.

21. A lei municipal que disciplinar a transferência do direito de construir deverá prever situações que, se ocorrerem, impeçam o cumprimento da função social da propriedade após a utilização conjunta do tombamento e da transferência do direito de construir.

22. Extinto o motivo do tombamento após ter sido transferido o direito de construir, o particular poderá fazer uso da outorga onerosa do direito de construir, desde que prevista no plano diretor. Poderá ainda, prever, a lei municipal, que o proprietário deverá construir a mesma metragem quadrada do edifício anteriormente tombado. Outra solução é a fixação, na lei municipal, de qual construção poderá ser realizada no imóvel que se encontrar nesta situação. Há também a possibilidade de desapropriação, sendo o valor da indenização correspondente ao valor do imóvel subtraído o valor, devidamente atualizado, do potencial de construção anteriormente vendido.

23. A transferência do direito de construir prevista no inciso II do artigo 35 do Estatuto da Cidade incide, especificamente, nos imóveis tombados. Entretanto, é perfeitamente possível que também se aplique aos imóveis vizinhos, já que os efeitos do tombamento a eles se estendem.

24. Dependendo do caso, será possível a transferência do direito de construir e o recebimento de indenização, se comprovado que mesmo com a transferência, o proprietário do imóvel ainda sofreu prejuízos econômicos.

25. Nos casos em que a única alegação do proprietário é a desvalorização econômica do imóvel por não poder mais construir, a transferência poderá isentar o Poder Público de indenizar. A lei municipal deverá estipular prazos para que a transferência seja efetivada. Ultrapassado este prazo, poderá requerer indenização. Uma vez recebida a indenização, não mais será permitida a transferência do direito de construir.

BIBLIOGRAFIA

- ANDRADE, Rodrigo M. F. Patrimônio Histórico e Artístico. In: *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. (org. Carvalho Santos), vol. 36, p. 186 a 189.
- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.
- BARRETO, Carlos Eduardo. *Constituições do Brasil*. 6ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1971.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.
- CASTRO, Sonia Rabello de. *O Estado na Preservação de Bens Culturais*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1991.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.
- CRETELLA JR, José. Tombamento. In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Editora Saraiva, vol. 74, p. 1 a 14.
- _____. Regime Jurídico do Tombamento. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 112.
- CURY, Isabelle (org.). *Cartas Patrimoniais*. 2ª edição. Rio de Janeiro: IPHAN, 2000.
- DALLARI, Adilson Abreu. *Desapropriações para Fins Urbanísticos*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981.
- _____. Servidões Administrativas. In *Revista de Direito Público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981, vol. 59-60, p. 88 a 98.
- _____. Tombamento. In: DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle (coords.). *Temas de Direito Urbanístico 2*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

- DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coords.). *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 10ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1998.
- FAGUNDES, Seabra. Aspectos Jurídicos do Solo Criado. In *Revista de Direito Administrativo*, vol. 129.
- FERREIRA, Sérgio de Andréa. O Tombamento e o Devido Processo Legal. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, vol. 208, abril/junho de 1997, p. 1 a 34.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Disciplina Urbanística da Propriedade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.
- FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Estatuto da Cidade Comentado*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2.001.
- FURET, François; OZOUF, Mona. *Dicionário Crítico da Revolução Francesa*. Trad. Henrique Mesquita. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1989.
- GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 9ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.
- _____. *O Estatuto da Cidade*. 1ª edição. São Paulo: Editora NDJ Ltda., 2002.
- _____. Tombamento. In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Editora Saraiva, vol. 74, p. 14 a 30.
- LEMOS, Carlos A. C. *O que é Patrimônio Histórico*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1985.
- LE GOFF, Jacques. *La Baja Edad Media*. Espanha: Siglo XXI de España Editores, 1986.

- MACHADO, Carlos Augusto A. Tombamento – Um Instituto Jurídico. In: DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle (coords.). *Temas de Direito Urbanístico 1*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.
- MARÉS, Carlos Frederico. A proteção jurídica dos bens culturais. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano 1, nº 02: 19-35, 1993.
- MATTOS, Liana Portilho (org.). *Estatuto da Cidade Comentado*. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2002.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.000.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Estudos e Pareceres de Direito Público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vols. V, VII, IX e X, 1981/1988.
- _____. *Direito de Construir*. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.
- _____. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2.002.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Tombamento e Dever de Indenizar. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 81, 1987.
- _____. *Curso de Direito Administrativo*. 11ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, tomo IV, 1963, p. 224-233.
- _____. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, tomo VI, 1972, p. 366-376.
- MOREIRA, Mariana (coord.). *Estatuto da Cidade*. FUNDAÇÃO PREFEITO FÁRIA LIMA – CEPAM (SP). São Paulo, 2001.
- _____. *Transferência do Direito de Construir*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2003.

- MUKAI, Toshio. Limitações Urbanísticas e Patrimônio Cultural. *Revista de Administração Municipal*. Rio de Janeiro: IBAM, 1980, 154/52-62.
- _____. *Direito Administrativo Sistematizado*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.
- NYE, R.B.; MORPURGO, J.E. *História dos Estados Unidos (v.1: O Nascimento dos Estados Unidos)*. Trad. Fernando Barros. Lisboa: Editora Ulisseia, 1965.
- PIRES, Maria Coeli Simões. *Da Proteção ao Patrimônio Cultural – o tombamento como principal instituto*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1999.
- SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. Tombamento - Uma Análise Constitucional. Aspectos da Discricionariedade Aplicáveis ao Instituto. In: DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle (coords.). *Temas de Direito Urbanístico 1*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.
- SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. Direito de propriedade e direito de construir. In *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas, 1994, n ° 124, p. 135-141.
- SILVA, Fernando Fernandes da. *As cidades brasileiras e a convenção relativa à proteção do patrimônio mundial, cultural e natural de 1972*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1996.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2.000.
- _____. *Ordenação Constitucional da Cultura*. São Paulo: Malheiros Editores, 2.001.
- _____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2.002.

- TELLES, Antonio A. Queiroz. *Tombamento e seu regime jurídico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.
- TELLES, Augusto Carlos da Silva. *Atlas dos Monumentos Históricos e Artísticos do Brasil*. Rio de Janeiro: MEC E FAE – Fundação de Assistência ao Estudante, 1985.
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 12^a edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- TOLEDO, Carlos José Teixeira de. *Patrimônio Cultural Urbanístico*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1997.
- VITTA, Heraldo Garcia. Tombamento: Uma Análise Crítica. *Revista do Tribunal Regional Federal da Terceira Região*. São Paulo: Publicação Oficial, vol. 64, 2.004.