

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Caroline Cendron

A TRANSFERÊNCIA DO DIREITO DE CONSTRUIR COMO
POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO NOS CASOS DE
TOMBAMENTO DE IMÓVEL

Passo Fundo
2013

Caroline Cendron

A TRANSFERÊNCIA DO DIREITO DE CONSTRUIR COMO
POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO NOS CASOS DE
TOMBAMENTO DE IMÓVEL

Monografia Jurídica apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob a orientação do Professor Dr. Giovani Corralo.

Passo Fundo
2013

Aos meus pais, Geromil e Vanderléia, e
ao meu namorado, Guilherme Langa, por todo amor
e paciência.

Ao meu orientador, prof. Giovani
Corralo, e aos meus colegas, por todos os
apontamentos, sugestões e ajuda, pois foram de
grande valia na elaboração desse trabalho.

RESUMO

O presente estudo busca analisar o direito de propriedade e a sua função social, assim como a construção dos instrumentos interventivos da propriedade e o crescimento do interesse acerca da proteção do patrimônio cultural, no âmbito internacional e nacional. O foco principal é o estudo do tombamento, abordando conceito, origem, evolução, efeitos, procedimento, sendo que se busca compreender essas questões com o olhar voltado para o Direito Administrativo e Urbanístico. Além disso, procura-se destacar as diversas posições sobre as questões controversas do tombamento, ou seja, da natureza jurídica e da questão indenizatória, para que seja possível, ao final, descobrir se o proprietário de um bem imóvel tombado possui ou não direito à indenização em razão das restrições de direitos a que fica submetido. Também tem por objetivo a possibilidade da transferência do direito de construir como instrumento de indenização ao proprietário. Este tema está em debate há muitos anos e ainda não chegou a um consenso entre os doutrinadores. O método utilizado para a pesquisa é o hipotético-dedutivo para que, por meio das posições contrapostas, analisem-se os tópicos discutidos neste estudo.

Palavras-chave: Indenização. Patrimônio cultural. Propriedade. Sacrifício de direitos. Tombamento. Transferência do direito de construir.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO | 5 |
| 1 O ESTADO E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO DE PROPRIEDADE | 7 |
| 1.1 A propriedade e sua função social | 7 |
| 1.2 Formas de intervenção do Estado na propriedade | 14 |
| 1.3 A proteção do patrimônio coletivo: abordagem geral e análise das pactuações internacionais..... | 19 |
| 2 O TOMBAMENTO | 25 |
| 2.1 O histórico e o procedimento da preservação cultural dos bens portugueses | 25 |
| 2.2 A evolução da legislação brasileira acerca do tombamento e da preservação cultural dos bens imóveis | 29 |
| 2.3 O processo e os efeitos do tombamento | 34 |
| 3 A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO AO PROPRIETÁRIO FRENTE AO TOMBAMENTO DE BEM IMÓVEL | 41 |
| 3.1 A natureza jurídica do tombamento..... | 41 |
| 3.2 A indenização ao proprietário de imóvel tombado..... | 47 |
| 3.3 A transferência do direito de construir como forma de indenização | 51 |
| CONCLUSÃO | 57 |
| REFERÊNCIAS | 59 |

INTRODUÇÃO

O primeiro capítulo do presente estudo tem por objeto a evolução da propriedade, analisando o panorama atual em que o Estatuto da Cidade estabelece diretrizes de política urbana e a Constituição Federal de 1988 prevê que toda propriedade deverá cumprir sua função social, prevalecendo o interesse público sobre o interesse privado. Aliado a esses preceitos, outras formas de intervenção na propriedade foram surgindo, no âmbito do Direito Administrativo, como a desapropriação, a ocupação temporária, a servidão administrativa, a requisição e o tombamento.

O patrimônio histórico-cultural é uma das preocupações atualmente, sendo que vários tratados e convenções foram elaborados ao longo dos anos, no cenário internacional, para que os países e os cidadãos pudessem compreender a grandiosidade e a importância dos bens que contam a história mundial, assim como, para que fosse possível estabelecer metas, diretrizes e soluções para recuperá-los e protegê-los. No âmbito internacional, a Convenção sobre a Proteção do Patrimônio Mundial Cultural e Natural é o mais completo sobre o assunto.

O segundo capítulo também trata de aspectos em relação ao patrimônio, tanto internacional quanto nacionalmente, dando ênfase aos instrumentos protetivos. Especificamente, em Portugal, verifica-se que desde longa data o país se preocupa com o patrimônio cultural, mas sempre foi de forma desordenada e com várias leis esparsas, que deixavam muitas lacunas. Contudo, com o advento da Lei n. 101/2001, essa situação melhorou e os procedimentos de inventariação e classificação de bens tornaram-se mais efetivos.

No Brasil, o tombamento é o principal instrumento relacionado com o patrimônio cultural, sendo que, ao mesmo tempo, é o meio mais importante para a União, Distrito Federal, Estados e Municípios atuarem na recuperação e preservação do patrimônio histórico-cultural. O Decreto-Lei n. 25 de 1937 regula esse instituto, contudo, como é uma legislação antiga, em muitos casos deixa lacunas, as quais acabam gerando discussões doutrinárias e jurídicas.

O terceiro capítulo aborda a natureza jurídica e a possibilidade ou não de indenizar o proprietário de um imóvel tombado, pois são os tópicos que mais geram controvérsias entre os doutrinadores, tendo em vista que um tem influência sobre o outro. Quanto à natureza jurídica, existem três posições: a primeira afirma que o tombamento é uma servidão administrativa, a

segunda defende o tombamento como forma de limitação administrativa e a terceira como um instituto autônomo.

Quanto à questão da indenização, existem diversos posicionamentos diferentes. A primeira corrente defende que o tombamento deve ser indenizado, em razão do sacrifício de direitos, a segunda preza pela gratuidade do tombamento e a terceira afirma que a indenização deve ser analisada de acordo com o caso concreto. Entretanto, apesar dessa possibilidade de indenização pecuniária, também existe, no âmbito do Estatuto da Cidade, outro meio de indenização através da transferência do direito de construir.

A transferência do direito de construir é um instrumento que consiste em permitir que o proprietário receba, como forma de indenização, o coeficiente de aproveitamento do imóvel tombado para ser utilizado em outra propriedade sua ou em propriedade de terceiro; neste último caso, ocorrendo a alienação do direito de construir, conseqüentemente, torna-se mais eficaz e menos oneroso para as partes, pois é realizado na esfera municipal e por meio do ato administrativo.

Este trabalho tem embasamento nos institutos típicos do Direito Administrativo e suas diferenças, assim como, nas limitações ao direito de propriedade e o sacrifício de direitos. Outro marco teórico são os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da função social da propriedade.

Ademais, o patrimônio cultural representa a história, sendo que preservá-lo é um modo de construir e observar a evolução da cidade. O ato do tombamento faz com que surjam diversas limitações para o proprietário e muitos casos sejam levados ao Poder Judiciário, com o objetivo de pedir uma indenização pela instituição do tombamento. Contudo, é possível obter outro tipo de indenização por meio da transferência do direito de construir, que se revela uma solução viável e satisfatória, tanto para o Poder Público quanto para o proprietário.

Por fim, este estudo tem como escopo a análise dos institutos do direito de propriedade e do tombamento, em todas as suas implicações, incluindo as conseqüências para a sociedade, o proprietário e o Estado, como também, verificar os meios pelos quais o patrimônio cultural pode ser protegido, demonstrar de que forma isso influencia nos direitos inerentes do proprietário e fazer uma breve comparação entre a legislação brasileira e portuguesa. Busca também, ter um papel importante no sentido da divulgação dos tópicos estudados e auxílio na construção do conhecimento.

1 O ESTADO E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO DE PROPRIEDADE

O direito de propriedade se molda e se adapta ao panorama social de cada época, sofrendo com as mudanças de regimes políticos e dos ordenamentos jurídicos que evoluíram com o passar dos anos. Diante dessas modificações, houve o surgimento do termo “função social da propriedade”, e apareceram outros institutos que buscam intervir na propriedade particular almejando o interesse público. Além desses mecanismos, a comunidade internacional começou a preocupar-se com o patrimônio cultural e acabou por elaborar tratados e convenções visando à tomada de medidas, de âmbito mundial e local, para que houvesse a conservação e proteção dos bens de estimado valor cultural.

1.1 A propriedade e sua função social

Desde a sua origem, no direito grego e romano, o direito de propriedade se apresenta como um instituto mutável, fazendo com que os doutrinadores modificassem os conceitos e opiniões referentes ao tema.

Um dos primeiros conceitos referentes ao tema é o preconizado por Pereira e Figueiredo, no qual mencionam que a propriedade, em sentido amplo, abrange todo o patrimônio com valor pecuniário do homem e, em sentido restrito, compreende o direito de coisas corpóreas como direito absoluto e real.¹ Essa definição caracteriza a concepção de que o proprietário detém o pleno domínio sobre a coisa, ou seja, não tem nenhum dever com a coletividade.

A concepção de Bastos já altera as diretrizes do conceito anterior, pois entende que a propriedade é vista como direito subjetivo, consistindo na possibilidade do proprietário explorar o bem e vista como direito público, já que interfere na estrutura do Estado. Afirma também, que o direito de propriedade é um direito natural, do mesmo modo que a liberdade e a segurança, conforme previsto na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.²

Com base nas diretrizes atuais, Maluf entende que o direito de propriedade é um direito amplo de usar, gozar e dispor do bem como meio para a existência humana e como

¹ PEREIRA, Lafayette Rodrigues; FIGUEIREDO, Sálvio de. *Direito das coisas*. Brasília: Ed. Fac-similar, 2004. p. 97-98.

² BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 191.

forma de seu desenvolvimento, mas sempre observando os limites impostos pelo Poder Público.³ Esse conceito procura dar para a propriedade uma destinação útil e econômica, isto é, um caráter social.

Acerca dos direitos inerentes ao proprietário mencionados acima, Monteiro refere que o direito de uso é a possibilidade de o proprietário satisfazer suas necessidades com todos os serviços que o imóvel puder prestar, mas sem modificar sua substância. Quanto ao direito de gozo, o proprietário pode auferir os frutos que a coisa produzir, e no que tange ao direito de dispor, o proprietário tem o poder de consumir a coisa, de aliená-la, de gravá-la e de submetê-la ao serviço de outrem.⁴

As Constituições Federais, promulgadas no decorrer dos anos, tiveram que se adaptar ao contexto histórico vivenciado, estabelecendo consonância com as diferentes conceituações analisadas anteriormente.

As primeiras manifestações com relação à propriedade, na história do Brasil, têm sua origem na Constituição Imperial de 1824, especificamente no artigo 179, *caput* e inciso XXII⁵, caracterizando-se por ser uma garantia absoluta e individual do cidadão, sendo que a única exceção era a previsão do instituto da desapropriação. Posteriormente, houve a promulgação da Constituição Republicana de 1891 que, no artigo 72, *caput* e §17⁶, continuou assegurando a plenitude do direito a propriedade.

A intervenção do Estado na ordem econômica e social surgiu na Constituição Federal de 1934, no artigo 113, §17⁷, dispondo a função social como um modo de garantia e legitimidade da propriedade. Com isso, verifica-se a influência do capitalismo e das novas

³ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Limitações urbanas ao direito de propriedade*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 9.

⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 3. p. 105.

⁵ Art. 179, *caput* - A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte XXII. E'garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle previamente indenisado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação. [sic] BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brazil de 1824*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 19 set. 2012.

⁶ Art 72, *caput* - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
§17 - O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. BRASIL. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm>. Acesso em: 19 de set. 2012.

⁷ Art 113, *caput* - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
17) 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. BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brazil de 1824*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 19 set. 2012.

realidades sociais transformando a propriedade em um instituto palpável e flexível⁸. Além disso, visando dar aos recursos naturais brasileiros um melhor aproveitamento, surgiram legislações esparsas, como o Código das Águas, o Código de Caça e Pesca e o Código de Minas. A implantação da Era Vargas e dos regimes totalitários acarretou na supressão da função social da propriedade na Constituição Federal de 1937.

O artigo 141, *caput* e §16⁹, juntamente com o artigo 147¹⁰, ambos da Constituição Federal de 1946, constituíram um marco jurídico, visto que passaram a considerar o bem-estar social e recepcionaram a propriedade como um direito-dever, ou seja, o proprietário estava sujeito a ações positivas (fazer) e negativas (abstenções). Também, com o fim da Segunda Guerra Mundial e do período ditatorial brasileiro, passou-se a assegurar o acesso à propriedade.

A complexidade das relações sociais e a evolução do país foram fatores decisivos para a modificação das normas referentes ao direito de propriedade, sendo que a Constituição Federal de 1967 consagrou a expressão “função social da propriedade”, a qual foi mantida pela Constituição Federal de 1969, no artigo 153, §22¹¹ e artigo 160, inciso III¹², unindo a propriedade com os princípios de ordem econômica e social como garantia individual.

A Constituição Federal de 1988 inovou ao tornar a propriedade um direito fundamental, no artigo 5º, incisos XXII e XXIII¹³, visando conciliar o bem-estar social, a

⁸ MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao direito de propriedade*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 72.

⁹ Art 141, *caput* - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 16 - 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 a indenização ulterior. BRASIL. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 1946*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 19 set. 2012.

¹⁰ Art 147, *caput* - 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. BRASIL. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 1946*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 19 set. 2012.

¹¹ Art. 153, *caput* - 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, nos termos seguintes:
§22. É assegurado 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 161, facultando-se ao expropriado aceitar o pagamento em título de 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. BRASIL. Constituição (1969). *Constituição da República Federativa do Brasil, 1969*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 19 set. 2012.

¹² Art. 160, *caput* - A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: III - função social da propriedade; BRASIL. Constituição (1969). *Constituição da República Federativa do Brasil, 1969*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 19 set. 2012.

¹³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; BRASIL.

ordem econômica e os interesses individuais da pessoa humana. Nesse sentido, Lupo afirma que “ao mesmo tempo em que a propriedade é regulamentada como direito individual fundamental, revela-se o interesse público de sua utilização e de seu aproveitamento ligado aos anseios sociais”¹⁴.

Correia salienta que, na literatura jurídica alemã, a garantia constitucional da propriedade possui uma dupla função: garante a propriedade privada como instituto jurídico e protege como direito fundamental.¹⁵

A garantia como instituto jurídico ou institucional dirige-se ao legislador, pois é ele que pode afetar a estrutura fundamental da propriedade como direito de domínio individual, de modo a impedir a abolição ou eliminação do instituto. A garantia fundamental ou individual, por sua vez, vincula o legislador, a administração pública e o poder jurisdicional, uma vez que pretende proteger o cidadão de medidas de socialização, confisco e expropriação para garantir o poder-ter e o poder-utilizar do proprietário em relação ao seu bem.

A função social da propriedade une-se a esses preceitos conceituando-se como um princípio jurídico e busca aliar, harmonicamente, o interesse individual e o interesse social, ou seja, de um lado procura reafirmar a propriedade privada como sendo um instrumento e, de outro, procura extrair vantagens em prol da coletividade. Gomes refere:

A ordem jurídica asseguraria aos indivíduos o poder de usar e desfrutar uma coisa para que o exercessem em benefício de todos. Através desse conceito de que a propriedade, por definição, impõe deveres, explicitar-se-iam as crescentes limitações que a lei está opondo ao exercício desse poder sobre as coisas.¹⁶ [sic]

Duguit foi um dos primeiros precursores dessa concepção moderna do direito de propriedade e de sua função social. Sua teoria defende que a propriedade é uma riqueza e a função social é uma missão a ser desempenhada pelo proprietário; dessa forma, o proprietário não pode gozar, usar e dispor do bem da forma que quiser, pois, se assim fosse, um imóvel poderia ficar desocupado ou terrenos poderiam ficar sem construção, por exemplo. Portanto, o

Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 set. 2012.

¹⁴ LUPO, Rogério Russo. *A função social como agente limitador-conformativo da propriedade*. 2007. 150 p. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. p. 49. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetailObraForm.do?select_action=&co_obra=89510>. Acesso em: 19 set. 2012.

¹⁵ CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 302 et seq.

¹⁶ GOMES, Orlando. Evolução contemporânea do direito de propriedade. *Revista forense*. Rio de Janeiro: Forense, n. 149, p. 14, 1953.

mais adequado é a propriedade deixar de ter um caráter absoluto e o proprietário ter deveres perante a coletividade.¹⁷

Nesse sentido, o princípio da função social incide de três modos diferentes na propriedade: a privação de determinadas faculdades, a obrigação de exercer determinadas faculdades e as condições para o exercício das faculdades atribuídas¹⁸.

A privação de determinadas faculdades determina que a função social comprima as atividades do proprietário; entretanto, o objetivo não é limitar os poderes e sim adequá-los para que seu exercício seja compatível com a utilidade social. Por outro lado, exercer determinadas faculdades, significa dizer que o proprietário deve ter um comportamento positivo em determinadas situações, como por exemplo, na hipótese do artigo 182, §4º, da Constituição Federal¹⁹, o qual prevê sanção ao proprietário que deixa de edificar ou aproveitar o bem. As condições para o exercício das faculdades atribuídas definem que as atividades realizadas pelo proprietário devem ter eficácia; além disso, a destinação dada ao imóvel deve ser lícita e observar os pressupostos determinados no plano diretor municipal.

Aliado a essas diretrizes, que visam o cumprimento da função social, verifica-se a incidência do princípio da justiça social²⁰, presente no artigo 3º²¹ e no artigo 170, *caput* e

¹⁷ DUGUIT apud MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao direito de propriedade*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 61.

¹⁸ MORAES, José Diniz de. *A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 128 et. seq.

¹⁹ Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. § 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I - parcelamento ou edificação compulsórios; II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 set. 2012.

²⁰ A justiça social, de certo modo, soa, intuitivamente, como uma exigência ética de uma sociedade consciente de que todo ser humano deve ser respeitado em sua dignidade e também poder desfrutar do bem-estar proporcionado pelos esforços coletivos. [...] A partir da conjugação dos textos constantes nos arts. 3º, 170 e 193, da Constituição e do estudo realizado acerca dos princípios deles colhidos, é possível propor a sistematização dos aspectos associados à noção jurídica da expressão “justiça social” em quatro grupos: a) grupo de preceitos relacionados preponderantemente à garantia e à promoção da dignidade em favor de todas as pessoas; b) grupo de preceitos relacionados preponderantemente à garantia e à promoção do valor liberdade a todos os membros da sociedade; c) grupo de preceitos relacionados preponderantemente à garantia e à promoção da equalização de oportunidades a todos; d) grupo de preceitos relacionados preponderantemente à garantia e à promoção da redução dos desequilíbrios sociais em favor dos membros ou setores mais inferiorizados da comunidade política. JUNKES, Sérgio Luiz. *A justiça social como norma constitucional*. Disponível em: <http://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/edicoes-impresas/integra/arquivo/2012/junho/artigos/a-justica-social-como-norma-constitucional/indexcd0b.html?no_cache=1&cHash=601e066b6dedb4fb85b266ed45a2f150>. Acesso em: 05 out. 2012.

²¹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 set. 2012.

incisos I a III²², ambos da Constituição Federal, demonstrando que a propriedade deve ser prevista como um instituto de ordem econômica para assegurar a existência digna dos cidadãos.

A justiça social busca assegurar que, nos casos em que o proprietário não esteja realizando atividades que cumpram com as diretrizes previstas na Constituição Federal e nas legislações infraconstitucionais, os entes estatais possam adotar medidas e sanções, a fim de que o bem venha a cumprir com sua função social.

Ainda, em busca da concretização da função social, o artigo 182, §2º e 4º²³ da Constituição Federal prevê que o poder público municipal pode exigir do proprietário o aproveitamento do imóvel urbano, sob pena de parcelamento ou edificação compulsória, tributação progressiva e desapropriação.

O artigo 186, *caput* e incisos I a IV²⁴ da Carta Magna, traz a preocupação com a questão agrária determinando que, para a propriedade rural estar em consonância com a função social, deve haver o aproveitamento racional e adequado dos recursos naturais, a preservação do meio ambiente, a observância das disposições que regulam as relações de trabalho e a exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Essas previsões constitucionais concedem às leis infraconstitucionais, ao Estatuto da Cidade e ao plano diretor, o dever de criar critérios e graus de exigências para que o proprietário observe e cumpra com as diretrizes da função social. Algumas dessas exigências

²² Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 set. 2012.

²³ Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. § 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. § 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. § 3º - As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro. § 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I - parcelamento ou edificação compulsórios; II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 set. 2012.

²⁴ Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 set. 2012.

estão previstas no artigo 2º da Lei n. 10.257/2001 (Estatuto da Cidade)²⁵, o qual estabelece diretrizes gerais de política urbana, como habitação, trabalho, circulação, lazer, crescimento educacional e cultural, ambiente sustentável e ecologicamente equilibrado, para que haja o melhor desenvolvimento possível e organizado da cidade.²⁶

Ademais, o artigo 2º, §1º da Lei n. 4.504 de 1964 (Estatuto da Terra)²⁷, também prevê os mesmos requisitos do artigo 186, *caput* e incisos I a IV da Constituição Federal; entretanto, ainda traz a preocupação com a produtividade e a forma de utilização da terra. Além disso, coloca à disposição do Poder Público meios judiciais e administrativos para compelir o proprietário a exercer a função social, como a desapropriação por utilidade social, a tributação

²⁵ Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações; II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano; III – cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social; IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente; V – oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais; VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar: a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos; b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes; c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana; d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como pólos geradores de tráfego, sem a previsão da infra-estrutura correspondente; e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização; f) a deterioração das áreas urbanizadas; g) a poluição e a degradação ambiental; h) a exposição da população a riscos de desastres. VII – integração e complementaridade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento socioeconômico do Município e do território sob sua área de influência; VIII – adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência; IX – justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização; X – adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar geral e a fruição dos bens pelos diferentes segmentos sociais; XI – recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos; XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico; XIII – audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população; XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais; XV – simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais; XVI – isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização, atendido o interesse social. BRASIL. *Estatuto da Cidade*. Lei n. 10. 257 de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm>. Acesso em: 25 mar. 2013.

²⁶ MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. (Org.) *Estatuto da cidade: lei 10.257 de 10.07.2001 comentários*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 20.

²⁷ Art. 2º É assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, na forma prevista nesta Lei. § 1º A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente: a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias; b) mantém níveis satisfatórios de produtividade; c) assegura a conservação dos recursos naturais; d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivem. BRASIL. *Estatuto da Terra*. Lei n. 4.504 de 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14504.htm>. Acesso em: 25 mar. 2013.

extraordinária, a manipulação do crédito agrícola e o remembramento de imóveis desapropriados²⁸.

No âmbito da legislação infraconstitucional, com o advento do Código Civil de 2002, o legislador passou a contemplar as normas referentes ao direito de propriedade. O artigo 1.228²⁹ manteve o proprietário como detentor dos atributos inerentes a propriedade e adequou a legislação civil às disposições constitucionais, ao estabelecer, no seu parágrafo primeiro, que a propriedade deve estar de acordo com as finalidades econômicas e sociais.

Portanto, verifica-se que a propriedade sempre foi uma fonte de sobrevivência e uma forma de extrair riquezas em favor do proprietário, mas o pensamento atual procura aliar a função social com o direito de propriedade para que toda a coletividade seja beneficiada e haja a concretização dos princípios de ordem econômica e da justiça social, por meio das normas constitucionais e das legislações infraconstitucionais.

1.2 Formas de intervenção do Estado na propriedade

O proprietário possui o direito de uso, gozo e disposição de sua propriedade; contudo, o Poder Público pode intervir no modo como o proprietário utiliza o bem para proteger a coletividade. Em decorrência disso, apresentam-se as limitações ao direito de propriedade como preceitos de ordem pública, derivados do poder de polícia do Estado.

As limitações urbanísticas encontram escopo no artigo 5º, inciso XXIII da Carta Magna, asseverando que o proprietário deve atender a função social. Maluf destaca que as limitações devem se adequar ao bem-estar social e à utilidade pública

Evidencia-se como uma subordinação do direito de propriedade privado ao interesse precípua da coletividade, advinda de normas de direito público e de direito privado e que aparecem de forma mais corriqueira como obrigações positivas ou obrigações de fazer, formulando imposições que apontam para o dever de utilizar o bem visando sempre o interesse público.³⁰

²⁸ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 119.

²⁹ Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. BRASIL. *Código Civil*. Lei n. 10.406 de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 25 mar. 2013.

³⁰ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Limitações urbanas ao direito de propriedade*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 105.

As intervenções decorrentes do Direito Administrativo, que serão objeto deste estudo, são a servidão administrativa, a requisição, a ocupação temporária, o tombamento e a desapropriação.

A servidão administrativa não possui nenhuma lei específica, uma vez que só é mencionada no artigo 40 do Decreto-Lei n. 3.365/1941³¹, diploma que trata da desapropriação por utilidade pública. Além disso, é definida por Filho como “o direito real público que autoriza o Poder Público a usar a propriedade imóvel para permitir a execução de obras e serviços de interesse coletivo.”³²

Di Pietro pondera que a servidão administrativa pode ser instituída em decorrência da lei e, assim, independe de qualquer ato jurídico, ou pode ser através de um acordo formal entre o proprietário e o Poder Público, devendo ser feito por meio de escritura pública, ou ainda, pode decorrer de sentença judicial, no caso de não haver acordo entre as partes.³³ Ressalta-se, ainda, que essa limitação administrativa também deve ser inscrita no Registro de Imóveis para ter efeito *erga omnes*.

A servidão administrativa também possui como característica a perpetuidade, isto é, ela se mantém enquanto houver a necessidade de o Poder Público utilizar o imóvel alheio; contudo, podem ocorrer causas extintivas, como a “perda da coisa gravada, a transformação da coisa por fato que a torne incompatível com seu destino, a desafetação da coisa dominante e a incorporação do imóvel serviente ao patrimônio público”³⁴, por exemplo.

Em relação ao caráter indenizatório, é necessário analisar cada caso previamente, pois se a instituição da limitação não causar nenhum dano ou impedimento ao uso da propriedade, então não haverá indenização. Entretanto, nas hipóteses em que houver um dano efetivo ao proprietário deve haver a indenização, com um caráter ressarcitório.³⁵

A requisição administrativa também é uma limitação administrativa e se caracteriza por ser uma intervenção do Estado com fins de utilizar bem móveis, imóveis e serviços de particulares. Assim, o Poder Público adentra na esfera privada e usa os seus recursos em situações de perigo iminente e que haja necessidade pública.

Havendo urgência em salvaguardar interesses coletivos que estão sob ameaça poderá haver a imposição da requisição, sendo que este ato é autoexecutório, isto é, não depende de

³¹ Art. 40. O expropriante poderá constituir servidões, mediante indenização na forma desta lei. BRASIL. *Decreto-lei n. 3.365 de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm>. Acesso em: 25 mar. 2013.

³² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 774.

³³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 158.

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 160.

³⁵ GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 891-892.

qualquer anuência do proprietário ou de interferência do Poder Judiciário. Além disso, o ato é vinculado, pois pressupõe uma relação entre o perigo e a necessidade de utilização dos meios que se encontram com o particular, de modo que é o órgão da administração pública que terá que fazer essa avaliação.³⁶

Como a requisição administrativa é transitória, uma vez que ocorre enquanto perdurarem as circunstâncias que deram causa à imposição do ato, no momento em que o cenário desaparecer a requisição será extinta. Em relação à possibilidade de indenização, utilizam-se as mesmas orientações referentes às servidões administrativas; portanto, só caberá indenização se a atividade estatal houver provocado algum dano efetivo.³⁷

A ocupação temporária ocorre quando o Poder Público necessita utilizar, por um determinado período de tempo, propriedade privada imóvel, com o intuito de concretizar a execução de uma obra ou de serviços públicos.³⁸

É um instituto muito discutido pelos doutrinadores, porque existem diversas divergências acerca do seu objeto e procedimento. A primeira questão refere-se à expressão “propriedade privada”, pois Oliveira sustenta que deve ser aplicado o artigo 36³⁹, do Decreto-lei n. 3.365/1941, na sua literalidade, ou seja, somente terrenos não edificadas podem ser objeto da ocupação temporária.⁴⁰ Em posição contrária, Gasparini defende que pode haver construções e aproveitamento na propriedade, sem qualquer óbice.⁴¹ E os autores Madeira e Madeira complementam que não é correto basear-se somente no dispositivo da lei, já que situações diversas podem surgir ao longo do tempo⁴². Carvalho Filho salienta

Exemplo típico de ocupação temporária é a utilização temporária de terrenos particulares contíguos a estradas (em construção ou em reforma), para a alocação transitória de máquinas de asfalto, equipamentos de serviço, pequenas barracas de operários etc. É também caso de ocupação temporária o uso de escolas, clubes e outros estabelecimentos privados por ocasião das eleições.⁴³

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 142-143.

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 142-143.

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 140.

³⁹ Art. 36. É permitida a ocupação temporária, que será indenizada, afinal, por ação própria, de terrenos não edificadas, vizinhos às obras e necessários à sua realização. BRASIL. *Decreto-lei n. 3.365 de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm>. Acesso em: 25 mar. 2013.

⁴⁰ OLIVEIRA, Odília Ferreira da Luz. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 250.

⁴¹ GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 889.

⁴² MADEIRA, José Maria Pinheiro; MADEIRA, Jansen Amadeu do Carmo. Institutos afins à desapropriação (3ª e última parte). *Fórum administrativo: direito público*. Belo Horizonte: Fórum, v. 8, n. 91, set. 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/32120>>. Acesso em: 08 out. 2012.

⁴³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 785.

Diante disso, o instituto apresenta duas modalidades. A primeira está prevista no artigo 36 do Decreto-lei n. 3.365/1941, a qual está vinculada à desapropriação e, a segunda, que é para obras e serviços em geral. Essa classificação também influencia na questão indenizatória, tendo em vista que o dispositivo citado já prevê a indenização, pois está diretamente ligado à questão expropriatória. E quando for desvinculado da desapropriação, como ocorre no segundo caso, a indenização observará os mesmos fundamentos da servidão administrativa e da requisição administrativa, sendo dependente da ocorrência ou não de prejuízo para o proprietário.⁴⁴

O tombamento, que será objeto de estudo do capítulo seguinte, também possui várias divergências em relação a sua natureza jurídica e indenização. É um instituto regulado pelo Decreto-lei n. 25 de 1937⁴⁵, tendo por objetivo a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, atingindo bens móveis ou imóveis, públicos ou privados, materiais ou imateriais.⁴⁶

Todos esses institutos analisados são intervenções restritivas em relação à propriedade, pois o Poder Público não retira o bem do proprietário, somente impõe algumas restrições. Entretanto, a desapropriação é uma intervenção supressiva, tendo em vista que retira do proprietário o seu imóvel, em decorrência do interesse público. Meirelles conceitua a desapropriação como “a transferência compulsória de bens particulares (ou públicos de entidade de grau inferior) para o Poder Público ou seus delegados, por necessidade ou utilidade pública, ou ainda, por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro.”⁴⁷

A desapropriação possui várias espécies que derivam de diferentes fontes. A primeira delas é a desapropriação ordinária advinda do artigo 5º, inciso XXIV⁴⁸ da Constituição Federal, a qual determina que “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”.

A norma que trata da desapropriação por utilidade pública é o Decreto-Lei n. 3.365 de 1941, e ocorre quando a propriedade alheia “é conveniente e vantajosa ao interesse coletivo”.⁴⁹ Pode acontecer quando houver a formação de novos núcleos urbanos, para fins de

⁴⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 786-787.

⁴⁵ BRASIL. *Decreto-lei n. 25 de 1937*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0025.htm>. Acesso em: 25 de mar. 2013.

⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 146-151.

⁴⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 650.

⁴⁸ Art. 5º: XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição; BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 set. 2012.

⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 176.

urbanização ou, também, para formação de distritos industriais. Essas hipóteses são taxativas e estão presentes no artigo 5º⁵⁰, do referido decreto. Já a Lei n. 4.132 de 1962⁵¹, regula as hipóteses em que há interesse social, de forma que ocorrerá a desapropriação quando visar o aumento da qualidade de vida e a diminuição da desigualdade entre a população.^{52 53}

A segunda espécie está presente no artigo 182, §4º, inciso III⁵⁴ da Constituição Federal, denominada de desapropriação urbanística sancionatória. O proprietário tem o dever de observar e cumprir com as diretrizes previstas no Estatuto da Cidade, incluindo a função social. Caso isso não ocorra o proprietário será notificado e terá um prazo para se adequar às normas, sob pena de tributação progressiva do IPTU pelo período de, no máximo, cinco anos, de forma que passado esse lapso temporal e a propriedade ainda não estiver em conformidade com a legislação, poderá ocorrer a desapropriação. A indenização se dá por meio de títulos da dívida pública podendo ser resgatada em até dez anos.⁵⁵

Outra espécie é a desapropriação rural presente no artigo 184⁵⁶ da Carta Magna. A reforma agrária ocorrerá quando a propriedade não estiver cumprindo com a função social e só a União é competente para efetuar-la. A indenização será feita por meio de títulos da dívida

⁵⁰ Art. 5º Consideram-se casos de utilidade pública: a) a segurança nacional; b) a defesa do Estado; c) o socorro público em caso de calamidade; d) a salubridade pública; e) a criação e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência; f) o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica; g) a assistência pública, as obras de higiene e decoração, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais; h) a exploração ou a conservação dos serviços públicos; i) a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o parcelamento do solo, com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; a construção ou ampliação de distritos industriais; j) o funcionamento dos meios de transporte coletivo; k) a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza; l) a preservação e a conservação adequada de arquivos, documentos e outros bens móveis de valor histórico ou artístico; m) a construção de edifícios públicos, monumentos comemorativos e cemitérios; n) a criação de estádios, aeródromos ou campos de pouso para aeronaves; o) a reedição ou divulgação de obra ou invento de natureza científica, artística ou literária; p) os demais casos previstos por leis especiais. BRASIL. *Decreto-lei n. 3.365 de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm>. Acesso em: 25 mar. 2013.

⁵¹ BRASIL. *Lei n. 4.132 de 1962*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14132.htm>. Acesso em: 25 de mar. 2013.

⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.176.

⁵³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 654.

⁵⁴ Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. § 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 set. 2012.

⁵⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 655.

⁵⁶ Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 set. 2012.

agrária podendo ser resgatada em até vinte anos, sendo que as benfeitorias úteis e necessárias serão pagas em dinheiro.⁵⁷

É importante salientar que a desapropriação possui duas fases, a fase declaratória, em que é declarada a utilidade pública da propriedade e a fase executória, na qual são os atos que darão efetividade à declaração. Esta segunda fase pode ser extrajudicial ou judicial. Na primeira hipótese, as partes concordam em relação ao valor da indenização e, assim, haverá um acordo e não terá a intervenção do Poder Judiciário. Na hipótese de ser judicial, haverá a participação do Poder Judiciário e o expropriante ajuizará uma ação expropriatória. Neste caso, o proprietário do imóvel poderá concordar com a indenização e então haverá somente a homologação ou discordar e o valor será fixado pelo juiz.⁵⁸

A competência para legislar é da União, conforme o artigo 22, inciso II⁵⁹ da Constituição Federal. Para declarar a desapropriação é da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, assim como, para efetivá-la. Neste último caso, as autarquias e as concessionárias de serviço público também são competentes.⁶⁰

Observa-se, portanto, que essas intervenções estudadas são decorrentes das normas constitucionais e infraconstitucionais reguladoras do direito de propriedade. O principal objetivo de restringir o modo como o proprietário exerce seus direitos sob o imóvel é fazer com que a coletividade seja beneficiada e que os planos urbanísticos sejam respeitados, mantendo-se um equilíbrio entre a coletividade e o proprietário.

1.3 A proteção do patrimônio coletivo: abordagem geral e análise das pactuações internacionais

O direito de propriedade é fruto da organização social, ou seja, conforme foi ocorrendo a evolução das cidades, tornou-se imperioso regular o modo como o particular utiliza o seu imóvel para que o ambiente urbano cresça e se desenvolva de forma ordenada, proporcionando a integração dos cidadãos e o bem-estar social. Nesse sentido, o proprietário

⁵⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 874-876.

⁵⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 885.

⁵⁹ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: II - desapropriação; BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 set. 2012.

⁶⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 882.

deve observar as diretrizes da função social da propriedade presentes na Constituição Federal e no plano diretor de sua cidade.

Essas diretrizes possuem o objetivo de estabelecer políticas urbanas para que haja o melhor aproveitamento do espaço territorial e que os habitantes possam ter uma boa qualidade de vida. O urbanismo, que é uma destas políticas, exige a elaboração de um planejamento urbano para regular as dimensões econômica, social, ambiental, infra-estrutural, gerencial e territorial da cidade, de modo que abrigue todas as necessidades da coletividade e, ao mesmo tempo, mantenha o equilíbrio com a infraestrutura disponível.⁶¹

O urbanismo também se preocupa com o patrimônio cultural e sua preservação, em decorrência disso, sobrevieram diversas convenções, tratados e declarações internacionais que visam à proteção do patrimônio cultural material e imaterial.⁶²

O patrimônio cultural começou a se tornar uma preocupação mundial na década de 30, em decorrência da iminência das guerras que poderiam destruir os bens. Um dos primeiros documentos acerca disso foi promulgado em 1935 e contava com a assinatura de vinte e um países, incluindo o Brasil. Foi denominado como Pacto Internacional Roerich da Paz e Cultura, estabelecendo a neutralidade aos monumentos históricos, museus, instituições científicas, artísticas, educacionais e culturais, além da proteção e respeito aos funcionários dessas instituições, tanto em tempos de guerra como em tempos de paz.

O início da Segunda Guerra Mundial fez com que o planeta entrasse em estado de alerta, principalmente em relação aos direitos e deveres dos cidadãos. Assim, a Organização das Nações Unidas criou a UNESCO, em 1946, para intervir nas áreas educacionais, culturais e científicas. Em 1948, foi promulgada a Declaração Universal dos Direitos Humanos e em 1954, houve a Convenção de Haia.

A Convenção de Haia, dentre outras disposições, define o que são bens culturais, além de estabelecer as medidas militares, formas de proteção, normas para o transporte dos bens e o campo de aplicação da Convenção. Ainda, reconhece a necessidade de proteção aos bens

⁶¹ PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 47 e 211.

⁶² O Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional define que o patrimônio cultural pode ser analisado sob dois aspectos, o patrimônio material e o patrimônio imaterial. O primeiro é o conjunto de bens culturais classificados segundo sua natureza, ou seja, dividem-se em arqueológico, paisagístico, histórico e belas artes, sendo que podem ser bens móveis como acervos documentais, bibliográficos e cinematográficos ou bens imóveis como núcleos urbanos, sítios arqueológicos e paisagísticos. O segundo, por sua vez, compreende as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas que, junto com os instrumentos, artefatos e lugares culturais das comunidades, a sociedade reconhece como parte integrante do seu patrimônio cultural. INSTITUTO do patrimônio histórico e artístico nacional. *Patrimônio material*. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/portal/montarPaginaSecao.do?id=12297&retorno=paginaIphan>>. Acesso em: 18 out. 2012. UNITED nations educational, scientific and cultural organization. *Patrimônio cultural no Brasil*. Disponível em: <<http://www.unesco.org/new/pt/brasil/culture/world-heritage/cultural-heritage/>>. Acesso em: 18 out. 2012.

culturais que formam a identidade de cada povo, já que a guerra e a tecnologia bélica trazem efeitos devastadores. Salienta-se também que a preservação deve ser realizada em âmbito nacional e internacional. O preâmbulo da Convenção de Haia consolida estas ideias

Convencidos de que os atentados perpetrados contra os bens culturais, qualquer que seja o povo a quem eles pertençam, constituem atentados contra o patrimônio cultural de toda a humanidade, sendo certo que cada povo dá a sua contribuição para a cultura mundial.

Considerando que a convenção do patrimônio cultural apresenta uma grande importância para todos os povos do mundo e que importa assegurar a este patrimônio uma proteção internacional.

Após o término da Segunda Guerra Mundial houve um intenso crescimento das cidades decorrentes da sua reconstrução e do êxodo rural. Com isso, novas preocupações com o meio ambiente e com a gestão urbana começaram a surgir. O II Congresso de Arquitetos e Técnicos de Monumentos Históricos, realizado em 1964, deu origem a Carta de Veneza que tem como principal objetivo determinar os princípios relativos à conservação e à restauração dos monumentos.

Lino afirma que este documento lançou duas ideias importantes acerca do patrimônio cultural. A primeira refere que os bens culturais imóveis urbanos devem estar inseridos no contexto, ou seja, no ambiente em que estão situados. E a segunda, de que estes bens podem ter várias funções, além daquelas que possuem originalmente, a fim de que seja possível aliar ao desenvolvimento econômico e social.⁶³

Em 1972, ocorreu a Convenção sobre a Proteção do Patrimônio Mundial Cultural e Natural visando formar um patrimônio mundial e um sistema de proteção coletiva, além de incentivar a preservação de bens culturais e naturais considerados significativos para a humanidade.

No artigo 1º⁶⁴ da Convenção, os bens culturais são definidos e classificados. Contudo, salienta que eles devem possuir “valor universal excepcional”. Dessa forma, o patrimônio

⁶³ LINO, Fernanda Noia da Costa. *A preservação do patrimônio cultural urbano: fundamentos, agentes e práticas urbanísticas*. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 18. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-27012011-091914/pt-br.php>>. Acesso em: 19 out. 2012.

⁶⁴ ARTIGO 1 - Para os fins da presente Convenção são considerados “patrimônio cultural”: - os monumentos: obras arquitetônicas, esculturas ou pinturas monumentais, objetos ou estruturas arqueológicas, inscrições, grutas e conjuntos de valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência, - os conjuntos: grupos de construções isoladas ou reunidas, que, por sua arquitetura, unidade ou integração à paisagem, têm um valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência, - os sítios: obras do homem ou obras conjugadas do homem e da natureza assim como áreas, incluindo os sítios arqueológicos, de valor universal excepcional do ponto de vista histórico, estético,

cultural da humanidade deve ser formado por bens que sejam de relevante valor e de comoção social, além de terem influenciado na construção da história dos países. Widmer e Pires afirmam que o bem cultural é “algo que se destaca do comum dentro de sua época e de seu espaço, reunindo a capacidade de ser considerado extraordinário e representativo do patrimônio cultural das presentes e futuras gerações que congreguem o sentido de humanidade.”⁶⁵

Os artigos 4^{o66} e 5^{o67} da Convenção determinam a responsabilidade de cada Estado-membro com o patrimônio de seu país. Assim, é de sua competência “identificar, proteger, conservar, valorizar, transmitir às gerações futuras o patrimônio cultural e natural”. Os Estados-membros também possuem o dever de realizar programas de planejamento, criar órgãos de proteção e conservação, adotar medidas judiciais e estimular a pesquisa científica, por exemplo.

A Convenção também menciona no artigo 6^{o68}, que o patrimônio nacional do Estado-parte torna-se patrimônio mundial, mas sempre observando a soberania dos países e o dever de cooperação entre eles. Ademais, mesmo após o bem se tornar patrimônio cultural da

etnológico ou antropológico. CONVENÇÃO para a proteção do patrimônio mundial, cultural e natural. 1972. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001333/133369por.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2012.

⁶⁵ WIDMER, Gloria Maria; PIRES, Mário Jorge. Convenção do patrimônio mundial, cultural e natural, como possível elemento indutor de atividade turística. *Revista Hospitalidade*. São Paulo: Universidade Anhembi Morumbi, ano 5, n. 2, jul./dez. 2008. p. 55. Disponível em: <<http://spell.org.br/documentos/ver/3437/a-convencao-do-patrimonio-mundial-cultural-e-natural-como-possivel-elemento-indutor-de-atividade-turistica/i/pt-br>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

⁶⁶ ARTIGO 4 - Cada Estado-parte da presente Convenção reconhece que lhe compete identificar, proteger, conservar, valorizar e transmitir às gerações futuras o patrimônio cultural e natural situado em seu território. O Estado-parte envidará esforços nesse sentido tanto com recursos próprios como, se necessário, mediante assistência e cooperação internacionais à qual poderá recorrer, especialmente nos planos financeiro, artístico, científico e técnico. CONVENÇÃO para a proteção do patrimônio mundial, cultural e natural. 1972. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001333/133369por.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2012.

⁶⁷ ARTIGO 5 - A fim de assegurar proteção e conservação eficazes e valorizar de forma ativa o patrimônio cultural e natural situado em seu território e em condições adequadas a cada país, cada Estado-parte da presente Convenção se empenhará em: a) adotar uma política geral com vistas a atribuir uma função ao patrimônio cultural e natural na vida coletiva e integrar sua proteção nos programas de planejamento; b) instituir no seu território, caso não existam, um ou vários órgãos de proteção, conservação ou valorização do patrimônio cultural e natural, dotados de pessoal capacitado e que disponha de meios que lhes permitam desempenhar suas atribuições; c) desenvolver estudos, pesquisas científicas e técnicas e aperfeiçoar os métodos de intervenção que permitam ao Estado enfrentar os perigos que ameaçam seu patrimônio cultural ou natural; d) tomar as medidas jurídicas, científicas, técnicas, administrativas e financeiras cabíveis para identificar, proteger, conservar, valorizar e reabilitar o patrimônio; e) fomentar a criação ou o desenvolvimento de centros nacionais ou regionais de formação em matéria de proteção, conservação ou valorização do patrimônio cultural e natural e estimular a pesquisa científica nesse campo. CONVENÇÃO para a proteção do patrimônio mundial, cultural e natural. 1972. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001333/133369por.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2012.

⁶⁸ ARTIGO 6 1. Respeitando plenamente a soberania dos Estados, em cujo território se situa o patrimônio cultural e natural a que se referem os artigos 1 e 2 deste instrumento, e sem prejuízo dos direitos reais previstos pela legislação nacional sobre esse patrimônio, os Estados-parte da presente Convenção reconhecem que constitui patrimônio universal, com a proteção do qual a comunidade internacional tem o dever de cooperar. 2. Os Estados-parte se comprometem, por conseguinte, e em conformidade às disposições da presente Convenção, a fornecer apoio para identificar, proteger, conservar e valorizar do patrimônio cultural e natural de que tratam os parágrafos 2 e 4 do artigo 11, por solicitação do Estado, em cujo território o bem está localizado. 3. Cada um dos Estados-parte da presente Convenção se compromete a não tomar deliberadamente qualquer medida suscetível de prejudicar, direta ou indiretamente, o patrimônio cultural e natural a que se referem os artigos 1 e 2 localizados no território dos demais Estados-parte a esta Convenção. CONVENÇÃO para a proteção do patrimônio mundial, cultural e natural. 1972. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001333/133369por.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2012.

humanidade, os Estados ainda têm o dever de zelo pela conservação do patrimônio. O artigo 1º, §3º⁶⁹ da Constituição da UNESCO estabelece que em observância à integridade, à diversidade das culturas e aos sistemas educacionais, fica vedada a intervenção no âmbito da jurisdição interna dos Estados. Assim, observa-se que as atividades internacionais visam à cooperação entre os países signatários, mas não buscam substituir as atribuições referentes à preservação e manutenção do patrimônio cultural.

A cooperação também está disposta no artigo 23⁷⁰ da Convenção, determinando que sejam realizadas ações que visem apoiar a comunidade internacional, por meio de estudos que ajudem a identificar, proteger, conservar e valorizar dos bens culturais, bem como prestar serviços de perícia e mão de obra qualificada, fornecimento de equipamentos e especialistas, empréstimos com juros reduzidos e concessão de subvenções.

Ainda, Bo assevera que a Convenção

[...] estimula os Estados a integrarem a proteção do patrimônio aos programas de desenvolvimento regional; descreve igualmente a função do Comitê do Patrimônio Mundial, a forma de eleição e o mandato dos seus 21 países, escolhidos dentre os signatários da Convenção; prevê exame periódico do estado de conservação e gerenciamento dos sítios; e explica a utilização e a gestão do Fundo do Patrimônio Mundial, além das condições e modalidades de assistência financeira internacional.⁷¹

A Convenção sobre a Proteção do Patrimônio Mundial Cultural e Natural caracteriza-se por ser um documento de grande impacto devido a sua abrangência e repercussão política e econômica, já que possui, atualmente, 189 Estados signatários, além de compreender as paisagens, cidades, centros históricos, canais navegáveis e itinerários culturais, por exemplo.

A adesão do Brasil à Convenção foi ratificada pelo Congresso Nacional em 1977 e o texto da norma foi promulgado no Decreto n. 80.978 de 1977. Entretanto, o Brasil, mesmo antes de ser signatário, já possuía o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional

⁶⁹ Artigo I Propósitos e funções: 3. Com vistas à preservação da independência, da integridade e da diversidade frutífera das culturas e dos sistemas educacionais dos Estados Membros da Organização, fica a ela vedada a intervenção nas questões essencialmente restritas à jurisdição interna desses Estados. CONSTITUIÇÃO da organização das nações unidas para a educação, a ciência e a cultura. 16 nov. 1945. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001472/147273POR.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2012.

⁷⁰ ARTIGO 23 - O Comitê do Patrimônio Mundial pode também prestar assistência internacional a centros nacionais ou regionais de formação de especialistas de qualquer nível nas áreas de identificação, proteção, conservação, valorização e reabilitação do patrimônio cultural e natural. CONSTITUIÇÃO da organização das nações unidas para a educação, a ciência e a cultura. 16 nov. 1945. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001472/147273POR.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2012.

⁷¹ BO, João Batista Lanari. *Proteção do patrimônio na UNESCO: ações e significados*. Brasília: DF: UNESCO, 2003. p. 104. Disponível em: <http://www.dominipublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=65731>. Acesso em: 10 jan. 2013.

(SPHAN) que visava à proteção dos bens culturais, além do Decreto-lei n. 25 de 1937, que dispõe acerca do tombamento.

Ainda, a Conferência Mundial sobre as Políticas Culturais de 1985 deu origem a Declaração do México, que objetivava, principalmente, determinar a abrangência do patrimônio cultural, estabelecendo que

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

A Declaração reconhece que os atentados contra o patrimônio são inaceitáveis e afirma que a preservação é o caminho para os povos formarem sua identidade cultural. Salienta a necessidade de cooperação entre as nações para que os anseios de conservação e valorização dos bens sejam maximizados e haja maior efetividade na definição de políticas culturais.

Dessa forma, percebe-se que existem várias normas e convenções que procuram proteger o patrimônio histórico, artístico e cultural. Logo, são de extrema relevância para a formação das cidades e da identidade cultural de cada região. Além disso, é uma forma de perpetuar os povos e sua cultura, fazendo com que as gerações possam conhecer e respeitar o patrimônio mundial que possuem, na qualidade de membros de uma coletividade.

2 O TOMBAMENTO

A ratificação de diversos tratados e convenções internacionais fizeram com que cada país signatário adotasse medidas diferentes para proteção do patrimônio cultural. Portugal, por exemplo, possui uma longa trajetória referente à preservação, sendo que utiliza os institutos da inventariação e da classificação para proteger os bens do seu país. No Brasil é visível a modificação nas Constituições sobre o tema, além disso, adota o tombamento, como principal instrumento de preservação dos bens imóveis.

2.1 O histórico e o procedimento da preservação cultural dos bens portugueses

A ideia e a preocupação com a preservação do patrimônio esteve presente desde o século IX, em Portugal. Os antigos monarcas possuíam arquivos ambulantes que carregavam os documentos reais, atos oficiais e testamentos, sendo que, com o surgimento da sociedade feudal, os documentos começaram a ser armazenados nos conventos, já que a Igreja Católica era a senhora feudal que possuía maior importância e riqueza.^{72 73}

Entre os anos de 1352 e 1378, foi criado o Arquivo Real, situado no Castelo de São Jorge, por ordem de D. Fernando I, que tinha por objetivo conservar e zelar pelos impostos, documentos e rendas do país. No século XV, surgiu a expressão “escrituras do tombo”, para designar o livro em que constava o registro de todos os bens do Estado.⁷⁴ Após, o Arquivo Real foi denominado de Arquivo da Torre do Tombo.

Carvalho salienta que

[...] ao longo da história, a função do Arquivo da Torre do Tombo se alargou. Inicialmente, guardava documentos da administração do reino, dos vassallos, do rei, das possessões ultramarinas e das relações de Portugal com os demais reinos. Servia também para a emissão de certidões, espaço para consulta e empréstimos de documentos.⁷⁵

⁷² SCHMIDT, Mario. *Nova história crítica*. São Paulo: Nova geração, 2005. p. 87.

⁷³ TELLES, Antonio A. Queiroz. *Tombamento e seu regime jurídico*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1992. p. 20.

⁷⁴ TELLES, Antonio A. Queiroz. *Tombamento e seu regime jurídico*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1992. p. 21.

⁷⁵ CARVALHO, Denise Ortiz de. *Os efeitos do tombamento na propriedade imobiliária privada*. 2010. Trabalho de conclusão de Curso (Especialista em Direito Imobiliário) – Faculdade Autônoma de Direito, São Paulo, 2010. p. 43.

Com o passar dos anos, o Arquivo ganhou novas dimensões e deu origem à política nacional de arquivo. Após iniciou-se um processo de conservação e valorização do patrimônio.⁷⁶

No Brasil, a expressão tombamento surgiu da elocução *tombar* proveniente da Torre do Tombo e é definido como a inscrição, registro, inventário e cadastro de bens.⁷⁷ Em Portugal, não é utilizada a expressão tombamento para a proteção dos bens culturais, mas sim classificação e inventariação, que são atividades administrativas.

A primeira manifestação portuguesa acerca do patrimônio ocorreu em 1721, com a criação da Academia Real de História Portuguesa, por Saraiva argumenta que a Academia “renovou no nosso país os métodos da investigação histórica e produziu as primeiras obras de caráter científico fundado em documentos.”⁷⁸ Todavia, foi somente no ano de 1880 que se iniciou a inventariação dos bens, ou seja, houve a primeira relação de imóveis considerados monumentos e importantes para a história portuguesa.

A Constituição Portuguesa de 1976 estabelece como tarefa fundamental do Estado a proteção e valorização do patrimônio cultural e dá ênfase ao princípio da democratização da cultura, presente no artigo 73, §2º da Carta Lusitana⁷⁹. Esse princípio propõe que todos os cidadãos possam ter acesso à cultura em suas diferentes manifestações e que o Estado é o instrumento para efetivação deste objetivo. Além disso, o artigo 78, §2º, alínea a, c, da Constituição Portuguesa⁸⁰, preza, novamente, pela salvaguarda do patrimônio cultural e pelo envolvimento da população com a cultura.⁸¹

Santos complementa essas ideias afirmando que a Constituição Portuguesa

Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/36629145/13/Origem-do-termo-%E2%80%9Ctombamento%E2%80%9D-Portugal>>. Acesso em: 11 jan. 2013.

⁷⁶ ARQUIVO nacional torre do tomo. *Identificação institucional: história*. Disponível em: <<http://antt.dgarq.gov.pt/inicio/identificacao-institucional/historia/>>. Acesso em: 11 jan. 2013.

⁷⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. *Dicionário de direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 510.

⁷⁸ SARAIVA, José Hermano. *História concisa de Portugal*. 8. ed. Portugal: Publicações Europa América, 1983. p. 242.

⁷⁹ Artigo 73 - Educação, cultura e ciência: 2. O Estado promove a democratização da educação e as demais condições para que a educação, realizada através da escola e de outros meios formativos, contribua para a igualdade de oportunidades, a superação das desigualdades económicas, sociais e culturais, o desenvolvimento da personalidade e do espírito de tolerância, de compreensão mútua, de solidariedade e de responsabilidade, para o progresso social e para a participação democrática na vida colectiva. PORTUGAL. *Lei constitucional n. 1 de 1976*. Disponível em: <<http://dre.pt/sug/1s/indices-lista-diplomas.asp?tipo=lei%20constitucional&ano=2005&trim=3>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

⁸⁰ Artigo 78 - Fruição e criação cultural: 2. Incumbe ao Estado, em colaboração com todos os agentes culturais: a) Incentivar e assegurar o acesso de todos os cidadãos aos meios e instrumentos de acção cultural, bem como corrigir as assimetrias existentes no país em tal domínio; c) Promover a salvaguarda e a valorização do património cultural, tornando-o elemento vivificador da identidade cultural comum; PORTUGAL. *Lei constitucional n. 1 de 1976*. Disponível em: <<http://dre.pt/sug/1s/indices-lista-diplomas.asp?tipo=lei%20constitucional&ano=2005&trim=3>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

⁸¹ SILVA, Júlia Alexim Nunes da. *Por um código do patrimônio cultural brasileiro*. Disponível em: <http://direitosculturais.com.br/artigos_interna.php?id=66>. Acesso em: 14 jan. 2013.

[...] não adopta uma concepção estática, de mera protecção do património do povo português e inerente funcionalização deste como testemunho histórico para as gerações futuras, isto é, como “permanência” da cultura portuguesa através dos tempos, mas uma concepção dinâmica, promovendo-se a valorização do património cultural, a “democratização da cultura”, assegurando o acesso de todos os cidadãos à fruição e criação cultural e apoiar uma maior circulação de obras e bens culturais de qualidade e desenvolvendo as relações culturais com todos os povos.⁸²

Além da norma constitucional, atualmente, em Portugal, está em vigor a Lei n. 107/2001⁸³, denominada Lei de Bases do Património Cultural e o Decreto-lei n. 309/2009⁸⁴, que trata do procedimento da classificação.

O direito português possui uma lei extensa que trata da preservação e protecção do património cultural, a qual se efetiva por meio da classificação e inventariação. A principal diferença entre os dois institutos é que “a inventariação é um processo técnico de identificação e registo do património com o objectivo de o proteger, divulgar e valorizar. A classificação é um procedimento legal de atribuição de uma qualificação, que responsabiliza o proprietário pela conservação do imóvel.”⁸⁵

A inventariação pode ser efetivada tanto em bens públicos quanto privados, sendo que almeja formar um rol dos bens culturais portugueses, fazendo sua classificação e identificação para que os cidadãos possam conhecer e respeitar os bens. Além disso, o artigo 19 da Lei n. 107/2001, determina que a inventariação é “o levantamento sistemático, actualizado e tendencialmente exaustivo dos bens culturais existentes a nível nacional, com vista à respectiva identificação.”⁸⁶

Acerca da classificação, o artigo 18 da Lei n. 107/2001, dispõe que é “o acto final do procedimento administrativo mediante o qual se determina que certo bem possui um inestimável valor cultural.”⁸⁷ O procedimento administrativo é feito de ofício ou por meio de um requerimento inicial, no qual deve constar a identificação, descrição e localização do imóvel e da propriedade, assim como, o interesse cultural do bem. Caso todos os documentos

⁸² SANTOS, Sara Gisele Oliveira Ferreira. *Direito do património cultural*. p. 10. Disponível em: <<http://www.cije.up.pt/publications/direito-do-patrim%C3%B3nio-cultural>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

⁸³ PORTUGAL. *Lei n. 107 de 2001*. Disponível em: <<http://dre.pt/sug/1s/indices-lista-diplomas.asp?tipo=lei&ano=2001&trim=3>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

⁸⁴ PORTUGAL. *Decreto-lei n. 309 de 2009*. Disponível em: <<http://dre.pt/sug/1s/indices-lista-diplomas.asp?tipo=decreto-lei&ano=2009&trim=4>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

⁸⁵ ASSOCIAÇÃO de estudo e defesa do património histórico-cultural de santarém. *Proteja o património*. Disponível em: <<http://www.patrimonio-santarem.pt/cat.php?catid=23>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

⁸⁶ PORTUGAL. *Lei n. 107 de 2001*. Disponível em: <<http://dre.pt/sug/1s/indices-lista-diplomas.asp?tipo=lei&ano=2001&trim=3>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

⁸⁷ PORTUGAL. *Lei n. 107 de 2001*. Disponível em: <<http://dre.pt/sug/1s/indices-lista-diplomas.asp?tipo=lei&ano=2001&trim=3>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

estejam conforme os requisitos estabelecidos pelo Decreto-Lei n. 309/2009, o requerente será notificado de que será aberto o procedimento de classificação.

Após, será dado início a fase instrutória, em que a Direção-Geral do Património Cultural irá realizar diligências e estudos acerca do imóvel, verificando o interesse cultural que deve observar o disposto no artigo 21 do Decreto-lei n. 309/2009⁸⁸. Em alguns casos, poderá haver uma audiência prévia para os interessados e, por fim, será elaborado um relatório final com o resultado do procedimento e fixação da zona especial de proteção. A decisão final é feita pelo governo, mediante decreto.

Com a decretação da classificação do imóvel, a propriedade passará por algumas limitações, dentre elas: qualquer obra, projeto, programa ou plano a ser realizado no imóvel deverá ser informado previamente ao órgão competente; é proibida a execução de inscrições, pinturas, colocação de anúncios e cartazes no imóvel; qualquer estudo ou projeto para conservar, restaurar ou modificar o imóvel deve ser elaborado por um profissional qualificado, sendo que não poderá ser feita a demolição ou descolamento total ou parcial do imóvel.

É relevante salientar que a responsabilidade de preservação do bem cultural é tanto do município quanto do proprietário do imóvel, conforme o artigo 46, §1º da Lei n. 107/2001⁸⁹, de modo que poderá ocorrer a promoção da expropriação, caso não sejam observadas as limitações e o imóvel corra sério risco de degradação.

Em relação à responsabilidade e aos direitos e deveres do Estado e do proprietário, a legislação portuguesa é bastante incisiva, pois procura, efetivamente, a definição de políticas públicas para o patrimônio cultural e o envolvimento da população nos projetos, fazendo com que haja um sentimento de identidade cultural e formação da história do país, por meio dos bens imóveis. Carvalho expõe

⁸⁸ Artigo 21. - Interesse cultural: 1 — Na instrução do procedimento de classificação, o IGESPAR, I. P., verifica e documenta o interesse cultural relevante do bem imóvel, designadamente, nos seguintes domínios: a) Histórico; b) Paleontológico; c) Arqueológico; d) Arquitectónico; e) Artístico; f) Etnográfico; g) Científico; h) Social; i) Industrial; j) Técnico. PORTUGAL. *Decreto-lei n. 309 de 2009*. Disponível em: <<http://dre.pt/sug/1s/indices-lista-diplomas.asp?tipo=decreto-lei&ano=2009&trim=4>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

⁸⁹ Artigo 46 - Obras de conservação obrigatória: 1 — No respeito dos princípios gerais e nos limites da lei, o Estado, as Regiões Autónomas, os municípios e os proprietários ou titulares de outros direitos reais de gozo sobre imóveis classificados nos termos do artigo 15.o da presente lei, ou em vias de classificação como tal, devem executar todas as obras ou quaisquer outras intervenções que a administração do patrimônio cultural competente considere necessárias para assegurar a sua salvaguarda. PORTUGAL. *Lei n. 107 de 2001*. Disponível em: <<http://dre.pt/sug/1s/indices-lista-diplomas.asp?tipo=lei&ano=2001&trim=3>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

[...] a legislação obriga os diversos níveis de organização (pública) do país a promover a adopção de providências tendo em vista a recuperação de centros históricos e outros conjuntos urbanos, aldeias históricas, paisagens, parques, jardins e outros elementos naturais, arquitectónicos ou industriais integrados na paisagem. De igual modo relevante é a participação dos cidadãos interessados na gestão efectiva do património cultural, assim como o reconhecimento da importância das novas tipologias como a arquitectura do espectáculo, o património industrial, as cercas monásticas, os jardins, o património vernacular, entre outras, como grandes desafios no âmbito da salvaguarda e protecção do património cultural.⁹⁰

A Lei de Bases do Património Cultural teve muita repercussão em Portugal, tendo em vista que objetivava unir todas as legislações esparsas sobre o tema, buscando aliar os preceitos constitucionais de preservação, democratização e valorização do património cultural, por meio de uma relação entre o Estado e a sociedade, assim como da definição de direitos e deveres que as partes devem se comprometer a realizar.⁹¹

Assim, há uma mobilização da sociedade, do Estado e do proprietário do imóvel, a fim de conjugar interesses para aumentar o bem-estar social, valorizar a sua cultura e sua história, além de promover o desenvolvimento das cidades.

2.2 A evolução da legislação brasileira acerca do tombamento e da preservação cultural dos bens imóveis

Desde o período colonial e imperial brasileiro surgiram preocupações com a preservação do património cultural. A exemplo disso, em meados do século XIX, o Ministro Luiz Pedreira Couto Ferraz expediu diversas ordens ao setor de obras e construções, decretando que houvesse cuidado e diligência com os reparos dos monumentos históricos para não danificar as inscrições contidas nos imóveis.⁹²

⁹⁰ CARVALHO apud TOMÁS, Paulo Manoel de Carvalho. *Património cultural e estratégias de desenvolvimento em Portugal: balanço e novas perspectivas*. In: Actas del X Coloquio Internacional de Geocrítica, Barcelona, 2008. Disponível em: <<http://www.ub.edu/geocrit/-xcol/289.htm>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

⁹¹ SILVA, Júlia Alexim Nunes da. *Por um código do património cultural brasileiro*. Disponível em: <http://direitosculturais.com.br/artigos_interna.php?id=66>. Acesso em: 14 jan. 2013.

⁹² INSTITUTO do património histórico e artístico nacional. *Proteção e revitalização do património cultural no Brasil*. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/porta/montarDetalheConteudo.do?id=13129&sigla=Institucional&retorno=detalheInstitucional>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

O Decreto n. 15.596 de 1922⁹³, foi o primeiro a versar sobre o patrimônio histórico e artístico, além de criar o Museu Histórico Nacional que era responsável por conservar, proteger e expor os bens com relevante valor para a sociedade.⁹⁴

No período de 1924 a 1928, a preocupação com a preservação se espalhou para outras cidades brasileiras, incluindo Bahia, Pernambuco e Minas Gerais, que criaram as Inspetorias Estaduais de Monumentos Históricos. Já a Constituição Federal de 1934 trouxe no artigo 10, inciso III⁹⁵, a primeira previsão constitucional a respeito da salvaguarda do patrimônio.

Pode-se observar que sempre houve preocupação com os bens imóveis históricos brasileiros e que várias iniciativas surgiram nessa época, inclusive no âmbito estadual. Entretanto, foi com a criação do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que houve a organização e sistematização do Estado em relação ao patrimônio nacional. O SPHAN começou a funcionar com a Lei n. 378 de 1937 e o anteprojeto foi elaborado por Mário de Andrade. O Ministro Gustavo Capanema salientou na exposição de motivos que

A proteção do patrimônio histórico e artístico nacional é assunto que de longa data vem preocupando os homens da cultura de nosso país. [...] O grande acervo de preciosidades de valor histórico ou artístico ia-se perdendo, dispersando, arruinando, alterando. Proprietários sem escrúpulos ou ignorantes deixavam que bens os mais preciosos se acabassem ou se evadissem, ante o acaso ou a inércia dos poderes públicos. As vozes de um ou outro patriota ou esforço deste ou daquele homem público não traziam o remédio necessário adequado. A criação do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, em abril de 1936, foi o passo decisivo. Montou-se o aparelho de alcance nacional, destinado a exercer a ação enérgica e permanente, de modo direto ou indireto, para conservar e enriquecer o nosso patrimônio histórico e artístico e ainda para torná-lo conhecido.

Esta exposição demonstra como era importante a criação dessa lei, principalmente para empenhar o Poder Público e a sociedade, para que juntos, evitassem que o patrimônio nacional se perdesse ao longo do tempo e gerasse uma crise, tendo em vista que não havia nenhum órgão fiscalizador que realmente coibisse práticas abusivas, da mesma forma que, foi decisiva para delimitar as atribuições e competências do SPHAN, dando efetividade ao instituto.

⁹³ BRASIL. *Decreto n. 15.596 de 1922*. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D15670.htm. Acesso em: 14 jan. 2013.

⁹⁴ TELLES, Antonio A. Queiroz. *Tombamento e seu regime jurídico*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1992. p. 22.

⁹⁵ Art 10 - Compete concorrentemente à União e aos Estados: III - proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte; BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 1934*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 19 set. 2012.

Pereira assevera que

[...] essa nova participação estatal na preservação do patrimônio fez parte de um projeto oficial mais amplo da década de 1930 de modernização e nacionalização do Estado Brasileiro, no qual a identificação de um “patrimônio nacional” teve por objetivo criar laços histórico-afetivos, homogeneizando diversidades e contrastes sociais em prol de uma desejada e imaginada unidade.⁹⁶

Culminando com essa inovação legislativa, a Constituição Federal de 1937, no artigo 134, previa 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.”⁹⁷

No mesmo ano, foi promulgado o Decreto-Lei n. 25 de 1937, instrumento que deu origem ao tombamento e está vigente até os dias atuais. É a principal norma sobre o tema, já que estabelece a política e organização envolvendo o patrimônio brasileiro, tendo como finalidade defender os bens culturais que possuem relevante valor para a formação da identidade e história do país.

A partir disso, outras normas surgiram, no âmbito penal e administrativo. Dentre elas, o Código Penal de 1940 tipificou como crime a destruição, deterioração ou inutilização da coisa tombada, assim como a alteração do aspecto do local que está protegido. Na seara do Direito Administrativo, o Decreto-lei n. 3.365 de 1941 estabeleceu a possibilidade de desapropriação por utilidade pública de bens móveis e imóveis.

Em 1970, o SPHAN passou a ser chamado de Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN). Os primeiros anos do Instituto se dedicaram, basicamente, em não deixar que edificações abandonadas ou com deficiências, desaparecessem por completo. O trabalho se baseou em políticas urbanas e estratégias de mídia para que a população tivesse

⁹⁶ PEREIRA, Júlia Wagner. *O tombamento: de instrumento a processo na construção de narrativas da nação*. 2009. Dissertação (Mestrado em Museologia e Patrimônio) – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009. p. 12. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=176381>. Acesso em: 15 jan. 2013.

⁹⁷ BRASIL. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em 15 jan. 2013.

consciência do valor cultural dos imóveis e do engrandecimento que eles trazem para a história brasileira.⁹⁸

Passada essa fase inicial, o IPHAN se concentrou na preservação das áreas que estavam sofrendo com a industrialização e o turismo, em razão do desenvolvimento urbanístico acelerado, buscando ajuda internacional com a UNESCO. Em 1970, os governadores estaduais se reuniram e elaboraram o documento Compromisso de Brasília, o qual nominava diversas medidas no âmbito estadual e municipal, como por exemplo, o incentivo e orientação aos Estados e Municípios na criação órgãos de proteção, em conformidade com o Decreto-Lei n. 25 de 1937. Outra medida adotada foi a inclusão, nos currículos escolares, de matérias que envolvessem a cultura, o patrimônio histórico, e as riquezas naturais brasileiras.⁹⁹

Após, houve outro documento nessa mesma linha, chamado Compromisso de Salvador, em 1971, visando definir a participação de cada ente público, ou seja, o que a União, os Estados e os Municípios poderiam realizar dentro de suas competências para proteger os bens. Além disso, “atestaram-se, ainda, questões referentes à proteção de bens móveis e imóveis, bem como ações relativas ao turismo e ao financiamento de obras que privilegiassem o acesso aos bens tombados”.¹⁰⁰

No âmbito constitucional, o tombamento e a proteção do patrimônio cultural foram bastante explorados na Constituição Federal de 1988, no Título VIII, Capítulo III, que trata do bem-estar social e da cultura.

O artigo 216 da Constituição Federal¹⁰¹ determina o que compreende o patrimônio cultural e os meios que podem ser utilizados para sua preservação e promoção. O artigo 215¹⁰², por sua vez, faz uma análise mais subjetiva do direito ao patrimônio cultural, pois

⁹⁸ INSTITUTO do patrimônio histórico e artístico nacional. *Proteção e revitalização do patrimônio cultural no Brasil*. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/portal/montarDetalheConteudo.do?id=13129&sigla=Institucional&retorno=detalheInstitucional>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

⁹⁹ INSTITUTO do patrimônio histórico e artístico nacional. *Proteção e revitalização do patrimônio cultural no Brasil*. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/portal/montarDetalheConteudo.do?id=13129&sigla=Institucional&retorno=detalheInstitucional>>. Acesso em: 15 jan. 2013

¹⁰⁰ DIAS, Guilherme. *O patrimônio material no estado do Rio Grande do Sul: políticas, ações e preservação*. 2012. p. 28. Dissertação (Mestrado em História) – Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. Disponível em: <<http://busca.ibict.br/SearchBDTD/search.do>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

¹⁰¹ Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jan. 2013.

¹⁰² Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição*

prevê que o Estado garantirá o exercício e o acesso aos direitos culturais, além de incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais.

O artigo 23, inciso III¹⁰³ estabelece a competência comum da União, Distrito Federal, Estados e Municípios para proteger os documentos, as obras, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos que possuam valor cultural, assim como, impedir a evasão, a destruição e a descaracterização dos bens e proporcionar os meios de acesso à cultura. O artigo 24, inciso VII¹⁰⁴, estabelece a competência da União, Distrito Federal e Estados para legislar acerca da proteção do patrimônio cultural. E o artigo 30, inciso IX¹⁰⁵, determina a competência dos Municípios para legislar sobre o tema, observando a legislação estadual e nacional, além do plano diretor municipal.¹⁰⁶

Existem, ainda, três leis federais que tratam sobre a proteção do patrimônio brasileiro. A Lei n. 8.313/91 é responsável pelo Programa de Incentivo à Cultura, a qual dispõe de incentivos fiscais à pessoa física ou jurídica que promover a cultura. A Lei n. 9.605/98 elenca as condutas criminosas contra o meio ambiente que afetam os bens culturais. E a Lei n. 9.649/98, fixando a competência do Ministério da Cultura e do IPHAN.

Ao fazer uma comparação entre a Constituição brasileira e a portuguesa, Silva afirma que a Lei Maior Portuguesa é ampla, tendo em vista que não elabora um conceito sobre o patrimônio cultural e, por isso, o legislador ordinário tem mais espaço na elaboração da lei infraconstitucional. Já a Constituição Federal brasileira, apesar de conceituar e delimitar o patrimônio cultural, não o faz de modo taxativo e, assim, também possibilita que haja uma ampla concepção sobre o tema. Salienta-se, ainda, que o princípio da democratização da cultura está presente nas duas Constituições.¹⁰⁷

Além disso, apesar das semelhanças, Brasil e Portugal possuem algumas diferenças. A primeira delas diz respeito à evolução legislativa, pois em Portugal isso ocorreu de forma

da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jan. 2013.

¹⁰³ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jan. 2013.

¹⁰⁴ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jan. 2013.

¹⁰⁵ Art. 30. Compete aos Municípios: IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jan. 2013.

¹⁰⁶ FALAVIGNO, Chiavelli. *Facenda. A tutela jurídica do patrimônio cultural brasileiro*. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/41640?locale=en>>. Acesso em: 17 jan. 2013.

¹⁰⁷ SILVA, Júlia Alexim Nunes da. *Por um código do patrimônio cultural brasileiro*. Disponível em: <http://direitosculturais.com.br/artigos_interna.php?id=66>. Acesso em: 14 jan. 2013.

simultânea, ou seja, ocorreu tanto na Constituição quanto nas leis ordinárias. Contudo, no Brasil somente houve um progresso no âmbito constitucional e as leis ordinárias não foram atualizadas. A segunda diferença é que Portugal trata o patrimônio cultural como uma matéria integrada, uma vez que possui uma estrutura em vários ramos do direito, enquanto no Brasil o tombamento, que é o instrumento de proteção do patrimônio cultural, é tratado como disciplina isolada e não há unicidade com as outras leis, as quais visam proteger o meio ambiente e o urbanismo, por exemplo.¹⁰⁸

Dessa forma, percebe-se que o Brasil busca acompanhar o panorama internacional com vistas a garantir que o patrimônio cultural nacional não seja deteriorado e perdido, de forma a não causar prejuízo à construção do patrimônio mundial, que é sempre tema debatido pelos órgãos e países estrangeiros. Assim, o Brasil reconhece a diversidade cultural e procura criar o sentimento de preservação nos cidadãos, sendo que o tombamento é o principal instituto que dá concretude a estes objetivos, fazendo com que o Poder Público possa interferir na propriedade privada e o proprietário esteja adstrito a direitos e deveres para com a sociedade e o Estado.

2.3 O processo e os efeitos do tombamento

O tombamento tem por fundamento a proteção do interesse público adequando às necessidades privadas. Na concepção moderna, Di Pietro conceitua o instituto como “uma forma de intervenção do Estado na propriedade privada, que tem por objetivo a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional”.¹⁰⁹

De modo a complementar a ideia acima, Figueiredo expõe que o tombamento é um ato da administração pública, o qual visa conservar e salvaguardar bens que preencham os pressupostos constantes na Constituição Federal e no Decreto-Lei n. 25 de 1937, além de inscrevê-los no Livro do Tombo.¹¹⁰

O objeto do tombamento compreende os bens móveis, imóveis, materiais, imateriais, públicos e privados, sendo excluído o patrimônio de origem estrangeira. O artigo 1º, *caput* e

¹⁰⁸ SILVA, Júlia Alexim Nunes da. *Por um código do patrimônio cultural brasileiro*. Disponível em: <http://direitosculturais.com.br/artigos_interna.php?id=66>. Acesso em: 14 jan. 2013.

¹⁰⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 145.

¹¹⁰ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 314.

§2º, do Decreto-Lei n. 25/37¹¹¹, ressalta que a conservação do bem seja de interesse público “quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.”

Os bens devem possuir elementos que sejam fundamentais para a preservação do meio ambiente e para a construção da memória nacional, de modo que representem o povo e sua cultura. Portanto, a finalidade do tombamento se baseia em dois pilares, o primeiro com vistas à proteção e à identificação do bem e o segundo com o objetivo de elevar o bem à categoria de patrimônio cultural e artístico nacional.

O procedimento do tombamento é uma sucessão de atos preparatórios que poderá ser iniciado de forma voluntária, compulsória ou de ofício, conforme os artigos 5º¹¹² a 8º¹¹³, do Decreto-Lei n. 25 de 1937. Na hipótese de ser voluntário, o proprietário fará o pedido junto ao Poder Público ou concordará com a pretensão dele. Se for compulsório, o proprietário não concordará com a pretensão do Poder Público, em relação à inscrição do bem no Livro do Tombo, e, por fim, será de ofício quando se tratar de tombamento de bem público, no qual o órgão competente irá notificar a entidade acerca do procedimento.

O procedimento compulsório é o mais complexo e é realizado em três fases distintas. A primeira fase é chamada de introdutória ou instaurativa, no qual o Poder Público “identifica o valor cultural do bem a ser tombado, havendo o direito a impugnação e ao contraditório, por parte do proprietário do bem que deve ser notificado, abrindo-se a oportunidade de manifestação dos vizinhos do imóvel a ser tombado.”¹¹⁴ nessa fase, haverá manifestação do órgão técnico sobre o valor do bem e a notificação do proprietário acerca do tombamento, além disso, pode-se dizer que com a notificação do proprietário há o tombamento provisório.

A segunda fase denominada instrutória é o momento para o proprietário responder a notificação, no prazo de quinze dias, sendo que poderá concordar ou oferecer impugnação. No

¹¹¹ Art. 1º - Constitue o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico. § 2º Equiparam-se aos bens a que se refere o presente artigo e são também sujeitos a tombamento os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana. BRASIL. *Decreto-lei n. 25 de 1937*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0025.htm>. Acesso em: 25 de mar. 2013.

¹¹² Art. 5º O tombamento dos bens pertencentes à União, aos Estados e aos Municípios se fará de ofício, por ordem do diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, mas deverá ser notificado à entidade a quem pertencer, ou sob cuja guarda estiver a coisa tombada, afim de produzir os necessários efeitos. BRASIL. *Decreto-lei n. 25 de 1937*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0025.htm>. Acesso em: 25 de mar. 2013.

¹¹³ Art. 8º Proceder-se-á ao tombamento compulsório quando o proprietário se recusar a anuir à inscrição da coisa. BRASIL. *Decreto-lei n. 25 de 1937*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0025.htm>. Acesso em: 25 de mar. 2013.

¹¹⁴ BORGES, Marcos Antônio. O Tombamento como instrumentos jurídicos para a proteção do patrimônio cultural. *Re vista jurídica*. Brasília, DF: A Presidência, v. 7, n. 73, jun./jul. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_73/artigos/MarcoAntonio_rev73.htm#1a>. Acesso em: 14 jan. 2013.

primeiro caso, haverá a inscrição do bem no Livro do Tombo de plano e, no segundo caso, será dada vista ao órgão que iniciou o procedimento para oferecer suas razões, no prazo de quinze dias.

A última fase é a deliberativa ou constitutiva, a qual remete o processo ao Conselho Consultivo que é representado, na esfera federal, pelo IPHAN e na esfera estadual e municipal, pelos órgãos criados para este fim, para que se manifeste, no prazo de sessenta dias, acerca do processo.

Se o órgão não aprovar o tombamento, o processo será arquivado, mas se for aprovado, o bem será inscrito em um dos Livros do Tombo, quais sejam, o Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico, o Histórico, das Belas Artes, ou das Artes Aplicadas; com isso, o tombamento provisório passará a ser definitivo. Ademais, também é feito o ato de tombamento, no qual o Ministro da Cultura irá analisar o procedimento podendo: anulá-lo, em caso de ilegalidade, revogá-lo, em caso de falta de interesse público ou homologá-lo, se tudo foi realizado corretamente.

O Decreto-Lei n. 25 de 1937 não permitia que o proprietário recorresse da decisão que instituiu o tombamento. Contudo, o Decreto-Lei n. 3.866 de 1941 modificou essa disposição, tornando admissível a interposição de recurso perante o Presidente da República para cancelar o ato.

Carvalho Filho afirma que o procedimento pode variar de uma espécie para outra, mas que o importante é sempre assegurar o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, aplicando-se o disposto no artigo 5º, inciso LV¹¹⁵, da Constituição Federal.¹¹⁶

Em relação à competência, o artigo 23, incisos III e IV¹¹⁷ da Constituição Federal, preleciona que a União, Estados, Municípios e Distrito Federal detêm a competência comum para proteger o patrimônio histórico e artístico, assim como, impedir que haja a sua evasão e destruição.

¹¹⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 set. 2012.

¹¹⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 801.

¹¹⁷ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural; BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 set. 2012.

A União, Estados e Distrito Federal possuem competência concorrente para legislar a respeito da proteção do patrimônio e da responsabilidade por danos ao meio ambiente, ao consumidor e ao patrimônio, de acordo com o artigo 24, incisos VII e VIII¹¹⁸ da Carta Magna.

O artigo 30, inciso IX¹¹⁹ do mesmo diploma, estabeleceu a competência municipal para proteger o patrimônio local com observância às leis federais e estaduais. Entretanto, os Municípios também “detêm competência para instituir sua própria legislação a respeito do tombamento, nos moldes do artigo 30, incisos I e II¹²⁰, da Constituição Federal, podendo acrescentar outras regras às normas gerais, diante do interesse local de preservação de bens culturais vinculados ao seu território.”¹²¹

A competência para realizar o procedimento do tombamento, no âmbito federal, é do IPHAN, assim como será do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico do Estado do Rio Grande do Sul, na esfera estadual. No âmbito do Município de Passo Fundo, cabe ao Núcleo de Patrimônio Histórico e Cultural de Passo Fundo, órgão pertencente à Secretaria de Planejamento (SEPLAN).

Quando se tratar de bens públicos, o ente público pode tomar bens do ente público inferior, ou seja, a União pode realizar o tombamento dos bens estaduais, distritais e municipais, da mesma forma que os Estados podem tomar bens municipais. Entretanto, o contrário não poderá ocorrer. Dessa forma, os Municípios não podem tomar bens estaduais e federais, assim como, os Estados não podem tomar bem federais.¹²²

Com a efetivação do tombamento em um bem particular, o proprietário estará sujeito a diversos efeitos, pois terá alguns deveres a cumprir e limitações a observar, da mesma forma que seus vizinhos e terceiros. Carvalho salienta que

¹¹⁸ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 set. 2012.

¹¹⁹ Art. 30. Compete aos Municípios: IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 set. 2012.

¹²⁰ Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 set. 2012.

¹²¹ MANZATO, Maria Cristina Biazão. *A transferência do direito de construir como forma de indenização ao proprietário de bem tombado*. Disponível em: <<http://www.mp.mg.gov.br/portal/public/interno/repositorio/id/4325>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

¹²² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 800.

Não basta que o bem tombado seja declarado como de utilidade pública para que se garanta a preservação do patrimônio cultural. São os efeitos do instituto que efetivamente permitem e viabilizam a preservação e geram direitos e obrigações ao proprietário e à entidade que realizou o tombamento.¹²³

Os efeitos produzidos pelo tombamento são definidos no Capítulo III do Decreto-lei n. 25 de 1937, envolvendo os limites concernentes à alienação, deslocamento, conservação, transformação e fiscalização do bem. Medauar afirma que “diversos são os efeitos para os proprietários dos bens tombados e também para terceiros, impondo-lhes inúmeras obrigações positivas, de fazer, e negativas, de não fazer, e de suportar, deixar fazer”.¹²⁴

Em relação à alienação, o bem tombado pertencente ao ente público já é inalienável por sua natureza e só pode ser transferido de uma entidade para outra (entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios), de acordo com o disposto no artigo 11 do Decreto-lei n. 25/37.¹²⁵

Se o bem for privado poderá ser alienado. Entretanto, caso seja de forma onerosa, o Poder Público terá direito de preferência, sendo que deverá ser notificado sobre a possibilidade de compra e venda do imóvel pelo mesmo preço que é oferecido aos particulares. Caso o ente público não tenha interesse, o bem poderá ser alienado a um particular e este terá a obrigação de comunicar ao IPHAN que houve a transferência do imóvel. Se não o fizer no período de trinta dias, haverá a incidência da pena de multa de dez por cento sobre o valor do bem, conforme o artigo 13, *caput* e §1º do Decreto-lei n. 25/37.¹²⁶

O proprietário possui outras obrigações positivas, como fazer obras que propiciem a conservação do bem, sendo que se não tiver condições de custear essas despesas deverá comunicar o órgão competente, sob pena de multa. O pedido será analisado pelo IPHAN que mandará executar as reparações à custa do ente público. Todavia, caso seja verificado que o bem necessita urgentemente de obras de conservação, poderá fazê-las sem que o proprietário

¹²³ CARVALHO, Denise Ortiz de. *Os efeitos do tombamento na propriedade imobiliária privada*. 2010. Trabalho de conclusão (Especialista em Direito Imobiliário) – Faculdade Autônoma de Direito, São Paulo, 2010. p. 70. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/36629145/OS-EFEITOS-DO-TOMBAMENTO-NA-PROPRIEDADE-IMOBILIARIA-PRIVADA>>. Acesso em: 21 jan. 2013.

¹²⁴ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 404.

¹²⁵ Art. 11. As coisas tombadas, que pertençam à União, aos Estados ou aos Municípios, inalienáveis por natureza, só poderão ser transferidas de uma à outra das referidas entidades. BRASIL. *Decreto-lei n. 25 de 1937*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0025.htm>. Acesso em: 25 de mar. 2013.

¹²⁶ Art. 13. O tombamento definitivo dos bens de propriedade particular será, por iniciativa do órgão competente do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, transcrito para os devidos efeitos em livro a cargo dos oficiais do registro de imóveis e averbado ao lado da transcrição do domínio. § 1º No caso de transferência de propriedade dos bens de que trata este artigo, deverá o adquirente, dentro do prazo de trinta dias, sob pena de multa de dez por cento sobre o respectivo valor, fazê-la constar do registro, ainda que se trate de transmissão judicial ou causa mortis. BRASIL. *Decreto-lei n. 25 de 1937*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0025.htm>. Acesso em: 25 de mar. 2013.

se manifeste nesse sentido. Por fim, o §3º, do artigo 19 do Decreto-Lei n. 25/37¹²⁷, dispõe que o proprietário pode requerer o cancelamento do tombamento, caso o ente público não realize as obras de reparação.

Em relação às obrigações negativas, o proprietário não pode destruir, mutilar ou demolir as coisas tombadas, nem reparar, pintar ou restaurar, sem prévia autorização do IPHAN, pois também sofrerá com a pena de multa no valor de cinquenta por cento do dano causado. Verifica-se que isso acarreta na permanente fiscalização a que o proprietário fica submetido.

Copola pondera que “o imóvel tombado pode perfeitamente ter seu uso modificado, desde que sejam preservadas as características originais do bem. Tal fato é comum em edificações antigas, cuja função original não mais existe, porém suas características mantêm-se inalteradas.”¹²⁸ Assim, é possível ver que o objetivo do tombamento é a proteção do bem, ou seja, o proprietário deve preservar os elementos que tornam o imóvel único e importante para a memória da história do país.

Os terceiros também são atingidos pelos efeitos do tombamento, na medida em que qualquer construção não pode obstruir a aparência do bem ou prejudicar sua integridade. Carvalho Filho mostra que “sem que haja autorização do órgão competente, é vedado fazer qualquer construção que impeça ou reduza a visibilidade em relação ao prédio sob proteção, bem como nela colocar cartazes ou anúncios”.¹²⁹

Di Pietro também afirma que há uma espécie de servidão administrativa em relação aos vizinhos, tendo em vista que os prédios que estão em volta do bem tombado também sofrem restrições e os proprietários devem observar o Decreto-Lei n. 25/37. Salienta, ainda, que não há delimitação quanto à extensão dessa restrição, ou seja, não há uma definição de quais propriedades são atingidas pela servidão administrativa, se são somente os prédios contíguos ao imóvel tombado ou não, portanto, o critério é subjetivo e deve ser analisado caso a caso.¹³⁰

¹²⁷ Art. 19. O proprietário de coisa tombada, que não dispuser de recursos para proceder às obras de conservação e reparação que a mesma requerer, levará ao conhecimento do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional a necessidade das mencionadas obras, sob pena de multa correspondente ao dobro da importância em que for avaliado o dano sofrido pela mesma coisa. § 3º Uma vez que verifique haver urgência na realização de obras e conservação ou reparação em qualquer coisa tombada, poderá o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional tomar a iniciativa de projetá-las e executá-las, a expensas da União, independentemente da comunicação a que alude este artigo, por parte do proprietário. BRASIL. *Decreto-lei n. 25 de 1937*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0025.htm>. Acesso em: 25 de mar. 2013.

¹²⁸ COPOLA, Gina. Tombamento, algumas relevantes considerações. *Fórum de direito urbano e ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, v. 6, n. 33, mai./jun., 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29632>>. Acesso em: 21 jan. 2013.

¹²⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. 25. ed. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 802.

¹³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. 25. ed. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 151-152.

Vê-se que o tombamento gera responsabilidades e interesses tanto para o particular quanto para o ente público, tendo em vista que ao mesmo tempo em que o Estado procura construir e preservar a memória e cultura do povo, o particular deseja proteger o seu direito à propriedade. Apesar disso, o tombamento não possui uma legislação completa e os avanços são lentos, suscitando muitas dúvidas, principalmente no que se refere à sua natureza jurídica e direito à indenização.

3 A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO AO PROPRIETÁRIO FRENTE AO TOMBAMENTO DE BEM IMÓVEL

O tombamento é um instituto que possui muitas controvérsias, sendo que parte disso se refere ao fato da legislação brasileira ser precária ao tratar deste tema, atingindo com intensidade os direitos do proprietário junto ao imóvel. A natureza jurídica do tombamento e a possibilidade de indenização ao proprietário, o qual tem seu imóvel tombado são tópicos interligados e importantes para se compreender os motivos pelos quais o proprietário e o Poder Público estão em lados contrapostos. Além da indenização pecuniária, também é relevante demonstrar que a transferência do direito de construir com observância às normas do Estatuto da Cidade pode ser um meio de indenizar o proprietário.

3.1 A natureza jurídica do tombamento

A natureza jurídica é um tópico que gera discussões e influencia na questão indenizatória. São três correntes defendidas pelos doutrinadores. Assim, o tombamento pode ser uma servidão administrativa, uma limitação administrativa ou, ainda, estar inserido em uma categoria própria.

A primeira corrente afirma que o tombamento é uma espécie de servidão administrativa, ou seja, é “um ônus real de uso imposto pela Administração à propriedade particular para assegurar a realização e conservação de obras e serviços públicos ou de utilidade pública, mediante indenização dos prejuízos efetivamente suportados pelo proprietário.”¹³¹

Dallari afirma que o imóvel, ao ser tombado, faz com que o proprietário sacrifique os seus direitos em benefício da coletividade, passando a ter um ônus maior que os outros, pois abdica de particularidades e valorizações que o bem, eventualmente, possa ter. Diante desta renúncia de direitos feita pelo proprietário, a relação entre este e a coletividade torna-se desigual, ferindo os princípios da isonomia e da distribuição das cargas públicas. Por isso, a

¹³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 674.

sociedade deve reparar os danos que o proprietário possa ter sofrido, assim como ocorre com a servidão administrativa.¹³²

O posicionamento de Corteze é no mesmo sentido, de forma que assevera

[...] por meio do tombamento o uso do bem fica limitado a certas possibilidades, tendo o proprietário que suportar diversas limitações em nome da preservação do patrimônio cultural. Não se pode alegar, data máxima vênia, que esse gravame é mero condicionamento da propriedade, delineamento do direito de propriedade.¹³³

Essas ideias, portanto, consolidam a posição de que o tombamento se assemelha com a servidão administrativa, porque ambos os institutos trazem restrições aos direitos do proprietário, assim como, está presente o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, fazendo com que o Estado haja de forma legítima ao buscar o benefício da coletividade em detrimento do particular, em razão da utilidade pública.

Já, para Figueiredo, o tombamento pode ter um caráter de desapropriação ou de servidão administrativa dependendo das circunstâncias de cada imóvel. Assim, se o imóvel sofrer restrições e isso influenciar diretamente nos direitos constitucionais assegurados ao proprietário, então se caracteriza uma hipótese de desapropriação indireta, conforme o artigo 5º, inciso XXII da Constituição Federal¹³⁴. Por sua vez, o tombamento tem natureza de servidão administrativa quando o bem tiver sua utilização reduzida, mas não extinta.¹³⁵

Por outro lado, Araújo¹³⁶ assevera que a natureza jurídica do tombamento não é a servidão administrativa, já que um elemento essencial para se formar o instituto da servidão é a coisa dominante, que não aparece no tombamento, pois não há uma restrição sob um serviço, mas somente o interesse público. Contudo, Gasparini¹³⁷ afirma que o tombamento pode ser caracterizado como um serviço público, uma vez que o Estado possui o dever de

¹³² DALLARI, Adilson Abreu. Tombamento. In: DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. (Coord.) *Temas de direito urbanístico* 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 13.

¹³³ CORTEZE, Mário José. A natureza jurídica do tombamento. *Fórum de direito urbano e ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, v. 10, n. 59, set./out. 2011. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/42715>>. Acesso em: 15 fev. 2013.

¹³⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXII - é garantido o direito de propriedade; BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 set. 2012.

¹³⁵ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 317-318.

¹³⁶ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 1045.

¹³⁷ GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 677-678.

promover e garantir as diversas formas de expressão cultural, incluindo os imóveis que possuem valor histórico, artístico, arqueológico e científico, por exemplo.

A doutrinadora Zandonade também segue o posicionamento de Araújo, no qual, o tombamento não pode ser uma espécie de servidão administrativa, entretanto, tem uma justificativa diferente. Na sua concepção, a servidão administrativa é a “instituição de direito real sobre coisa alheia”¹³⁸ e o tombamento estabelece isso somente de forma ocasional, porque não é em todos os casos que isso ocorre.¹³⁹

Em sua explanação, a autora afirma que os efeitos que decorrem do tombamento não acarretam em ônus real, pois o Decreto-Lei n. 25 de 1937 nada menciona a respeito, ou seja, não concede ao Poder Público nenhum direito real sobre o instituto. Entretanto, nos casos em que houver a alienação de imóveis privados com direito de preferência é que o tombamento será considerado um direito real sobre coisa alheia. Nesse sentido entende que

Assim, apenas quando o tombamento alcançar bens particulares é que se institui direito real sobre coisa alheia (no caso, o direito de preferência). Nas demais situações (tombamento de bens públicos alheios), no que tange às restrições à alienação, e em qualquer caso (tombamento de bens públicos ou particulares alheios), quanto aos outros efeitos típicos, à entidade que aplica a medida a legislação específica atribui apenas competências públicas, as quais não se confundem com direitos reais.¹⁴⁰

O tombamento, portanto, pode ter natureza de servidão administrativa somente quando for um direito real, e isso ocorre em apenas um caso específico que é a transferência de um bem imóvel particular dando prioridade para a Administração Pública; já os efeitos que o tombamento traz para o proprietário não provocam a criação do direito real.

Além disso, o tombamento possui efeitos primários que são as obrigações de fazer e de não fazer, e um efeito secundário que é o dever de suportar. De modo que, este instituto não tem como principal consequência o dever de suportar, ao contrário do que ocorre na servidão administrativa.¹⁴¹

¹³⁸ ZANDONADE, Adriana. *O tombamento à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 183.

¹³⁹ O doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello era adepto à corrente que defende o tombamento como servidão administrativa, pois os dois institutos eram definidos em lei, determinados pela Administração Pública e possuíam um ato específico, entretanto, após a 26ª edição do seu livro *Curso de Direito Administrativo*, alterou seu posicionamento para concordar com as pontuações de Adriana Zandonade que foram expostas neste trabalho. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 918.

¹⁴⁰ ZANDONADE, Adriana. *O tombamento à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 185.

¹⁴¹ ZANDONADE, Adriana. *O tombamento à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 187

Logo se verifica que, de um lado, defende-se a semelhança entre a servidão administrativa e o tombamento, por ambos gerarem o dever de suportar e restringir os direitos do proprietário em relação ao seu imóvel, assim como, representarem a supremacia da coletividade em relação ao particular. De outro lado, argumenta-se que estes institutos não possuem semelhança, tendo em vista que no tombamento não há a presença do elemento da coisa dominante, da mesma forma que, em regra, não se adquire o direito real sobre a coisa alheia e nem possui como principal efeito o dever de suportar, como ocorre na servidão administrativa.

A segunda corrente defende que o tombamento possui como natureza jurídica a limitação administrativa, sendo que esta pode ser conceituada como “toda a imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social”¹⁴², ou seja, é quando o Estado intervém na propriedade para que haja harmonia entre a propriedade particular e o interesse coletivo.

Para Cretella Júnior, o tombamento fundamenta-se no poder de polícia do Estado; logo, o proprietário possui deveres de abstenção e obrigações positivas, determinadas na lei, da mesma forma que ocorre com as limitações administrativas, sendo que nestas o Poder Público edita normas que determinam a conformação da propriedade privada com os interesses públicos.¹⁴³

Os efeitos do tombamento podem ser traduzidos como obrigações de fazer e limitações de uso, uma vez que, o proprietário do bem imóvel necessita realizar obras de conservação e preservação do bem e, ao mesmo tempo, precisa seguir as orientações de utilização presentes no Decreto-lei n. 25 de 1937. Além disso, a limitação de direitos ocorre para que a sociedade seja beneficiada.

As limitações administrativas, conforme Castro, não extinguem as faculdades de uso e gozo do proprietário, mas ajustam o exercício dessas prerrogativas para que acordem com o bem-estar social da coletividade. Da mesma forma que ocorre com o tombamento, pois este instituto não retira do proprietário o domínio, somente limita o uso e impõe obrigações positivas.¹⁴⁴

¹⁴² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 681.

¹⁴³ CRETELLA JÚNIOR, José. Regime jurídico do tombamento. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 112, p. 54-55, abr./jun. 1973.

¹⁴⁴ CASTRO apud ZANDONADE, Adriana. *O tombamento à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 174-175

Os efeitos que resultam da instituição do tombamento aplicam-se a todos os bens que se encontrem na situação de patrimônio histórico-artístico. Dessa forma, utiliza-se o elemento da generalidade, o qual também é aplicável às limitações administrativas. Castro ainda assevera que “a limitação deve ser compreendida como geral não por atingir, no seu ato de imposição, um ou mais bens, mas por inserir a coisa numa classe de bens legalmente prevista e potencialmente protegida.”¹⁴⁵

Nesse sentido, quando as limitações administrativas inserem determinados bens em uma classe específica que é protegida pela lei eles terão as mesmas consequências, assim como, todos os bens que são inseridos na legislação do tombamento sofrerão com seus efeitos e podem ser caracterizados como patrimônio cultural. Castro argumenta que

[...] a generalidade atribuída à limitação administrativa não deve ser compreendida no seu aspecto quantitativo, isto é, quantidade de bens ou direitos atingidos por determinado ato administrativo específico. [...] O aspecto da generalidade deve estar inserido basicamente na lei. No caso de bens culturais, a generalidade deve ser compreendida como uma classe: todos os que têm as características e os pressupostos legais de se inserirem nesta categoria passam, com a manifestação de vontade da Administração, expressada no ato administrativo, a constituir este conjunto genérico.¹⁴⁶

Ademais, o artigo 4º, inciso V do Estatuto da Cidade¹⁴⁷, dispõe que os municípios podem utilizar instrumentos jurídicos e políticos no planejamento municipal, como as limitações administrativas (alínea c) e o tombamento (alínea d). Castro afirma que estes dois institutos estão separados (em alíneas diferentes) e, por isso, há o entendimento de que eles não fazem parte um do outro. Entretanto, percebe-se que há um erro no texto legal, já que os demais institutos que também são inclusos como limitações administrativas, estão dispostos de forma esparsa, como por exemplo, o zoneamento (artigo 4º, inciso III, alínea c, do Estatuto da Cidade) e o parcelamento do uso e do solo urbano (artigo 4º, inciso III, alínea b, do Estatuto da Cidade).^{148 149}

¹⁴⁵ CASTRO apud ZANDONADE, Adriana. *O tombamento à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 175.

¹⁴⁶ CASTRO apud ZANDONADE, Adriana. *O tombamento à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 175.

¹⁴⁷ Art. 4º Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos: V – institutos jurídicos e políticos: c) limitações administrativas; d) tombamento de imóveis ou de mobiliário urbano; BRASIL. *Estatuto da Cidade*. Lei n. 10. 257 de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm>. Acesso em: 11 mar. 2013.

¹⁴⁸ CASTRO, Sônia Rabello de. *Estatuto da cidade e a preservação do patrimônio cultural federal: compatibilizando a gestão*. Disponível em: <<http://www.inepac.rj.gov.br/modules.php?name=Artigos>>. Acesso em: 11 mar. 2013.

¹⁴⁹ Art. 4º Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos: III – planejamento municipal, em especial: b) disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo; c) zoneamento ambiental; BRASIL. *Estatuto da Cidade*. Lei n.

Zandonade¹⁵⁰ contesta essa posição, pois argumenta que a generalidade não está presente no tombamento, considerando que os bens têm de possuir um relevante valor cultural para a sociedade a fim de que sejam incluídos como patrimônio histórico-artístico. Dessa forma, integrarão uma classe destinada a esses casos e seguirão uma legislação diferenciada. Carvalho Filho também possui esse pensamento e diz que as limitações administrativas possuem caráter geral, mas o tombamento não, ele é específico.¹⁵¹ Zandonade salienta

[...] o patrimônio cultural brasileiro reúne à formação da sociedade brasileira e que, além disso, tenham sido nele formalmente inseridos, por meio de um dos instrumentos elencados no §1 do art. 216 da CF de 1988. Por outras palavras, um bem portador de valor cultural não integra *a priori* uma classe de propriedades definida genericamente.¹⁵²

Portanto, mesmo que o bem possua qualidades que o definam como “bem cultural”, ele ainda não está inserido na categoria patrimônio cultural. A exemplo disso, pode-se falar nas áreas turísticas, as quais podem ser consideradas bens culturais, mas não são reguladas pelo Decreto-lei n. 25 de 1937, mas sim por legislações específicas, como a do meio ambiente.

A primeira corrente sustenta que o tombamento tem natureza de servidão administrativa e a segunda corrente segue as diretrizes da limitação administrativa. Ainda, há uma terceira corrente, que está ganhando espaço e ainda é minoritária, pois se caracteriza como uma inovação jurídica. O principal defensor é Carvalho Filho, salientando que o tombamento é “instrumento especial de intervenção restritiva do Estado na propriedade privada, com fisionomia própria e inconfundível com as demais formas de intervenção.”¹⁵³

Di Pietro, anteriormente, afirmava que o tombamento era uma limitação administrativa, pois ao proteger o patrimônio histórico e artístico nacional visava-se a satisfação do interesse público, mas modificou seu posicionamento e, atualmente, entende que o tombamento deve se enquadrar numa categoria própria, já que não se confunde com as limitações administrativas por estas terem o caráter da generalidade e o tombamento não,

10. 257 de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm>. Acesso em: 11 mar. 2013.

¹⁵⁰ ZANDONADE, Adriana. *O tombamento à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 175 et. seq.

¹⁵¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 796.

¹⁵² ZANDONADE, Adriana. *O tombamento à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 175 et. seq.

¹⁵³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 797.

assim como diferem da servidão administrativa, um vez que o tombamento não possui a coisa dominante.^{154 155}

Assim, é possível perceber que a natureza jurídica do tombamento é uma questão em aberto e se assemelha com vários institutos, mas, ao mesmo tempo, distingue-se deles, ou seja, tem pontos em comum e pontos contrastantes. Apesar dessas posições divergentes, o principal objetivo é classificar o tombamento para que seja possível analisar com mais clareza se há ou não o dever de indenizar.

3.2 A indenização ao proprietário de imóvel tombado

Quando o imóvel é tombado, o proprietário fica sujeito a determinadas condições previstas na lei e, caso não sejam cumpridas, haverá a imposição de sanções administrativas, tais como, a multa se houver destruição, demolição e mutilação do bem ou se as alterações como pintura e restauração não forem previamente comunicadas ao Poder Público. O Decreto-lei n. 25 de 1937 prevê inclusive a demolição do que for construído, caso a obra não esteja de acordo com a legislação. Além disso, o Ministério Público poderá obter, por via judicial, que a obra seja embargada e as atividades ligadas ao bem sejam interditadas.

Dessa forma, o proprietário fica restrito ao exercício do seu direito à propriedade, pois, após o tombamento, o bem deve manter suas características originais, já que sua finalidade é conservar o patrimônio e revelar seu valor. Portanto, o tombamento é um caso de sacrifício de direitos que possui o caráter da singularidade e da legalidade.

Zandonade salienta que a singularidade advém do fato de que o tombamento ocorre de uma forma específica, com um proprietário e um imóvel determinado. Portanto, difere das limitações à propriedade, pois estas possuem como característica a generalidade, na qual não há a delimitação dos sujeitos, mas são aplicadas a toda uma classe de bens que se encontrem na mesma situação prevista em lei. Além disso, o sacrifício de direitos e as limitações à propriedade estão adstritos ao princípio da legalidade, porque ambos devem estar previstos na

¹⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Servidão administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 27.

¹⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 154.

lei, em observância ao artigo 5º, inciso II da Constituição Federal¹⁵⁶, reforçando a necessidade de intervenção do Estado.¹⁵⁷

Mello sustenta que o proprietário sofre uma supressão dos direitos inerentes à propriedade, que são os direitos de usar, gozar, dispor, reaver a coisa e aproveitá-la da maneira que melhor lhe aprouver, seguindo a função social. Além disso, o proprietário possuidor de um bem tombado terá um tratamento diferenciado em relação ao outro proprietário o qual não possui, da mesma forma que, com o seu sacrifício, beneficiará a sociedade.¹⁵⁸ Ademais, apesar de ter alterado seu posicionamento e não defender que o tombamento tem como natureza jurídica a servidão administrativa, ainda defende que, em regra, deve haver a indenização ao proprietário de imóvel tombado.

Sustenta que o tombamento por si só não gera direito a indenização, mas caso haja sacrifício de um direito e o manifesto prejuízo econômico é possível ser indenizado, assim afirma

[...] indenizável o proprietário de um bem tombado quando um direito de utilização definido e que está em vigência para a generalidade dos imóveis ubicados em dada área sofre uma particular compressão, desigualando seu regime em relação aos demais, resultando daí uma perda econômica singularizada que não se aplica aos demais imóveis abrangidos pelo requadro urbanístico onde está alojado¹⁵⁹

Portanto, a indenização ocorre porque há sacrifício de direitos para que a coletividade seja beneficiada. Além disso, poderá haver um prejuízo econômico que torna os direitos do proprietário restritos. Entretanto, pondera que, em raros casos, poderá não ocorrer a indenização, pois há um tratamento igualitário referente ao dever de preservação do patrimônio cultural e restrições de direitos, como nas cidades de Ouro Preto, Olinda e Parati.

Sundfeld afirma que o ato do tombamento não extingue os direitos inerentes à propriedade. Entretanto, há uma situação de sacrifício de direitos, pois o proprietário possui deveres de abstenção que, provavelmente, não teria se não fosse instituído o tombamento, de modo que, o direito à propriedade continuará existindo, mas de forma restrita ou, em casos

¹⁵⁶ Art. 5º: II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 set. 2012.

¹⁵⁷ ZANDONADE, Adriana. *O tombamento à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 191-195.

¹⁵⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Tombamento e dever de indenizar. *Boletim de direito administrativo*. São Paulo: Nova dimensão jurídica, maio 1988.

¹⁵⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Tombamento e dever de indenizar. *Boletim de direito administrativo*. São Paulo: Nova dimensão jurídica, maio 1988. p. 315.

mais extremos, a utilização do imóvel fica de tal modo prejudicada que acaba extinguindo o direito. Assim, em ambos os casos, deve haver a indenização correspondente ao prejuízo suportado¹⁶⁰

Por outro lado, Di Pietro defende que o tombamento não obriga a administração pública a indenizar os proprietários de bens com restrição, pois o tombamento é sempre uma restrição parcial, a qual não impede o exercício dos direitos inerentes à propriedade e, por isso, não tem caráter indenizatório. Além disso, se houvesse uma restrição total, de modo a impedir o proprietário de utilizar de todos os seus poderes inerentes ao domínio, deveria ser adotada a desapropriação e não o tombamento.¹⁶¹

Para Carvalho Filho, o tombamento, como regra, também não gera qualquer direito de indenização, já que não há perda patrimonial para o proprietário. Caberá indenização em casos que o tombamento, comprovadamente, trazer prejuízos e, então, o proprietário poderá fazer um pedido perante o Poder Público utilizando-se do disposto no artigo 10, § único, do Decreto-Lei n. 3.365/41.^{162 163}

Marchesan complementa que o direito de propriedade tem um caráter social e, por isso, já impõe ao proprietário obrigações positivas e negativas. Por isso, quando institui-se o tombamento não há nenhuma modificação nos direitos inerentes ao imóvel, somente ficam mais restritos, sendo que este fato pode ser atenuado com a concessão de benefícios fiscais.¹⁶⁴

Pode-se observar, portanto, que o tombamento não impede que o proprietário tenha o direito de usar e gozar do bem. Há possibilidade de o proprietário auferir vantagem com o tombamento do seu imóvel, pois pode ocorrer uma valorização por estar nessa condição, assim, havendo enriquecimento em caso de indenização.

Desta forma, essa limitação ao direito de propriedade teria caráter gratuito, porque está cumprindo com a função social prevista na Constituição Federal, a qual requer que a sociedade seja beneficiada, ou seja, o interesse coletivo esteja acima do interesse individual, fazendo com que o bem esteja de acordo com as diretrizes estabelecidas no plano diretor de cada cidade.

¹⁶⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 174.

¹⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 146.

¹⁶² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 803.

¹⁶³ Art. 10º: Parágrafo único. Extingue-se em cinco anos o direito de propor ação que vise a indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público. BRASIL. *Decreto-lei n. 3.365 de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm>. Acesso em: 25 mar. 2013.

¹⁶⁴ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. A proteção constitucional ao patrimônio cultural. *Revista de direito ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 5, n. 20, p. 118-119, out./dez. 2000.

Por outro lado, Mukai¹⁶⁵ expõe que o caráter indenizatório depende da natureza jurídica do tombamento. Assim, caso haja o tombamento de um imóvel isolado, estará caracterizada a servidão administrativa e haverá indenização. Contudo, se o tombamento incidir sobre um complexo de bens haverá proximidade com a limitação administrativa e, portanto, não cabe indenização. Adilson Abreu Dallari¹⁶⁶ expõe que além de haver essa proximidade, tem de ser analisado também se o tombamento trouxe ou não prejuízos para o proprietário.

Figueiredo também aponta três situações distintas:

1. Se a propriedade privada ficar totalmente aniquilada, mercê do tombamento, por agredir esta situação o dispositivo constitucional da ampla proteção à propriedade (art. 5º, inciso XXII), somente com “restrições” ali apostas, entendemos configurar-se autêntico caso de desapropriação – na hipótese, “desapropriação indireta”, que se resolveria com a indenização correspondente. 2. Se a propriedade privada tiver diminuída sua possibilidade de utilização, deverá o Poder Público constituir uma servidão, indenizando o proprietário na proporção em que este for atingido pela medida do tombamento. Neste caso, estaremos diante de verdadeira servidão administrativa, ou seja, de suas conseqüências. 3. Por derradeiro, cumpre enfrentar a terceira hipótese levantada – o tombamento do bem não prejudicou seu proprietário. Nada haverá a indenizar. Será, a nosso ver, sem dúvida, ainda a figura da servidão administrativa, porém não indenizável, por ausência de prejuízo.¹⁶⁷

A indenização poderá ocorrer quando houver prejuízo econômico para o proprietário, quando ele tiver um dano. Este deve ser analisado caso a caso, pois se o proprietário continuar exercendo os seus direitos em relação ao imóvel, não haverá prejuízo.¹⁶⁸

¹⁶⁵ MUKAI apud MANZATO, Maria Cristina Biazão. *Transferência do direito de construir como uma das formas de indenização do tombamento*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito Urbanístico) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em:

<http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/processaPesquisa.php?listaDetalhes%5B%5D=3543&listaIncluiPasta%5B%5D=3543&processar=Processar>. Acesso em: 20 mar. 2013.

¹⁶⁶ DALLARI, Adilson Abreu. Tombamento. In: DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. (Coord.) *Temas de direito urbanístico* 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 13.

¹⁶⁷ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 318.

¹⁶⁸ Nesse sentido: EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. **INDENIZAÇÃO**. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. NÃO OCORRÊNCIA. SIMPLES LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. LEGITIMIDADE PASSIVA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DOS DISPOSITIVOS LEGAIS DITOS VIOLADOS. DECRETO 750/93. PROIBIÇÃO DO CORTE, DA EXPLORAÇÃO E DA SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO PRIMÁRIA OU NOS ESTÁGIOS AVANÇADO E MÉDIO DE REGENERAÇÃO DA MATA ATLÂNTICA. AÇÃO DE NATUREZA PESSOAL. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. OCORRÊNCIA. DECRETO 20.910/32. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. [...] 2. Para que fique caracterizada a desapropriação indireta, exige-se que o Estado assumira a posse efetiva de determinando bem, destinando-o à utilização pública, o que não ocorreu na hipótese dos autos, visto que a posse dos autores permaneceu íntegra, mesmo após a edição do Decreto 750/93, que apenas proibiu o corte, a exploração e a supressão de vegetação primária ou nos estágios avançado e médio de regeneração da Mata Atlântica. 3. Trata-se, como se observa, de simples limitação administrativa, que, segundo a definição de Hely Lopes Meirelles, "é toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social" (in "Direito Administrativo Brasileiro", 32ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho

Ademais, se uma igreja ou cinema, por exemplo, continuarem a exercer suas atividades normalmente, mesmo com o tombamento, ou seja, mesmo com a restrição a igreja continuaria a promover os cultos religiosos e o cinema não deixaria de exibir filmes, nestes dois casos não haveria nenhum dano. Da mesma forma que prédios históricos tombados podem sofrer uma grande valorização imobiliária, diante da importância que adquiriu com o *status* de bem cultural e, novamente, não há prejuízo para o proprietário.

Todavia, em outros casos, o ato do tombamento faz com que haja a inutilização do bem acarretando em prejuízo econômico comprovado e, portanto, deverá haver a respectiva indenização, na forma de desapropriação indireta, já que o tombamento influenciou de tal modo na propriedade que esta não pode exercer sua função, contudo, esta hipótese deve ser comprovada.¹⁶⁹

Dessa forma, nota-se que esta problemática traz diversos posicionamentos e diferentes justificativas com o intuito de permitir ou não que o proprietário de bem imóvel tombado seja indenizado. Porém, percebe-se que mesmo sendo sacrifício de direitos, limitação administrativa, servidão administrativa ou tendo caráter gratuito, para o tombamento acarretar em indenização deve trazer danos e ser prejudicial ao exercício dos direitos inerentes ao proprietário.

3.3 A transferência do direito de construir como forma de indenização

O direito de propriedade sofreu várias modificações ao longo dos anos, da mesma forma que a urbanização das cidades cresceu, em sua maioria, de forma desordenada, fazendo com que o Estatuto da Cidade e a função social da propriedade tivessem grande importância na tentativa de diminuir os danos e promover uma vida digna para os cidadãos,

- São Paulo: Malheiros, 2006, pág. 630). [...] 7. Recurso especial parcialmente provido para reconhecer a prescrição da ação, com a inversão dos ônus sucumbenciais. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.1129103. Relator: Arnaldo Esteves Lima. Brasília: DF, 8 de fev. de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200900511087&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 21 mar. 2013.

¹⁶⁹ Nesse sentido: Ementa: AVENIDA PAULISTA. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. TOMBAMENTO. SÚMULA 279. Na desapropriação indireta, destaca-se a dimensão individual do prejuízo sofrido com o tombamento. Demonstração, no acórdão recorrido, do dano especial sofrido pelo proprietário, o qual resultou no esvaziamento do direito de propriedade. Inviabilidade da pretensão recursal de reexame das premissas fáticas do acórdão (súmula 279 desta Corte). Agravo regimental a que se nega provimento. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 361.127. Relator: Joaquim Barbosa. Brasília: DF, 15 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2060048>>. Acesso em: 21 mar. 2013.

principalmente no que se refere à utilização do solo. Assim, o direito de construir passa a sofrer limitações, conforme salientam Santin e Marangon

[...] o direito de construir passa também a estar limitado por leis federais, estaduais e municipais, as quais definem a sua amplitude (coeficiente de aproveitamento do imóvel), sua destinação (comercial, residencial ou industrial), bem como a observância da legislação de vizinhança, urbanística e de direito ambiental.¹⁷⁰

O coeficiente de aproveitamento estabelece o quanto cada proprietário pode construir em seu terreno, de acordo com o disposto no plano diretor e presente nos artigos 28 a 31 da Lei n. 10.257 de 2001.

Divide-se a superfície do Município em áreas, delimitando em seu Plano Diretor os coeficientes mínimo, básico e máximo de aproveitamento dos terrenos. O coeficiente mínimo corresponde ao mínimo de área edificável exigida naquela região para que o imóvel cumpra sua função social (art. 5º, §1º da Lei 10.257/2001¹⁷¹). O coeficiente básico é o percentual de área que o proprietário pode construir sem pagar ao Poder Público. Já o coeficiente máximo define o máximo da capacidade de construção que aquela área suporta sem prejudicar a qualidade de vida de seus habitantes. Caso o proprietário tenha interesse em aumentar o direito de construir pré-determinado terá que haver uma remuneração ao Poder Público, a qual é chamada de outorga onerosa do direito de construir.¹⁷²

Juntamente com essas diretrizes poderá haver a transferência do direito de construir, presente no artigo 35 da Lei n. 10.257 de 2001¹⁷³, que determina que esse direito do

¹⁷⁰ SANTIN, Janaína Rigo; MARANGON, Elizete. Instrumentos de política urbana para valorização do patrimônio histórico: outorga onerosa e transferência do direito de construir. *Revista do direito*. Santa Catarina: UNISC, n. 29, jan./jun. 2008. p. 82. Disponível em: <<http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/660>>. Acesso em: 25 mar. 2013.

¹⁷¹ Art. 5º: § 1º Considera-se subutilizado o imóvel: I – cujo aproveitamento seja inferior ao mínimo definido no plano diretor ou em legislação dele decorrente; II – (VETADO). BRASIL. *Estatuto da Cidade*. Lei n. 10.257 de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm>. Acesso em: 25 mar. 2013.

¹⁷² SANTIN, Janaína Rigo; MARANGON, Elizete. Instrumentos de política urbana para valorização do patrimônio histórico: outorga onerosa e transferência do direito de construir. *Revista do direito*. Santa Catarina: UNISC, n. 29, jan./jun. 2008. p. 82. Disponível em: <<http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/660>>. Acesso em: 25 mar. 2013.

¹⁷³ Art. 35. Lei municipal, baseada no plano diretor, poderá autorizar o proprietário de imóvel urbano, privado ou público, a exercer em outro local, ou alienar, mediante escritura pública, o direito de construir previsto no plano diretor ou em legislação urbanística dele decorrente, quando o referido imóvel for considerado necessário para fins de: I – implantação de equipamentos urbanos e comunitários; II – preservação, quando o imóvel for considerado de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural; III – servir a programas de regularização fundiária, urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e habitação de interesse social. § 1º A mesma faculdade poderá ser concedida ao proprietário que doar ao Poder Público seu imóvel, ou parte dele, para os fins previstos nos incisos I a III do caput. § 2º A lei municipal referida no caput estabelecerá as condições relativas à aplicação da transferência do direito de construir. BRASIL. *Estatuto da Cidade*. Lei n. 10.257 de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm>. Acesso em: 25 mar. 2013.

proprietário pode ser exercido em outro local. Isso pode ocorrer em casos nos quais há interesse na preservação do terreno, em decorrência da sua importância para a história e cultura do Município, ou seja, nos casos em que o interesse público prevalece e não permite que o proprietário possa construir de acordo com seus objetivos.

Bitencourt explica que

O instituto da TDC, também conhecido por Transferência do Potencial Construtivo, constitui-se em um instrumento urbanístico destinado à preservação de imóveis de interesse arquitetônico, paisagístico e ambiental, bem como para a implantação de equipamentos comunitários e programas de habitação social. O instrumento permite que os proprietários de imóveis - objeto de preservação, que possuem restrições construtivas, possam ser compensados, já que a densidade ou coeficiente construtivo estabelecido para o território não pode ser atingido, sob pena de comprometer o respectivo imóvel.¹⁷⁴

Portanto, com a transferência o proprietário poderá exercer seu direito de construir em outra área, visando compensar ao proprietário que não pode utilizar a totalidade do coeficiente de aproveitamento previsto para a região, pois possui uma limitação imposta pelo ente público.

Silva aponta que há duas espécies de transferência, a interlocativa e a intersubjetiva. A transferência interlocativa ocorre quando o proprietário exerce o direito de construir em outro imóvel, mas que também é de sua propriedade, observando as diretrizes do plano diretor e da legislação municipal. A transferência intersubjetiva ocorre nas mesmas condições do primeiro, contudo, o proprietário tem o direito de alienar para um terceiro o seu direito de construir, desde que o faça por meio de escritura pública.¹⁷⁵

O artigo 35, incisos I, II e III da Lei n. 10.257 de 2001, enumera as hipóteses em que pode ocorrer a transferência do direito de construir. Especificamente, o inciso II, do referido artigo, trata do caso que há necessidade de preservação da área em razão de sua relevância histórica, artística, paisagística ou cultural, sendo que para evitar a destruição total ou parcial do bem, o proprietário fica restrito em relação ao seu direito de construir.

Diante desse panorama, Manzato expõe que

¹⁷⁴ BITENCOURT, Ana Paula Mota de. *A transferência do direito de construir para a conservação do patrimônio natural e cultural: a experiência da cidade de Curitiba*. Disponível em: <<http://www.ibdu.org.br/imagens/ATransferenciadoDireitodeConstruir.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2013.

¹⁷⁵ SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 266.

[...] a transferência do direito de construir pode se caracterizar como interessante mecanismo de indenização ao proprietário de bem tombado, principalmente quando as restrições impostas afetam o próprio direito de construir, pois a aplicação do instituto em comento pode significar a minoração ou eliminação dos prejuízos suportados.¹⁷⁶

Tratando-se do Município de Passo Fundo, a Lei Complementar n. 259 de 2010, prevê esta possibilidade de indenização por meio da transferência do direito de construir. O artigo 3º, da lei citada, dispõe que “Poderá o Poder Executivo Municipal indenizar os proprietários de imóveis tombados, por meio da transferência do direito de construir.”¹⁷⁷

Além disso, o §1º, do artigo 3º, da lei acima citada, refere que “considera-se transferência do direito de construir, a permissão que o proprietário receberá do Município para construir em outra área, em contrapartida ao potencial construtivo que lhe foi suprimido pelo tombamento do imóvel.” Dessa forma, a lei municipal determina quando pode ocorrer a transferência e porque ela ocorre, ou seja, poderá ser adotada quando o tombamento de um imóvel prejudicar o direito de construir em relação à propriedade.

Já o §2º, do artigo 3º, da Lei Complementar n. 259 de 2010, determina que a metragem do direito de construir seguirá as determinações do plano diretor do município, verificando em qual área se situa o imóvel tombado. Dessa forma, quando for realizada a transferência do potencial construtivo deverá ser observada a Lei Complementar n. 170 de 2006¹⁷⁸, que dispõe sobre a divisão do território municipal. Esta divisão é feita em macrozonas, uma delas sendo a macrozona urbana que é subdividida em zoneamentos.

O artigo 79, da Lei Complementar n. 170 de 2006, estabelece que “Coeficiente de Aproveitamento (CA) é o número que multiplicado pela área do lote resulta na área máxima edificável.” Esse número que refere o artigo está determinado na mesma lei, conforme cada zoneamento, assim, por exemplo, na Zona de Proteção de Recursos Hídricos o número do coeficiente de aproveitamento é 0,2 (artigo 86), na Zona Industrial e de Logística é 0,6 (artigo

¹⁷⁶ MANZATO, Maria Cristina Biazão. *Transferência do direito de construir como uma das formas de indenização do tombamento*. 2007. p. 163. Dissertação (Mestrado em Direito Urbanístico) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=4567>. Acesso em: 25 mar. 2013.

¹⁷⁷ PREFEITURA municipal de Passo Fundo. *Lei Complementar n. 259 de 2010*. Disponível em: <<http://www.leismunicipais.com.br/a/rs/p/passo-fundo/lei-complementar/2010/25/259/lei-complementar-n-259-2010-dispoe-sobre-os-estimulos-fiscais-e-a-indenizacao-por-meio-da-transferencia-do-direito-de-construir-aos-proprietarios-de-imoveis-tombados-como-patrimonio-historico-cultural-paisagistico-e-natural-do-municipio-de-passo-fundo-2010-12-23.html>>. Acesso em: 25 mar. 2013.

¹⁷⁸ PREFEITURA municipal de Passo Fundo. *Lei Complementar n. 170 de 2006*. Disponível em: <<http://leismunicipais.com.br/a/rs/p/passo-fundo/lei-complementar/2006/17/170/lei-complementar-n-170-2006-dispoe-sobre-o-plano-diretor-de-desenvolvimento-integrado-pddi-do-municipio-de-passo-fundo-2013-05-09.html>>. Acesso em: 25 mar. 2013.

92-A), na Zona Residencial Um e Dois é 0,8 (artigo 95 e 96) e na Zona Residencial Três é 2,8 (artigo 96-A).¹⁷⁹

Por fim, a Lei Complementar n. 259 de 2010, determina as normas da transferência do direito de construir e também dispõe, no artigo 4º, sobre as regras para alienação do direito de construir.

Diante do exposto, observa-se que a transferência do direito de construir, como forma de indenização, é uma maneira mais viável do que a indenização via judicial referente ao ato do tombamento. Conforme salienta Silva

[...] sempre se teve uma brava luta entre Poder Público e proprietário de imóvel considerado de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social e cultural, porque o tombamento do imóvel para a solução desses valores importa tal restrição que o imóvel perde o valor e o proprietário não pode demoli-lo para, no terreno, construir outro. A possibilidade de transferência do seu direito de construir, seja para acrescer outro imóvel seu, seja para outro proprietário, suaviza as dificuldades de proteção cultural.¹⁸⁰

O Estatuto da Cidade busca diminuir os prejuízos do proprietário por meio deste instrumento, pois terá a possibilidade de aumentar o coeficiente de aproveitamento de outro imóvel seu ou de terceiro. Assim como, será benéfico para o Poder Público, que poderá ficar isento de possível indenização na via judicial.

A transferência do potencial construtivo também tem outro fator positivo, uma vez que o proprietário não precisa passar por um demorado e oneroso processo para verificar se houve efetivos prejuízos econômicos, como ocorre na possibilidade de indenização, pelo contrário, o Poder Público irá outorgar a transferência por meio de um ato administrativo que será averbada na matrícula do imóvel e, no caso de alienação do direito de construir, será feita por meio de escritura pública.¹⁸¹

Portanto, o ônus para o proprietário e para o ente público é minimizado e o procedimento da transferência é mais célere, fazendo com que as partes possam satisfazer

¹⁷⁹ Conforme o Anexo 4 – Uso do Solo, a Zona de Proteção de Recursos Hídricos é um área de preservação ambiental e, por isso, tem um número de coeficiente baixo. A Zona de Produção e Logística é considerada uma área de produção urbana. E as Zonas Residenciais Um, Dois e Três possuem um coeficiente maior, pois são áreas quase que exclusivamente dedicadas à moradia, sendo que é o Mapa de Zoneamento Urbano que estabelece a abrangência de cada uma das áreas. PREFEITURA MUNICIPAL DE PASSO FUNDO. *Plano diretor de desenvolvimento integrado*. Disponível em: <<http://www.pmpf.rs.gov.br/secao.php?p=584&a=2&pm=77>>. Acesso em: 28 mar. 2013.

¹⁸⁰ SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 267.

¹⁸¹ GASPARINI, Audrey. Tombamento e a transferência do direito de construir: dois institutos que se complementam. In: FERNANDES, Edésio. ALFONSIN, Betânia. (Org.) *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 149-151.

seus interesses. Cabe salientar que as normas da transferência do direito de construir devem estar presentes no plano diretor ou na legislação municipal, pois devem estabelecer as áreas possíveis de aplicação desse instituto e normas de edificação, sendo que se o Município não dispuser acerca disso, a transferência não pode ser aplicada.

Muitos proprietários buscam, junto ao Poder Judiciário, uma indenização em decorrência dos prejuízos sofridos, sendo que há uma posição que defende a gratuidade do tombamento e outra que salienta a questão do sacrifício de direitos. Entretanto, a maioria consente que, para haver indenização, deve haver prejuízos efetivos para o proprietário.

Esta é uma possível solução para o problema, contudo, ainda se pode resolver a questão por meio da transferência do direito de construir, consistindo na possibilidade de o proprietário transferir o coeficiente de aproveitamento de uma propriedade sua para outra ou, caso não tenha outra propriedade, de alienar o direito de construir para um terceiro e receber o valor correspondente. Assim, percebe-se que a transferência do direito de construir mostra-se como verdadeira indenização ao proprietário e pode ser uma alternativa para que os proprietários não se sintam tão prejudicados pelo ônus que tem que arcar, enquanto o Poder Público também diminui gastos, já que uma indenização perante o Poder Judiciário pode ser mais onerosa.

CONCLUSÃO

Ao final deste estudo percebe-se que a propriedade passou por várias modificações ao longo do tempo, sendo que hoje visa atender aos fins sociais, ou seja, há a supremacia do interesse coletivo em detrimento dos interesses individuais. Aliadas a este preceito, as limitações ao direito de propriedade são normas as quais devem ser obedecidas pelo proprietário, a fim de que a função social seja atendida. O tombamento é uma das limitações que mais atingem os direitos inerentes do proprietário e, por isso, gera tantas discussões.

A preocupação com a proteção do patrimônio histórico e cultural também sempre foi um tema em debate tanto no âmbito mundial, com o estabelecimento de convenções e tratados, dentre eles, a Convenção sobre o Patrimônio Mundial Cultural e Natural, como no âmbito nacional, com a criação do IPHAN e do Decreto-Lei n. 25 de 1937. Ademais, ao realizar uma comparação e um breve histórico entre Brasil e Portugal é possível perceber que esses países ainda possuem um longa caminhada, a fim de conseguir dirimir as dúvidas acerca dos institutos da classificação e do tombamento, assim como, conscientizar a população sobre a importância do patrimônio cultural imóvel.

A construção de um patrimônio histórico e artístico nacional faz com que seja escrita e preservada a história de um povo, de forma que o tombamento é um dos institutos que busca isso. Contudo, também traz restrições para o proprietário, como obrigações positivas (preservação e conservação) e abstenções (não demolir ou mutilar o bem). Diante disso, de um lado, encontra-se o Poder Público buscando proteger a história brasileira por meio dos bens imóveis de relevante valor cultural e, de outro, está o proprietário o qual se torna responsável pela conservação, preservação e valorização do bem tombado, sofrendo restrições nos seus direitos.

Este panorama faz com que os proprietários busquem o Poder Judiciário para receber uma indenização correspondente ao dano que sofreram com o ato do tombamento, de modo que o presente trabalho buscou analisar as diferentes posições adotadas pelos doutrinadores

Assim, uma parte da doutrina entende que deve haver a indenização em qualquer caso, pois há sacrifício de direitos, ou seja, o proprietário fica com os direitos de usar, gozar e dispor do bem limitados de tal forma que não consegue exercê-los, por isso, é cabível a indenização. Já uma segunda corrente entende que o tombamento é gratuito e não comporta indenização, pois as restrições que se sujeita o proprietário são parciais, fazendo com que ele ainda possa extrair utilidade do imóvel.

Apesar desta divergência, conclui-se que o que realmente determina a indenização ou não é o prejuízo. Assim, para que haja indenização, o proprietário deve ter sofrido danos efetivos com o ato do tombamento, de forma que isso deve ser provado no processo. Caso não seja demonstrado prejuízo, não há motivos para indenizar.

Com o intuito de aprofundar o tema da indenização e buscar outra possível solução para o descontentamento dos proprietários frente às restrições que lhe são impostas, foi analisada a possibilidade de utilizar a transferência do direito de construir como forma de indenização, tendo em vista que é um instrumento empregado no âmbito municipal, observando as normas do plano diretor.

O desenvolvimento do trabalho mostrou que é um modo mais eficaz de indenização, o qual traz benefícios para o proprietário e para o Poder Público, pois faz com que o proprietário possa aumentar o coeficiente de aproveitamento de outro imóvel seu, sem precisar pagar mais por isso ou pode vender o seu direito de construir a um terceiro e recebendo o valor correspondente. Além disso, o Poder Público terá menos gastos realizando esse procedimento do que enfrentando um processo judicial que pode acarretar em uma grande indenização.

Portanto, conforme foi sendo realizado o trabalho, percebeu-se que o direito de propriedade não envolve somente o proprietário, pelo contrário, envolve a coletividade e, por isso, deve ser analisado o prejuízo que isso traz, principalmente quando se refere às limitações administrativas, em específico, ao tombamento. Dessa forma, em caso de danos efetivos, em princípio, seria possível haver uma indenização pecuniária ao proprietário de um imóvel tombado, sendo que, ao mesmo tempo, a transferência do direito de construir mostra-se como outro meio de indenização ao proprietário.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO de estudo e defesa do património histórico-cultural de santarém. *Proteja o património*. Disponível em: <<http://www.patrimonio-santarem.pt/cat.php?catid=23>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

ARQUIVO nacional torre do tombo. *Identificação institucional: história*. Disponível em: <<http://antt.dgarq.gov.pt/inicio/identificacao-institucional/historia/>>. Acesso em: 11 jan. 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BITENCOURT, Ana Paula Mota de. *A Transferência do Direito de Construir para a conservação do patrimônio natural e cultural: a experiência da cidade de Curitiba*. Disponível em: <<http://www.ibdu.org.br/imagens/ATransferenciadoDireitodeConstruir.pdf> >. Acesso em: 25 mar. 2013.

BO, João Batista Lanari. *Proteção do patrimônio na UNESCO: ações e significados*. Brasília, DF: UNESCO, 2003. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=65731>. Acesso em: 10 jan. 2013.

BORGES, Marcos Antônio. O Tombamento como instrumentos jurídicos para a proteção do patrimônio cultural. *Revista jurídica*, Brasília, DF: A Presidência, v. 7, n. 73, jun./jul. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_73/artigos/MarcoAntonio_rev73.htm#1a>. Acesso em: 14 jan. 2013.

BRASIL. *Código Civil*. Lei n. 10.406 de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 25 mar. 2013.

_____. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil de 1824*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 19 set. 2012.

_____. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm>. Acesso em: 19 de set. 2012.

_____. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 1934*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 19 set. 2012.

_____. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 1946*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 19 set. 2012.

_____. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil, 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 19 set. 2012.

_____. Constituição (1969). *Constituição da República Federativa do Brasil, 1969*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecor1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 19 set. 2012.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 set. 2012.

_____. *Decreto-lei n. 3.365 de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm>. Acesso em: 25 mar. 2013.

_____. *Decreto-lei n. 25 de 1937*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0025.htm>. Acesso em: 25 de mar. 2013.

_____. *Estatuto da Cidade*. Lei n. 10.257 de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm>. Acesso em: 25 mar. 2013.

_____. *Estatuto da Terra*. Lei n. 4.504 de 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14504.htm>. Acesso em: 25 mar. 2013.

_____. *Lei complementar n. 259 de 2010*. Disponível em: <<http://www.pmpf.rs.gov.br/index.php?p=1145&a=1&pm=1&if=1>>. Acesso em: 25 mar. 2013.

_____. *Lei complementar n. 170 de 2006*. Disponível em: <<http://pmpf.rs.gov.br/index.php?p=1145&a=1&pm=1&if=1>>. Acesso em: 25 mar. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1129103*. Relator: Arnaldo Esteves Lima. Brasília: DF, 8 de fev. de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200900511087&pv=01000000000&tp=51>>. Acesso em: 21 mar. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 361.127*. Relator: Joaquim Barbosa. Brasília: DF, 15 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2060048>>. Acesso em: 21 mar. 2013.

CARTA de veneza. Maio de 1964. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/portal/baixaFcdAnexo.do?id=236>>. Acesso em: 18 out. 2012.

CARVALHO, Denise Ortiz de. *Os efeitos do tombamento na propriedade imobiliária privada*. 2010. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialista em Direito Imobiliário) – Faculdade Autônoma de Direito, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/36629145/OS-EFEITOS-DO-TOMBAMENTO-NA-PROPRIEDADE-IMOBILIARIA-PRIVADA>>. Acesso em: 21 jan. 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CASTRO, Sônia Rabello de. *Estatuto da cidade e a preservação do patrimônio cultural federal: compatibilizando a gestão*. Disponível em: <<http://www.inepac.rj.gov.br/modules.php?name=Artigos>>. Acesso em: 11 mar. 2013.

CONSTITUIÇÃO da organização das nações unidas para a educação, a ciência e a cultura. 16 nov. 1945. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001472/147273POR.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2012.

CONVENÇÃO para a protecção de bens culturais em caso de conflito armado. 14 maio 1954. Disponível em: <http://www.unesco.pt/cgi-bin/cultura/docs/cul_doc.php?idd=6>. Acesso em: 18 out. 2012.

CONVENÇÃO para a protecção do patrimônio mundial, cultural e natural. 1972. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001333/133369por.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2012.

COPOLA, Gina. Tombamento, algumas relevantes considerações. *Fórum de direito urbano e ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, v. 6, n. 33, mai./jun. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29632>>. Acesso em: 21 jan. 2013.

CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CORTEZE, Mário José. A natureza jurídica do tombamento. *Fórum de direito urbano e ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, v. 10, n. 59, set./out. 2011. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/42715>>. Acesso em: 15 fev. 2013.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Dicionário de direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. Regime jurídico do tombamento. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 112, p. 54-55, abr./jun. 1973.

DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. (Coord.). *Temas de direito urbanístico 2*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

DECLARAÇÃO do México. 1985. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/portal/baixaFcdAnexo.do?id=255>>. Acesso em: 18 out. 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Servidão administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

DIAS, Guilherme. *O patrimônio material no estado do Rio Grande do Sul: políticas, ações e preservação*. 2012. Dissertação (Mestrado em História) – Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. Disponível em: <<http://busca.ibict.br/SearchBDTD/search.do>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A tutela jurídica do patrimônio cultural brasileiro*. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/41640?locale=en>>. Acesso em: 17 jan. 2013.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GASPARINI, Audrey. Tombamento e a transferência do direito de construir: dois institutos que se complementam. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. (Org.). *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOMES, Orlando. Evolução contemporânea do direito de propriedade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, n. 149, p. 14, 1953.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

INSTITUTO do patrimônio histórico e artístico nacional. *Lei n. 378 de 13 de janeiro de 1937*. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/portal/montarPaginaSecao.do?id=15304&sigla=Legislacao&retorno=paginaLegislacao>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

_____. *Patrimônio material*. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/portal/montarPaginaSecao.do?id=12297&retorno=paginaIphan>>. Acesso em: 18 out. 2012.

_____. *Proteção e revitalização do patrimônio cultural no Brasil*. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/portal/montarDetalheConteudo.do?id=13129&sigla=Institucional&retorno=detalheInstitucional>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

INSTITUTO roerich da paz e cultura do brasil. *Pacto Roerich*. Disponível em: <<http://roerich.org.br/site/pactoroerich.html>>. Acesso em: 18 out. 2012.

JUNKES, Sérgio Luiz. *A justiça social como norma constitucional*. Disponível em: <http://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/edicoes-impresas/integra/arquivo/2012/junho/artigos/a-justica-social-como-norma-constitucional/indexcd0b.html?no_cache=1&cHash=601e066b6dedb4fb85b266ed45a2f150>. Acesso em: 5 out. 2012.

LINO, Fernanda Noia da Costa. *A preservação do patrimônio cultural urbano: fundamentos, agentes e práticas urbanísticas*. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito,

Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-27012011-091914/pt-br.php>>. Acesso em: 19 out. 2012.

LUPO, Rogério Russo. *A função social como agente limitador-conformativo da propriedade*. 2007. 150 p. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=89510>. Acesso em: 19 set. 2012.

MADEIRA, José Maria Pinheiro; MADEIRA, Jansen Amadeu do Carmo. Institutos afins à desapropriação (3ª e última parte). *Fórum administrativo: direito público*. Belo Horizonte: Fórum, v. 8, n. 91, set. 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/32120>>. Acesso em: 8 out. 2012.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Limitações urbanas ao direito de propriedade*. São Paulo: Atlas, 2010.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao direito de propriedade*. São Paulo: Saraiva, 1997.

MANZATO, Maria Cristina Biazão. *A transferência do direito de construir como forma de indenização ao proprietário de bem tombado*. Disponível em: <<http://www.mp.mg.gov.br/portal/public/interno/repositorio/id/4325>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

_____. *Transferência do direito de construir como uma das formas de indenização do tombamento*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito Urbanístico) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=4567>. Acesso em: 25 mar. 2013.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. A proteção constitucional ao patrimônio cultural. *Revista de direito ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 5, n. 20, out./dez. 2000.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (Org.) *Estatuto da cidade: lei 10.257 de 10.07.2001 comentários*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. Tombamento e dever de indenizar. *Boletim de direito administrativo*. São Paulo: Nova dimensão jurídica, maio 1988.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3.

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

OLIVEIRA, Odília Ferreira da Luz. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PEREIRA, Júlia Wagner. *O tombamento: de instrumento a processo na construção de narrativas da nação*. 2009. Dissertação (Mestrado em Museologia e Patrimônio) – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=176381>. Acesso em: 15 jan. 2013.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues; FIGUEIREDO, Sálvio de. *Direito das coisas*. Brasília: Ed. Fac-similar, 2004.

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

PORTUGAL. *Decreto-lei n. 309 de 2009*. Disponível em: <<http://dre.pt/sug/1s/indices-lista-diplomas.asp?tipo=decreto-lei&ano=2009&trim=4>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

_____. *Lei constitucional n. 1 de 1976*. Disponível em: <<http://dre.pt/sug/1s/indices-lista-diplomas.asp?tipo=lei%20constitucional&ano=2005&trim=3>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

_____. *Lei n. 107 de 2001*. Disponível em: <<http://dre.pt/sug/1s/indices-lista-diplomas.asp?tipo=lei&ano=2001&trim=3>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

PREFEITURA municipal de passo fundo. *Plano diretor de desenvolvimento integrado*. Disponível em: <<http://www.pmpf.rs.gov.br/secao.php?p=584&a=2&pm=77>>. Acesso em: 28 mar. 2013.

SANTIN, Janaína Rigo; MARANGON, Elizete. Instrumentos de política urbana para valorização do patrimônio histórico: outorga onerosa e transferência do direito de construir. *Revista do direito*, Santa Catarina: UNISC, n. 29, jan./jun. 2008. Disponível em: <<http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/660>>. Acesso em: 25 mar. 2013.

SANTOS, Sara Gisele Oliveira Ferreira. *Direito do património cultural*. Disponível em: <<http://www.cije.up.pt/publications/direito-do-patrim%C3%B3nio-cultural>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

SARAIVA, José Hermano. *História concisa de Portugal*. 8. ed. Portugal: Publicações Europa América, 1983.

SCHMIDT, Mario. *Nova história crítica*. São Paulo: Nova Geração, 2005.

SILVA, Júlia Alexim Nunes da. *Por um código do patrimônio cultural brasileiro*. Disponível em: <http://direitosculturais.com.br/artigos_interna.php?id=66>. Acesso em: 14 jan. 2013.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1997.

TELLES, Antonio A. Queiroz. *Tombamento e seu regime jurídico*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1992.

TOMÁS, Paulo Manoel de Carvalho. *Património cultural e estratégias de desenvolvimento em Portugal: balanço e novas perspectivas*. Actas del X Coloquio Internacional de Geocrítica, Barcelona, 2008. Disponível em: <<http://www.ub.edu/geocrit/-xcol/289.htm>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

UNITED nations educational, scientific and cultural organization. *Patrimônio cultural no Brasil*. Disponível em: <<http://www.unesco.org/new/pt/brasil/culture/world-heritage/cultural-heritage/>>. Acesso em: 18 out. 2012.

ZANDONADE, Adriana. *O tombamento à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2012.

WIDMER, Gloria Maria; PIRES, Mário Jorge. Convenção do patrimônio mundial, cultural e natural, como possível elemento indutor de atividade turística. *Revista Hospitalidade*, São Paulo: Universidade Anhembi Morumbi, ano 5, n. 2, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://spell.org.br/documentos/ver/3437/a-convencao-do-patrimonio-mundial--cultural-e-natural--como-possivel-elemento-indutor-de-atividade-turistica/i/pt-br>>. Acesso em: 10 jan. 2013.