

A TRANSFERÊNCIA DO DIREITO DE CONSTRUIR COMO FORMA DE INDENIZAÇÃO AO PROPRIETÁRIO DE BEM TOMBADO

Maria Cristina Biazão Manzato
Procuradora do Estado de São Paulo

Disponível em: http://www.ibap.org/10cbap/teses/mariacristinabiazaoanzato_tese.doc

RESUMO

O espaço urbano guarda uma pluralidade de riquezas culturais que devem ser preservadas. O instituto do tombamento tem especial importância na proteção dos bens de valor histórico, artístico e cultural, sendo que de sua aplicação resultam para o proprietário obrigações e restrições que podem atentar contra o exercício de seu direito de propriedade, fazendo jus à indenização proporcional à restrição causada. Como forma de compensação ao proprietário de imóvel preservado, pelo fato de não poder exercer o direito de construir em sua plenitude, surgiu o instituto da transferência do direito de construir, que lhe possibilita utilizar em outro local ou mesmo alienar esse direito.

Palavras-chaves: TOMBAMENTO – DIREITO DE PROPRIEDADE – INDENIZAÇÃO – TRANSFERÊNCIA DO DIREITO DE CONSTRUIR

ABSTRACT

The urban space has a plurality of cultural wealth that must be preserved. The overthrow institute has an special importance in the protection of historic, artistic and cultural value goods, but its application result for the owner obligations and restrictions that may attempt against the exercise of his property right, making himself deserved to the proportional compensation for the caused restriction. As a form of compensation to the preserved good owner, because he can not exercise the full construction right, has appeared the transfer institute of the construction right, that makes possible use it in another place or even alienate these right.

Key-words: OVERTHROW – PROPERTY RIGHT – COMPENSATION – CONSTRUCTION RIGHT TRANSFER

INTRODUÇÃO

O espaço urbano, voltado ao atendimento das necessidades da coletividade, guarda uma pluralidade de riquezas culturais que devem ser preservadas para que se compreenda o presente conhecendo o passado e se possa vislumbrar o futuro.

Faz-se necessário, assim, mecanismos eficientes de preservação desse patrimônio, com normas de conservação para que se mantenha íntegro. O tombamento tem especial importância na proteção dos bens declarados de valor histórico, artístico e cultural.

Do tombamento resultam para o proprietário do bem a ser preservado obrigações e restrições que podem atentar contra o exercício de seu direito de propriedade, fazendo jus à indenização proporcional à restrição causada.

Uma dessas restrições refere-se a imodificabilidade do bem, não podendo seu proprietário, em face do tombamento, ampliá-lo ou demoli-lo para no local realizar nova construção.

Como forma de compensação ao proprietário de imóvel preservado, pelo fato de não poder exercer o direito de construir em sua plenitude, surgiu o instituto da transferência do direito de construir, que lhe possibilita utilizar em outro local ou mesmo alienar esse direito.

Nesse panorama, devemos analisar o instituto do tombamento de bens imóveis, com o escopo de delimitar nosso objeto de estudo, com especial ênfase à restrição ao direito de construir, que fundamenta a aplicação do instrumento jurídico da transferência do direito de construir, como forma de indenização ao proprietário de bem que deva ser preservado.

1 PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO HISTÓRICO, ARTÍSTICO E CULTURAL

A preocupação com a destruição dos recursos ambientais é a tônica de nossa época que, chegando aos ouvidos de nossos constituintes, elevaram o meio ambiente ecologicamente equilibrado à categoria de bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

Nesse sentido, podemos falar em meio ambiente cultural, segundo os ensinamentos de José Afonso da Silva, pois o conceito de meio ambiente há "de ser, pois,

globalizante, abrangente de toda a Natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico".¹ Assim, a memória cultural de um povo merece proteção especial do ordenamento jurídico e da comunidade, que é, ao mesmo tempo, responsável pela sua conservação e beneficiária de suas manifestações.

O Poder Público, com a colaboração da comunidade, tem o dever de promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, além de outras formas de acautelamento e preservação, conforme o disposto no artigo 216, § 1º, da Constituição Federal.

Mas o que é patrimônio cultural? A própria Constituição Federal tratou de conceituar o patrimônio cultural brasileiro em seu artigo 216. Temos a consagração do pluralismo cultural, implicando no reconhecimento de que a cultura brasileira não é única, mas sim resultante da atuação e interação dinâmica de todos os grupos e classes sociais das diversas regiões. Hoje a discussão sobre o patrimônio cultural não mais se cinge ao valor excepcional do bem ao valor documental cotidiano, mas inclui todas as atividades humanas portadoras de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da nacionalidade ou sociedades brasileiras.²

O fenômeno social não é estático, e, assim, a sociedade brasileira continua em formação, sendo que os bens incluídos nos incisos do art. 216, da Constituição Federal, estão, ainda que indiretamente, incluídos nesse processo.

A proteção aos bens considerados de importância histórica ou artística nos remete necessariamente a algumas considerações a respeito do direito de propriedade.

Em face do atual ordenamento jurídico, o conceito de propriedade não pode ser entendido como absoluto, uma vez que o legislador atribuiu a ele uma função social.

O artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal, assegura o direito de propriedade; o inciso XXIII estabelece que a propriedade atenderá à sua função social; no artigo 170, incisos II e III, encontramos a propriedade privada e a função social da propriedade como princípios de ordem econômica, entendidos como fundamentos dessa atividade, como nos ensina José Afonso da Silva, porque "embora também prevista entre os direitos individuais, ela não mais poderá ser considerada puro direito individual, relativizando-se seu conceito e significado, especialmente porque os princípios da ordem econômica são preordenados à vista da realização de seu fim: *assegurar a todos*

¹ SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 20.

² MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente:...* São Paulo: RT, 2004, p.273-274.

existência digna, conforme os ditames da justiça social. Se é assim, então a propriedade privada, que, ademais, tem que atender a sua função social, fica vinculada à consecução daquele fim.³

A discussão a respeito da propriedade privada ganha relevância, uma vez que há interesse público de toda a sociedade na preservação dos bens culturais.

Para a concretização dessa proteção se justificam as sujeições a que se submete o proprietário dos bens declarados de valor cultural, com restrições ao exercício de determinados direitos que anteriormente eram inerentes ao domínio. É nesse aspecto que surgem as discussões a respeito da indenização em face das medidas acautelatórias e de preservação da coisa considerada de valor cultural, levando-se em conta seu valor social, ou dito de outro modo, se realizada sua função social.

Nesse sentido, o tombamento é uma das formas de realização concreta de tal acautelamento e preservação, permanecendo como a mais importante e a mais utilizada. Este trabalho prende-se à preservação dos bens culturais por meio do tombamento, com análise de um de seus aspectos mais controvertidos: a indenização.

2 TOMBAMENTO

A expressão tombamento vem do Direito Português, onde o verbo *tombar* significa registrar, inventariar ou inscrever bens nos arquivos do Reino, guardados na Torre do Tombo, sendo que nosso legislador conservou tais expressões.⁴

Dessa forma, o tombamento tem como finalidade a proteção de determinados bens considerados de valor histórico ou artístico, inscrevendo-os em um dos livros do tomo, sujeitando o proprietário a certas restrições.

Pode-se *tombar* bens móveis, imóveis, materiais, imateriais, públicos ou privados.

A legislação básica a respeito do tombamento é o Decreto-lei 25, de 30/11/37, que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, estabelece o processo de tombamento, os efeitos do tombamento e sanções administrativas para infrações cometidas nos termos do mencionado Decreto-lei.

O Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional trabalha, no âmbito federal, com um universo diversificado de bens culturais classificados segundo sua

³ *Curso de direito constitucional positivo.* São Paulo: Malheiros, 2002, p. 788

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* São Paulo: Malheiros, 2002, p. 542.

natureza e os tipos de proteção nos quatro livros do Tombo: Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico, Livro do Tombo Histórico, Livro do Tombo das Belas Artes e Livro das Artes Aplicadas.

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

No tocante à competência legislativa sobre a matéria, pelo artigo 24, inciso VII, a União, os Estados e o Distrito Federal têm competência concorrente para legislar sobre a proteção do patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico, cabendo à União o estabelecimento de normas gerais e aos Estados a competência suplementar. A competência do Município para legislar sobre o assunto em tela está fundamentada no "interesse local" expresso no artigo 30, inciso I, do texto constitucional. Nesse sentido, o Município detém competência para instituir sua própria legislação a respeito do tombamento, nos moldes do artigo 30, incisos I e II, da Constituição Federal, podendo acrescentar outras regras às normas gerais, diante do interesse local de preservação de bens culturais vinculados ao seu território.

2.1 Conceito e natureza jurídica

O tombamento tem como finalidade a preservação do bem apontado como importante à história ou à arte, conservando suas características originais. De acordo com Lúcia Valle Figueiredo podemos conceituá-lo como "ato administrativo constitutivo por meio do qual a Administração Pública, ao reconhecer, à luz de manifestações técnicas, que determinado bem se enquadra nos pressupostos constitucionais e legais e, no confronto do caso concreto com os valores resguardados pela Constituição, verifica a necessidade de conservá-lo e determina sua preservação, com a conseqüente inclusão no Livro do Tombo".⁵

Assim, poderíamos dizer que o tombamento é um ato administrativo por meio do qual o Poder Público impõe uma série de restrições à propriedade privada com o escopo de proteger o meio ambiente cultural.

Um dos objetivos do tombamento é a conservação da coisa. O tombamento vai possibilitar que não se transfira o domínio do particular, evitando-se a estatização de todo

⁵ *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p.296.

o patrimônio artístico, histórico e paisagístico.⁶ Entretanto, sobre o bem privado passa a haver um regime jurídico de tutela pública e muitas teorias têm sido expostas para caracterizar esse regime.

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

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

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

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

2.2 Modalidades de tombamento

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

O Decreto-lei 25/37 prevê três tipos de tombamento: de ofício, voluntário e compulsório. O tombamento de ofício recai sobre bens públicos, bastando a notificação à entidade a que pertencer ou sob cuja guarda estiver a coisa, a fim de produzir os necessários efeitos, conforme o artigo 5º, do Decreto-lei 25/37.

O tombamento voluntário e o compulsório incidem sobre bens particulares, conforme a previsão do artigo 6º do mencionado Decreto-lei. Voluntariamente pode ocorrer o tombamento com a simples concordância de seu proprietário, a seu pedido ou em atendimento à notificação, consoante artigo 7º do Decreto-lei em estudo. O

⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 890.

tombamento compulsório terá lugar sempre que houver resistência por parte do proprietário em anuir ao tombamento, ou no caso de impugnação, como se depreende do art. 8º do Decreto-lei 25/37.

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

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

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

2.3 Restrições impostas pelo tombamento

Com o tombamento algumas restrições são impostas ao proprietário do bem, com a finalidade de conservar as características originais, que justificaram essa forma de preservação.

Os efeitos do tombamento referem-se a alienabilidade e imodificabilidade do bem e à possibilidade de fiscalização pelo órgão competente.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷ enumera obrigações positivas (de fazer), negativas (não fazer) e de suportar (deixar fazer).

Quanto às positivas, cabe ao proprietário realizar as obras necessárias à conservação da coisa, a fim de evitar sua deterioração. Caso não tenha condições

⁷ *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 138.

financeiras, deverá comunicar o órgão responsável, nos termos do artigo 19 do Decreto-lei n. 25/37.

No caso de alienação do bem, a transferência do domínio deverá ser averbada no prazo de trinta dias, cuja responsabilidade é do adquirente, consoante prescreve o artigo 13, § 1º do mesmo diploma legal.

Se o bem tombado for público será inalienável, salvo se a transferência ocorrer entre União, Estados e Municípios (artigo 11); se particular, deve ser assegurado o direito de preferência, pela ordem, da União, dos Estados e dos Municípios, como prevê o artigo 22 do Decreto-lei 25/37.

Podemos enumerar obrigações de não fazer: não destruir, não demolir, não danificar ou não mutilar a coisa tombada, nem, sem prévia autorização do órgão competente, repará-la, pintá-la ou restaurá-la, sob pena de multa de cinquenta por cento do valor do dano causado (artigo 17 do Decreto-lei n. 25/37).

Dessa forma, em se tratando de alterações físicas realizadas no bem tombado, estão inseridas as restrições quanto a reformas, ampliações e construções, que somente poderão ser realizadas com autorização do órgão competente.

Assim, a imodificabilidade do bem tombado refere-se à impossibilidade de alteração das características originais da coisa, consoante a diretriz de conservação apontada no Livro do Tombo correspondente.

Sujeita-se o bem tombado à fiscalização pelo órgão competente, não podendo seu proprietário a ela se opor, sob pena de multa, consoante artigo 20 do Decreto-lei citado.

Dessa forma, tais restrições se vinculam ao interesse público na conservação do bem.

2.4 Apreciação pelo Poder Judiciário

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

Dessa assertiva, decorre a possibilidade de análise pelo Poder Judiciário da legalidade dos elementos (ou requisitos) do ato administrativo, quais sejam, competência, finalidade, forma, objeto e motivo.

O tombamento se efetua por meio de um procedimento, entendido como uma seqüência de atos ordenados até a realização de um ato final: o tombamento definitivo

com a inscrição do bem no Livro do Tombo correspondente ao seu valor cultural. Esse procedimento está sujeito ao devido processo legal que, se não devidamente concretizado, contamina o ato final com a ilegalidade. Mais ainda, a ausência dos princípios que norteiam o processo administrativo (e toda atuação da Administração Pública!).⁸ Essa matéria também está afeta à apreciação do Poder Judiciário.

Ao Poder Judiciário não é dado apreciar tais critérios de valoração e, assim, modificar o ato administrativo. Sua atuação limita-se à moldura da legalidade.

3 TOMBAMENTO E INDENIZAÇÃO

Um dos maiores problemas relacionados ao tombamento é a indenização.

Pode-se dizer que o dever de indenizar do Poder Público nasce quando diretamente é expropriada a propriedade do particular. Repartem-se os ônus com fundamento no artigo 5º, *caput*, da CF, e na "igualdade dos ônus dos administrados em face do Estado".

A indenização se caracteriza como uma forma de distribuição isonômica dos ônus impostos a um determinado proprietário pelos benefícios que toda a comunidade auferiu com a preservação da memória inerente ao imóvel tombado. É o princípio da solidariedade social, "segundo o qual só é legítimo o ônus suportado por todos em favor de todos. Se o bem-estar social exige o sacrifício de um ou de alguns, aquele ou estes devem ser indenizados pelo Estado, ou seja, pelo erário comum do povo".⁹

Édis Milaré entende que o tombamento, em si, não gera direito à indenização. O que poderia ser indenizável seria um prejuízo atual que sofresse um proprietário pelo fato de ser necessária a preservação de determinado bem. A restrição deve causar prejuízo concreto, atual, esvaziando total ou parcialmente a propriedade, e não prejuízo futuro e eventual.¹⁰

Celso Antonio Bandeira de Mello ensina que os sacrifícios de direito são providências legítimas facultadas ao Poder Público. Assim, pela desapropriação despoja-se alguém de uma propriedade que é necessária à persecução de objetivos sociais e, pela servidão administrativa, saca-se de um bem a utilidade que ele pode proporcionar à coletividade, colocando-o em parcial estado de sujeição ao interesse coletivo. É certo,

⁸ Artigo 2º, da Lei 9.784/99: A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

⁹ MEIRELLIES, Hely Lopes. *Tombamento*. RT 600/16.

¹⁰ *Direito do ambiente*:... São Paulo: RT, 2004, p. 282.

porém, que nesses casos ao titular do direito expropriado, por atos concretos que particularizem o bem de sua propriedade, impõem-se indenização justa e prévia ao lesado, consoante dispõe o artigo 182, § 3º, da CF, embora justificado pela existência de um interesse público.¹¹

Como dizia Hely Lopes Meirelles¹², tombamento não é confisco. Entretanto, muitas vezes se torna difícil mensurar o prejuízo causado ao proprietário ou a dimensão da restrição à utilização do bem tombado.

O tombamento de um bem imóvel não retira do proprietário o direito de usar e gozar, entretanto impõe o ônus de imutabilidade, impedindo que se extraia toda a comodidade e conforto fisicamente possível, com a possibilidade de uma diminuição da expressão econômica do bem, em face do impedimento de ampliar e de reedificar.

Dessa forma, não é somente a alegação de um prejuízo o fundamento para uma indenização resultante do ato de tombamento. Ou, dito de outro modo, não é o ato de tombamento em si o fundamento para indenização ao proprietário do imóvel preservado. Como nos ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, para haver indenização é preciso: (a) um sacrifício do direito e (b) que tal sacrifício implique agravo econômico. "Em suma: sem a compressão do direito não há cogitar de indenização (nestes casos atinentes aos poderes sobre o imóvel), assim como, sem prejuízo econômico, também não haveria cogitar de algo a ser indenizado, porquanto inexistiria perda a ser suprimida".¹³

Podem ocorrer situações em que, mesmo considerando-se o tombamento como sacrifício de direito, não haverá indenização, em face da ausência de gravame econômico.

Até aqui chegamos à conclusão de que o tombamento é sacrifício de direito. Questão que se coloca é a necessidade de se mensurar o gravame econômico sofrido pelo proprietário do imóvel em razão do tombamento.

Nesse ponto de nosso trabalho vamos nos ater a análise do prejuízo sofrido pelo proprietário do bem tombado unicamente em face da impossibilidade de efetuar novas construções no imóvel como fundamento para a aplicação da transferência do direito do

¹¹ *Tombamento e dever de indenizar*. BDA, maio/88, p.312.

¹² MEIRELLIES, Hely Lopes. *Tombamento*. RT 600/16.

¹³ *Tombamento e dever de indenizar*. BDA, maio/88, p.315.

sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas. Dessa forma, o proprietário de um bem imóvel tombado não poderá ampliar a construção ou demolir o imóvel para ali edificar outro.

A inalterabilidade do imóvel causa uma restrição ao direito de propriedade, no sentido de que o proprietário não poderá tirar total proveito econômico ou comodidade do imóvel, pois lhe é sacrificado o poder de reedificar.

Por outro lado, o pressuposto para a indenização é o prejuízo havido no momento do tombamento. Deve ser real, concreto e proporcional à diminuição da utilização do direito de propriedade.

Nesse sentido, o proprietário do imóvel tombado fica impedido de realizar obras de ampliação ou novas construções no local, consoante as limitações legais instituídas pelo Poder Público, mesmo dentro do limite de coeficiente básico.

É de competência municipal, por meio de plano diretor, a definição de coeficientes de aproveitamento em seu território.

Por coeficiente de aproveitamento entendemos a relação existente entre a área edificável e a área do terreno. Deve ser estabelecido um coeficiente básico, que é o limite em que o proprietário pode exercer plenamente seu direito de construir, sem necessidade de outorga do Poder Público, e um coeficiente máximo, limitando a possibilidade de construções, visando melhor aproveitamento do espaço urbano. O potencial construtivo

Para exemplificar: considerando-se um imóvel tombado localizado em zona de potencial construtivo básico 2,0, sendo que o potencial construído é 1,0 e o potencial máximo 4,0. Poderia o proprietário edificar mais 1,0, sem necessitar de outorga onerosa, exercendo, assim, plenamente seu direito de construir. Para construir até 4,0, necessitaria "adquirir" da Municipalidade potencial construtivo 2,0, mediante contrapartida especificada em lei.

O tombamento não é confisco, como já dizia Hely Lopes Meirelles, e repetimos. Entretanto, também não pode se tornar um meio de enriquecimento de seu proprietário, que, em função do tombamento poderá auferir vantagem que não teria no uso normal de sua propriedade se não fosse tombada.

Como vimos anteriormente, o direito de propriedade recebe contornos legais e limitações, a fim de atender sua função social. Nessa sistemática, o direito de construir pode ser exercido consoante ordenação urbanística. Até o coeficiente de aproveitamento básico pode o proprietário edificar sem se sujeitar à outorga onerosa do direito de construir. Desse coeficiente até o máximo, o aproveitamento deverá ser adquirido mediante outorga onerosa do direito de construir. Não poderá ser incluído na indenização o potencial de edificabilidade compreendido entre o coeficiente básico e o máximo da área, pois para que possa ser utilizado deverá o proprietário adquiri-lo da Municipalidade. Não tendo o proprietário obtido a outorga mediante a correspondente contrapartida, não poderá pleitear sua integração no valor da indenização, por se configurar enriquecimento ilícito.

Numa realidade de especulação imobiliária e de valorização dos espaços urbanos, tal potencial construtivo tem valor econômico destacado da propriedade e poderá ser objeto de indenização a ser pleiteada pelo proprietário do imóvel tombado, considerando-se como limite o coeficiente de aproveitamento básico.

Como mecanismo de compensação ao proprietário de bem declarado de valor cultural, que sofre restrição ao seu direito de construir, o legislador criou um instituto visando compensar-lhe o prejuízo. Trata-se da transferência do direito de construir, que

Esse instituto foi criado como uma forma de compensação ao proprietário de imóvel que, em função de interesse público, fica impedido de construir conforme sua vontade ou, dizendo de outra forma, de exercer o direito de construir em plenitude naquele local.

Interessa-nos analisar a hipótese legal que abrange os imóveis tombados. Nas situações em que essa forma de preservação de bens culturais implicar na impossibilidade de modificação do imóvel, acarretando ao seu proprietário a impossibilidade de ampliá-lo, demoli-lo ou efetuar outras construções no local, poderá o Poder Público utilizar-se da transferência ou alienação do direito de construir como forma indireta de indenização.

A transferência e a alienação do direito de construir se relacionam à idéia de solo criado.

O solo criado, chamado por alguns de solo virtual ou artificial, é a possibilidade de criação de área horizontal, mediante edificação sobre ou sob o solo natural, acima de um certo coeficiente único de aproveitamento, quase sempre igual a um, conforme "como um dos pressupostos indispensáveis para a corporificação de um inovador instrumento de intervenção urbanística: o solo criado. De sorte que a análise dos fundamentos da transferência do direito de construir há de ser procedida no bojo do instituto do solo criado".¹⁶

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

4.1 Histórico do instituto

Podemos dizer que a transferência do direito de construir foi influenciada pela doutrina norte-americana. No caso de Chicago, os conflitos ocorreram em face do tombamento de bens, pois quando se tombava um prédio de dois ou três andares, em uma zona onde se permitia construir edifícios, seu proprietário se sentia prejudicado pela impossibilidade de exercer seu direito de construção virtual no terreno. Criou-se uma

¹⁴ *O estatuto da cidade*. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, 2002, p. 169.

¹⁵ *Idem*, p. 169.

¹⁶ MONTEIRO, Yara Darcy Police, SILVEIRA, Egle Monteiro da. *Transferência do direito de construir*. In: *Estatuto da cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 279.

construir que lhes couber no terreno onde se acham tais bens, e que não podem ser demolidos para erguerem-se no respectivo terreno construções modernas e elevadas. A transferência do direito de construir desse terreno para outro permite acrescer em outros imóveis áreas construídas que não seriam possíveis de outro modo.¹⁷

No Brasil, o instituto foi idealizado por meio de estudos promovidos pelo Centro de Estudos e Pesquisas em Administração Municipal - CEPAM (transformado na Fundação Prefeito Faria Lima) culminando com a elaboração de um documento onde constavam os principais contornos do solo criado, que, após vários seminários sobre o tema, originou a chamada Carta de Embu, documento elaborado e aprovado na cidade de mesmo nome, no mês de dezembro de 1976.

4.2 Direito de propriedade, direito de construir e solo criado

Como vimos anteriormente, o direito de propriedade sofre delimitações legais, que determinam seu contorno, como uma moldura dentro da qual pode ser exercido.

Não é ele ilimitado, devendo ser a propriedade considerada em sua função social, pois a destinação que o proprietário dá ao seu bem gera externalidades que afetam toda a coletividade. Nesse sentido, toda edificação interfere no meio ambiente urbano, e, por tal razão, deve sofrer limitações.

Coloca-se, nesse ponto, a discussão a respeito da separação ou não entre o direito de propriedade e o direito de construir. Podemos identificar três correntes doutrinárias: uma defendendo que o direito de propriedade implica na plenitude do direito de construir; outra, em extremo oposto, a total separação do direito de propriedade e do direito de construir; uma concepção intermediária, no sentido de que lei pode definir limites objetivos ao direito de construir.

O primeiro posicionamento, mais próximo do Direito Civil, defende que o direito de propriedade traz inerente o direito de construir, com os atributos de gozo, disposição e

¹⁷ ROLNIK, Raquel. *Outorga onerosa e transferência do direito de construir. In Estatuto da cidade e reforma urbana: ...* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 201.

¹⁸ SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 255.

fruição do bem. Dessa forma, seria o direito de construir um direito subjetivo de quem possui o domínio, não podendo sofrer qualquer tipo de limitação.

Para os adeptos dessa corrente, o máximo que se admite são restrições gerais advindas do direito de vizinhança. Não haveria lugar para a idéia do solo criado, pois realizar edificações era direito subjetivo do proprietário. Seria inconcebível "regrar ou limitar o direito de construir acima de qualquer limite legal ou regulamentarmente estipulado, muito menos para que o exercício desse direito dependesse de outorga, licença ou autorização do Poder Público".¹⁹

Em posição totalmente contrária e defendida à época por Eros Grau encontramos a separação entre o direito de propriedade e o direito de construir, pois que este não pertencia ao proprietário, mas apenas a ele poderia ser atribuído por meio de autorização ou concessão do Poder Público, seu efetivo titular.²⁰

Nesse sentido, o direito de construir, não integrando o direito de propriedade, pertenceria à coletividade para a edificação de qualquer espaço e não somente para o solo criado.²¹

Construiu-se uma posição intermediária, na qual caberia à lei definir limites objetivos ao direito de construir, e, para construções que a ele excedem, haveria necessidade de outorga por parte do Poder Público. Não se afasta essa concepção do reconhecimento de que o direito de propriedade envolve o poder de utilização do bem, entretanto, estabelece que a legislação deverá especificar os limites em que poderá ser exercido.

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

Na França, a Lei 75-1.328, de 31.12.1975, estabeleceu que "uma densidade igual a 1,0 constitui o limite legal de densidade. Para a cidade de Paris, esse número é fixado em 1,5". Além desse limite, chamado *plafond légal de densité* (teto legal de densidade), o exercício do direito de construir se subordinava ao interesse coletivo e toda construção de densidade excedente ao *plafond légal* ficava condicionada ao pagamento de uma soma igual ao valor do terreno. Nesse sentido, entendia-se que o proprietário do terreno teria direito de construir até uma vez a área do lote (em Paris, até uma vez e

¹⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Outorga onerosa do direito de construir (solo criado)*. In: *Estatuto da cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 224.

²⁰ *Idem.*, mesma página.

²¹ SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 254-256.

Afonso da Silva quando afirma que "o conceito de solo criado não importa a separação da faculdade de construir do direito de propriedade do terreno. Ao contrário, reafirma sua correlação, na medida em que transforma em direito subjetivo a faculdade de construir até o limite do coeficiente único estabelecido".²³

Tendo em vista a concepção do solo criado e sua adoção nos textos legais, forçoso reconhecer que o direito de construir passou a ter nova feição. Pode ele ser exercido em sua integralidade até o limite especificado pelo Poder Público, além do qual deverá ser outorgado mediante contrapartida (estamos falando do instituto da outorga onerosa do direito de construir). Poderá também ser transferido para outro imóvel ou mesmo alienado para ser utilizado em outro local, consubstanciado no instituto da transferência do direito de construir. Tem ele um valor econômico destacado ou destacável da propriedade.

4.3 Previsão legal e requisitos para aplicação do instituto

A matéria está disciplinada na Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, denominada Estatuto da Cidade, que "estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental" (artigo 1º, parágrafo único).

Arrolados no Estatuto da Cidade, encontram-se os institutos jurídicos e políticos que poderão ser utilizados como instrumentos para a concretização das finalidades dessa lei e, dentre eles a nos interessar, a transferência do direito de construir (artigo 4º, inciso V, "o"). O instituto da transferência do direito de construir está delineado no artigo 35 do mencionado Estatuto.

Podemos identificar alguns requisitos necessários para a aplicação da transferência do direito de construir como forma de compensação pelo tombamento do bem.

Há necessidade de previsão no plano diretor para a aplicação concreta do instituto. O Estatuto da Cidade prevê que lei municipal baseada no plano diretor poderá autorizar o proprietário a exercer em outro local ou a alienar o direito de construir.

²² SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 254-256.

²³ *Idem.*, mesma página.

construção para a área onde se localiza o imóvel preservado.

O instituto poderá ser utilizado quando o imóvel for considerado de interesse público, em especial em face do objeto de nosso trabalho, com a finalidade de preservação, quando o imóvel for considerado de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural, conforme dispõe o inciso II, do mencionado artigo. Questão que se coloca é a necessidade do tombamento definitivo para a aplicação da transferência do direito de construir.

O tombamento é apenas uma forma de preservação de bens culturais. Assim, apesar de entendermos não ser imprescindível o tombamento para a aplicação do instituto em tela, o tombamento se afigura como a mais eficiente maneira de concretização da defesa da memória cultural e o melhor instrumento para justificar a implementação da transferência do direito de construir, diante da possibilidade de participação do proprietário no processo administrativo precedente à inscrição do bem no livro do tomo, assegurados o contraditório e ampla defesa e da obrigatoriedade de transcrição do tombamento no Registro de Imóveis.

Outro aspecto a ser analisado é o *quantum* de potencial construtivo poderá ser transferido ou alienado. Esse requisito diz respeito ao prejuízo, ou melhor dizendo, à identificação da restrição ao direito de construir do proprietário em face do tombamento. Quando se impõe a restrição de imodificabilidade ao imóvel tombado, isso significa que seu proprietário não poderá mais construir até o coeficiente básico especificado na lei municipal. Retirando-se o potencial construtivo, há uma diminuição econômica do bem, ainda que parcial, que deverá ser calculada para efeitos de indenização naquele momento, levando-se em conta o potencial básico.

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

A compensação do proprietário deve se dar de uma ou outra forma: indenização em dinheiro ou transferência do direito de construir, referente à diferença entre o potencial construído e o básico. A se acatar a presença de ambas incorreríamos em *bis in idem*.

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

transferência, por ausência de potencial excedente.

O imóvel receptor do coeficiente transferido deve pertencer ao proprietário do bem tombado, ou pertencer a terceiros que adquiriram daquele o coeficiente relativo ao direito de construir. Em ambos os casos, o imóvel receptor deve estar localizado em zona que permita a recepção do coeficiente, razão pela qual a lei, ao regular as condições da transferência, deverá prever a intervenção do Município para a utilização do coeficiente adquirido, visando seu controle, verificação e aprovação. Poderá, também, dispor a lei expressamente quais as áreas que poderão receber os coeficientes. Isso se justifica em razão da necessidade de se manter o planejamento urbano dentro das áreas de adensamento estipuladas no plano diretor, evitando-se a modificação indireta do zoneamento.

Outrossim, se houver a transferência do potencial construtivo e posteriormente ocorrer o cancelamento do tombamento, ao imóvel não será restituído o coeficiente de edificabilidade, uma vez que o direito foi efetivamente exercido em outro local.

Apesar de o Estatuto da Cidade não prever expressamente, entendemos que a transferência do direito de construir deva ser averbada junto à matrícula dos imóveis (do preservado e do receptor do coeficiente de aproveitamento).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como vimos, a memória cultural de um povo merece proteção especial do ordenamento jurídico e da comunidade, que é, ao mesmo tempo, responsável pela sua conservação e beneficiária de suas manifestações.

Nesse cenário, encontramos o tombamento, ato administrativo por meio do qual o Poder Público impõe uma série de restrições à propriedade privada com o escopo de proteger o meio ambiente cultural. Caracteriza-se como principal forma de preservação dos bens declarados de valor histórico, artístico e cultural.

Delimitamos nosso trabalho à análise da restrição a imodificabilidade do bem tombado: a impossibilidade do proprietário de ampliá-lo, demoli-lo ou efetuar outras construções no local.

É nesse contexto, que o Estatuto da Cidade, em seu artigo 35, trouxe o instituto da transferência do direito de construir a fim de possibilitar que o proprietário de bem imóvel a ser preservado fosse compensado pelo fato de não poder exercer em plenitude seu direito de construir até o coeficiente básico estipulado em lei.

A transferência ou alienação do direito de construir pode se tornar importante instrumento de preservação dos bens culturais, uma vez que o Poder Público poderá utilizá-lo como forma de indenização ao proprietário, sem acarretar ônus aos cofres públicos.

Por outro lado, não poderá se tornar instrumento de especulação imobiliária, criando-se comércio especializado em solo criado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sergio (Coord.). *Estatuto da cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2003.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GASPARINI, Diógenes. *O estatuto da cidade*. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, 2002.
- _____. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MATTOS, Liana Portilho (Org.). *Estatuto da cidade comentado*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. Tombamento. RT, v. 600, 1985.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Tombamento e dever de indenizar*. Boletim de direito administrativo, maio/1988.
- MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. São Paulo: RT, 2004.
- MUKAI, Toshio. *Direito urbano-ambiental brasileiro*. São Paulo: Dialética, 2002.
- OSÓRIO, Leticia Marques (Org.). *Estatuto da cidade e reforma urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- SILVA, Fernando Fernandes da. *As cidades brasileiras e o patrimônio cultural da humanidade*. São Paulo: Peirópolis/EDUSP, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002.

Acórdão	Origem: TRIBUNAL - QUARTA REGIÃO
Data Publicação	15/03/2006

Origem: TRIBUNAL - QUARTA REGIÃO
 Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL
 Processo: 200172080010269 UF: SC
 Órgão Julgador: QUARTA TURMA
 Data da decisão: 07/12/2005 Documento:
 TRF400122856

Fonte	DJU DATA:21/12/2005 PAGINA: 305
Relator(a)	VALDEMAR CAPELETTI
Decisão	A TURMA, POR UNANIMIDADE, NEGOU PROVIMENTO AOS RECURSOS, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.
Ementa	ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE POR DANOS AO PATRIMÔNIO NATURAL E CULTURAL. PORTO DE ITAJÁ. Sentença que se mantém, inclusive no tocante à honorária advocatícia de sucumbência, principalmente porque a renovação do certame licitatório, apenas para que formalmente atenda a exigência do prévio estudo ambiental, não traria qualquer vantagem ao meio ambiente.
Data Publicação	21/12/2005

	<p>- O fumus boni iuris está presente nos autos, decorrendo de dispositivos constitucionais de proteção ao patrimônio histórico-cultural e ao meio ambiente.</p> <p>- No tocante ao perigo da demora, está presente na apreciação jurisdicional da lide, eis que, no caso de continuidade da obra em questão, poderiam ocorrer prejuízos irreparáveis ao patrimônio da região.</p>
Indexação	MANUTENÇÃO, LIMINAR, AÇÃO POPULAR, PARALISAÇÃO, OBRA PÚBLICA, DANO, PATRIMÔNIO HISTÓRICO, MUNICÍPIO, DANO ECOLÓGICO, CABIMENTO, CONCESSÃO, EFEITO SUSPENSIVO ATIVO, AGRAVO DE INSTRUMENTO
Data Publicação	27/11/2002
Referência Legislativa	LEG-FED LEI-4717 ANO-1965 ART-5 PAR-4 LEG-FED LEI-9139 ANO-1995 LEG-FED LEI-1533 ANO-1951