



COMPENSAÇÃO DE RESTRIÇÕES CAUSADAS POR TOMBAMENTOS DE IMÓVEIS: A TRANSFERÊNCIA DO DIREITO DE CONSTRUIR NO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Compensation of restrictions caused by landmark preservation: the transference of development rights in the Municipality of São Paulo

Túlio de Medeiros Jales

Universidade de São Paulo - USP, São Paulo, SP, Brasil

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2603672957639753> Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5187-984X>

E-mail: tuliojales@gmail.com

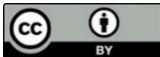
Vinícius Monte Custodio

Universidade de São Paulo - USP, São Paulo, SP, Brasil

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5227028274432693> Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6665-817X>

E-mail: montecustodio@gmail.com

Trabalho enviado em 07 de março de 2021 e aceito em 11 de abril de 2021



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



Rev. Dir. Cid., Rio de Janeiro, Vol. 14, N.02., 2022, p. 733-767.

Túlio de Medeiros Jales e Vinícius Monte Custodio

DOI: [10.12957/rdc.2022](https://doi.org/10.12957/rdc.2022) | ISSN 2317-7721

RESUMO

Este artigo discute, do ponto de vista da dogmática dos direitos fundamentais, a *temática* da compensação de restrições ao direito de propriedade causadas por tombamentos de imóveis no Brasil. Seu *objetivo* é avaliar quando e como o instrumento da transferência do direito de construir previsto no plano diretor da cidade de São Paulo deve servir como mecanismo compensatório de restrições ao potencial construtivo dos imóveis urbanos. Como *método*, foram analisadas qualitativamente sete decisões judiciais de quatro tribunais brasileiros sobre compensação de restrições causadas por tombamentos de imóveis. O *resultado* alcançado por este trabalho é de que o regime jurídico paulistano da transferência do direito de construir, especialmente quando não envolve a alienação do imóvel tombado cedente, deturpa a natureza primariamente compensatória do instrumento regulado pelo Estatuto da Cidade. E sua principal *contribuição* é a demonstração de que os fatores de “incentivo” previstos no art. 24, incisos III a VII, da Lei de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo e a adoção da área do terreno cedente como base de cálculo da fórmula do potencial construtivo passível de transferência do art. 125 do Plano Diretor Estratégico, ambos do Município de São Paulo, são desvios de finalidade.

Palavras-chave: Direito fundamental de propriedade; Potencial construtivo; Tombamento; Transferência do direito de construir; Compensação.

ABSTRACT

This paper debates, from a fundamental rights dogmatic standpoint, the *theme* of compensation of restrictions to property rights caused by landmark preservation in Brazil. Its *objective* is to assess when and how the transference of development rights provided in the City of São Paulo's master plan should be used as a compensatory mechanism for restrictions to the development potential of urban real estate. As a *method*, we analysed qualitatively seven rulings from four Brazilian Courts of Justice about compensations of restrictions to property rights caused by landmark preservation in Brazil. The *result* achieved by this research is that the transference of development rights under the Municipality of São Paulo's legal regime, especially when not involving the transferring landmarked building's divestiture, distorts the primarily compensatory nature of the instrument regulated by the City Statute. And its main *contribution* is the demonstration that the “incentive” factors prescribed by article 24, items III to VII, of the Zoning Statute and the adoption of the transferring land's area as the calculation basis of



the development potential's formula under article 125 of the master plan, both of São Paulo, are deviations of purpose.

Keywords: Fundamental property right; Development potential; Landmark preservation; Transference of development rights; Compensation.

INTRODUÇÃO

O regime jurídico do *direito de propriedade*, direito fundamental plasmado no art. 5º, inciso XXII, da Constituição da República de 1988 (CR), não é monolítico, compreendendo um conjunto de diversos institutos relacionados a distintos tipos de bens.¹ Entre esses vários institutos, encontra-se a *propriedade do solo, em especial a propriedade urbana*, com um perfil inequivocamente próprio. O regime geral da propriedade urbana é delineado pelos arts. 182 e 183 da CR e pelas diretrizes gerais da política urbana fixadas pela Lei 10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade – ECI), ao passo que seu regime específico, em cada município, é delineado pelo plano diretor e pela legislação deste decorrente.

Expressão particular dessa diversidade de regimes é a proteção jurídica conferida ao *potencial construtivo* da propriedade urbana, evidenciada por meio da *transferência do direito de construir* (TDC). Instrumento jurídico da política urbana positivado no art. 35 do ECI, a TDC é a faculdade, previsível em lei municipal baseada no plano diretor, de o proprietário de imóvel urbano, privado ou público, exercer o potencial construtivo de sua propriedade em outro local, ou aliená-lo mediante escritura pública, quando o bem for necessário para fins de: implantação de equipamentos urbanos e comunitários; preservação de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural; ou execução de programas de regularização fundiária, urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e habitação de interesse social.²

¹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**, 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 236.

² A TDC remonta à noção de *solo criado* ratificada na Carta do Embu, conclusão de uma série de seminários realizados em 1976, segundo a qual “toda edificação acima do coeficiente único é considerada solo criado, quer envolva ocupação de espaço aéreo, quer a de sub-solo”. Ainda conforme a Carta, “o proprietário de imóvel sujeito a limitações administrativas, que impeçam a plena utilização do coeficiente único de edificação, poderá alienar a parcela não-utilizável do direito de construir” e, “no caso de imóvel tombado, o proprietário poderá alienar o direito de construir correspondente à área edificada ou ao coeficiente único de edificação”, cf. AZEVEDO, Álvaro Villaça et. al. Carta do Embu. In: **O solo criado**: anais do seminário. São Paulo: Fundação Prefeito Faria Lima, 1976, p. 169-170.



A principal premissa deste artigo é a autonomia jurídica do potencial construtivo em relação à propriedade urbana, ainda que aquele seja vinculada a esta. A partir da diferenciação entre o direito de propriedade do potencial construtivo e o direito de propriedade urbana, o artigo poderá trazer uma nova abordagem a um velho tema do direito urbanístico: a compensação por restrições ao direito de propriedade causada por tombamentos de imóveis urbanos.

O *tema* do presente artigo é, do ponto de vista da dogmática dos direitos fundamentais, a utilização da TDC como mecanismo de compensação de restrições ao direito de propriedade causadas por tombamentos de imóveis, tomando como referência o regime jurídico da TDC sem a alienação do imóvel tombado cedente atualmente vigente no município de São Paulo.

O *objetivo* deste trabalho é identificar quando e como o Poder Público deve compensar as restrições ao direito de propriedade do potencial construtivo causadas por tombamento de imóveis por meio da TDC.

A *justificativa* desta investigação é a constatação de que existe uma grande discrepância no tratamento dado pela jurisprudência, às vezes até dentro do mesmo tribunal, à restrição do direito de propriedade por meio de tombamento, o que gera profunda insegurança jurídica e casuísmo na aplicação do direito.

Para demonstrar essa oscilação, far-se-á uma *análise qualitativa* de duas decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal (STF), duas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), duas do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG) e uma do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC). Os acórdãos foram selecionados a partir do repositório de jurisprudência de seus respectivos tribunais, mediante a combinação dos seguintes termos de busca: “tombamento”, “potencial construtivo” e “indenização”.

A avaliação da adequação constitucional das compensações por restrições a imóveis tombados será realizada com base na teoria externa dos direitos fundamentais, na versão de tal teoria desenvolvida por autores como ROBERT ALEXY e VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, que será desenvolvida no próximo tópico. Para tanto, adotar-se-ão as seguintes definições: (I) *âmbito de proteção* é a extensão dos bens e interesses que são *prima facie* protegidos por normas de direitos fundamentais e cujo embaraço, afetação ou eliminação depende de expressa fundamentação constitucional; (II) *intervenção* é o embaraço, afetação ou eliminação de bens ou interesses protegidos por normas de direitos fundamentais; (II.1) *restrição* é a intervenção adequadamente fundamentada na CR; (II.2) *violação* é a intervenção não fundamentada ou fundamentada inadequadamente na CR; (III) *suporte fático*, que compreende o âmbito de proteção, a intervenção e a ausência ou a inadequação da fundamentação constitucional para a intervenção, é o pressuposto material para a ocorrência da

consequência jurídica prevista nas normas de direitos fundamentais — geralmente, a exigência de cessação da intervenção não constitucionalmente fundamentada; (IV) *âmbito de garantia efetiva* é a extensão do âmbito de proteção após a restrição; e (IV) *conteúdo essencial* é o âmbito de proteção mínimo e insuscetível de restrição, determinado com base num processo de ponderação entre meios e fins com direitos de terceiros ou interesses transindividuais.

1. TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, DIREITO DE PROPRIEDADE E POTENCIAL CONSTRUTIVO

1.1. Âmbito de proteção e espécies de intervenção no direito de propriedade

A versão da *teoria externa*³ aqui acolhida parte da premissa de que as normas de direitos fundamentais possuem, em geral, a estrutura de *princípios*. Ao contrário das regras, que são espécies de normas que garantem direitos e deveres de forma definitiva, princípios são espécies de normas que garantem direitos e deveres apenas *prima facie*.⁴

A partir dessa premissa, a teoria externa preconiza a autonomia entre o direito e as restrições. Segundo esse caminho, os direitos fundamentais, se enxergados sem a incidência de qualquer restrição, possuem um âmbito de proteção amplo, ou seja, incluem-se em seus âmbitos de proteção todos os bens e interesses *prima facie* protegidos por normas de direitos fundamentais. A extensão do âmbito de proteção de determinado direito fundamental, nesse modelo, consiste no próprio conteúdo deste direito.

Nem sempre existe uma equivalência entre o âmbito de proteção de um direito fundamental e seu exercício efetivo. O percurso entre o âmbito de proteção de um direito fundamental e seu âmbito de garantia efetiva, na maior parte das vezes, ocorre por meio de sua restrição. Esta última, para a teoria externa, é sempre externa — daí o nome — a determinado direito fundamental, não interferindo em seu conteúdo, apenas em seu exercício.⁵

³ A teoria externa é contraposta à *teoria interna*, que rejeita a autonomia entre direito e restrição, defendendo que os direitos fundamentais já nasceriam com *limites imanes*. Para a teoria interna, o *âmbito de proteção* dos direitos fundamentais equivaleria a seu *âmbito de garantia efetiva* e, portanto, eles assumiriam a estrutura de *regras*, cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**, 2. ed./1. ed. Coimbra/São Paulo: Coimbra Editora/Revista dos Tribunais, 2008, p. 191-216. Este artigo perfilha a teoria externa, mas não objetiva desenvolver as críticas direcionadas à teoria interna.

⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais** (tradução de Virgílio Afonso da Silva), São Paulo: Malheiros, 2017, p. 83 e ss.

⁵ “As restrições, qualquer que seja a sua natureza, não têm nenhuma influência no conteúdo do direito, podendo apenas, no caso concreto, restringir o seu exercício, que se pode sustentar que, em uma colisão entre princípios,

Restrições podem ocorrer basicamente de duas maneiras: (I) quando o Poder Legislativo, decide por meio da lei como se solucionam colisões com direitos fundamentais de terceiros ou com interesses transindividuais *constitucionalmente protegidos* e; (II) quando o Poder Judiciário soluciona colisões envolvendo direitos fundamentais que não foram decididas ou não foram corretamente decididas pelo Legislativo.⁶

A forma como a teoria externa compreende a estrutura conceitual dos direitos fundamentais fornece a vantagem prática de se exigir uma *fundamentação constitucional* expressa sempre que o âmbito de proteção amplo de determinado direito fundamental sofrer uma intervenção. Para os fins deste artigo, utilizar-se-ão os termos *restrição* e *regulação* para se fazer referência a toda e qualquer diminuição do âmbito de proteção de direitos fundamentais, por meio de lei ou decisão judicial, que possua adequada justificação constitucional. Ou seja, tanto uma norma que, por exemplo, estabeleça o regime jurídico para a propriedade urbana, quanto a que intervém no direito de propriedade para restringir seu exercício individual por razões de interesse coletivo, são enxergadas como normas que intervêm nas ações e nos comportamentos que estavam *prima facie* autorizadas pelo direito de propriedade e, por isso, necessitam fundamentar constitucionalmente a legitimidade dessa intervenção.

A equivalência entre restrição e regulação no ato de conformação dos direitos fundamentais por meio das intervenções em seus âmbitos de proteção expressa uma dupla dimensão própria das restrições. Na senda de GOMES CANOTILHO, normas que intervêm de maneira constitucionalmente adequada no âmbito de direitos fundamentais podem ser, ao mesmo tempo, restritivas e constitutivas

o princípio que tem que ceder em favor de outro não tem afetada a sua validade e, sobretudo, a sua extensão *prima facie*", SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, n. 4, 2006, p. 38.

⁶ VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA abarca essas duas hipóteses de percurso entre âmbito de proteção e o âmbito de garantia efetiva dos direitos fundamentais dentro da expressão "caso concreto": "A expressão 'caso concreto' pode significar duas coisas distintas: (1) "caso concreto" pode significar, na forma como pode ser compreendida também em sua acepção não-técnica, a decisão de um caso específico por parte do Judiciário (o exemplo mais usual é a colisão entre a liberdade de imprensa e o direito à privacidade, honra ou imagem); (2) mas 'caso concreto' pode também significar algo menos concreto, ou, pelo menos, mais distante daquilo que usualmente se costuma entender por isso, já que aponta, nessa segunda acepção, a uma decisão do legislador acerca da colisão entre direitos fundamentais. Uma tal decisão legislativa, se por um lado é mais abstrata do que uma decisão judicial, não deixa de ter também a sua dimensão concreta, já que o legislador não se preocupa, nesses casos, com importância geral e abstrata de dois direitos fundamentais, mas de sua importância relativa, em uma situação hipotética. Exemplo dessa acepção seria, entre outros, a atividade legislativa que cria um tipo penal de calúnia (CP, art. 138). O 'concreto', nesse ponto, não é um caso específico que acontece na realidade, mas a situação hipotética, descrita e 'resolvida' pelo legislador em um certo sentido — a favor da honra, em detrimento da liberdade de expressão —, que pressupõe uma decisão acerca de um direito e de suas restrições", op. cit. p. 39 (nota de rodapé 58).



de direito fundamentais.⁷ Logo, a diferenciação que importa para este trabalho é, na verdade, entre *restrições e violações*.

Assim como a maior parte das normas que regem outros direitos fundamentais, as normas constitucionais sobre a propriedade urbana fornecem apenas uma conformação *prima facie* dos bens jurídicos inseridos no âmbito de proteção de tal direito, sendo necessário que outras normas jurídicas venham a ser avaliadas a fim de fornecer a conformação final dessa proteção.⁸

No caso do direito de propriedade, a necessidade de que normas jurídicas venham a dar contornos mais concretos aos bens jurídicos por ela protegidos assume maior relevância pelo fato de seu âmbito de proteção ser caracterizado como *estritamente normativo*. Direitos fundamentais com âmbitos de proteção estritamente normativos se diferenciam de direitos nos quais a configuração de tais âmbitos pode ocorrer sem uma necessária mediação normativa. Como exemplo, ainda que normas constitucionais garantam proteção apenas *prima facie* a direitos como a vida, a liberdade de ir e vir ou a liberdade de reunião, a maior parte das formas de exercício de tais direitos preexistem a qualquer norma jurídica. O fato de que indivíduos necessariamente se locomovem e se reúnem ao viver em sociedade torna mais fácil definir quais condutas estão ou não inclusas no âmbito de proteção *prima facie* estabelecido pelas constituições para tais direitos.

As manifestações do exercício do direito de propriedade, por sua vez, são constituídas em sua plenitude pelo que normas jurídicas preveem. Como argumentam MENDES e BRANCO, “é a ordem jurídica que converte o simples ter em propriedade”⁹. O exercício de direitos com âmbito de restrição normativo requer, em maior medida, que normas de proteção e configuração venham a definir o que está ou não incluso na área de proteção deste direito.

Utilizando como referência a dupla dimensão das normas que restringem direitos fundamentais citada acima, pode-se afirmar que, nos casos dos direitos fundamentais com âmbito estritamente normativo, há uma preponderância da dimensão constitutiva sobre a dimensão

⁷ “(...) a lei que restringe a liberdade de expressão e criação artística na forma do direito à caricatura, para defesa dos direitos à personalidade, é certamente uma lei restritiva de um direito, mas é, simultaneamente, uma lei protectora de outros direitos. A teoria dos direitos *prima facie* com que hoje trabalha a teoria externa deixa imperturbada essa relação de colisão precisamente porque, com a ideia de direitos *prima facie* e com a de direitos definitivos permite reconstruir a tarefa do legislador como uma tarefa de ponderação irreconduzível a uma caricatura do ‘legislador limitador’ inimigo dos direitos”, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**, 2. ed./1. ed. Coimbra/São Paulo: Coimbra Editora/Revista dos Tribunais, 2008, p. 208.

⁸ “A exemplo de diversos direitos fundamentais, o direito de propriedade comporta limitações e abrandamentos em sua aplicação em nome de outros valores também tutelados pelo texto constitucional”, LEAL, Roger Stiefelmann. A propriedade como direito fundamental: breves notas introdutórias. **Revista de Informação Legislativa**, v. 194, 2012, p. 53.

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 290.

restritiva. Não por outra razão alguns autores chegam a afirmar que, nos casos dos direitos com âmbito de proteção estritamente normativo, há para o Legislativo um verdadeiro dever de legislar a fim de que seja efetivamente garantida a proteção de tais direitos por meio da concretização de seu conteúdo.¹⁰

O fato de o Legislativo desempenhar um papel fundamental na definição dos bens e interesses inseridos no âmbito de proteção do direito de propriedade não o exime de observar os parâmetros constitucionais mínimos em sua atuação constitutiva. É dizer, embora seja correto afirmar que o Legislativo possui uma maior liberdade de conformação para a constituição dos direitos fundamentais de âmbito estritamente normativo, respeitar limites impostos pelo âmbito de proteção de outros direitos, observar o grau de intensidade e a extensão das normas constitutivas continua sendo essencial.

Utilizando-se o instrumental teórico da teoria externa dos direitos fundamentais para analisar o objeto central do artigo, pode-se afirmar que, a partir do momento em que a legislação urbanística e os planos diretores passam a intervir na política urbana, o Poder Legislativo determina o âmbito de garantia efetiva do direito de propriedade urbana. Essa intervenção desenvolvida pela legislação urbanística deve, por consequência, estar constitucionalmente fundamentada. Caso exista fundamentação constitucional adequada, estar-se-á diante de uma *restrição* ao direito fundamental. Caso, a fundamentação constitucional para a restrição seja insuficiente, a restrição deve ser classificada como uma *violação*.

Compreendidas as exigências práticas que a teoria dos direitos fundamentais impõe às normas urbanísticas restritivas do direito de propriedade urbana, demonstrar-se-á como as normas que regulam o tombamento de imóveis urbanos podem ser reconstruídas como intervenções no direito de propriedade. O ato estatal interventivo que terá sua constitucionalidade avaliada a partir da teoria dos direitos fundamentais é, sobretudo, a norma do Poder Legislativo que disciplina o procedimento pelo qual o Poder Executivo pode efetivar o tombamento de imóveis. Será nessa dimensão que as leis sobre a utilização da TDC do Município de São Paulo, no contexto de tombamentos, serão avaliadas, por exemplo.

¹⁰ “O direito de propriedade, ainda que inserido no âmbito dos direitos de liberdade, requer específica atuação do legislador. Diferentemente de algumas liberdades que, *prima facie*, dispensam intervenção legislativa específica para determinação de sua configuração jurídica e consequente exercício, a propriedade exige complementação normativa voltada à sua conformação”, LEAL, Roger Stiefelmann. A propriedade como direito fundamental: breves notas introdutórias. **Revista de Informação Legislativa**, v. 194, 2012, p. 64.

Todavia, para além da análise de atos legislativos sobre tombamento, a compreensão do direito de propriedade como um direito fundamental sujeito a intervenções também servirá para aferir a correção de atos do Executivo e do Judiciário que instituem ou ratificam tombamentos. Na medida em que um ato administrativo ou judicial relativo a tombamento deve estar necessariamente baseado em normas legislativas específicas, é o regime jurídico estabelecido por tais normas que deve ser foco principal deste trabalho. Isso não impede, porém, que decretos ou decisões judiciais também possam ser objeto de escrutínios que avaliem se tais atos estatais intervêm de maneira legítima ou não no direito fundamental de propriedade.

Enxergar o regime jurídico do tombamento como um conjunto de normas interventivas, e não apenas configurativas do direito de propriedade, será etapa essencial para se discutir a compensação por restrições ao direito de propriedade causadas por tombamentos de imóveis no Brasil.

1.2. Normas que regulam o tombamento de imóveis urbanos e colisões envolvendo direitos fundamentais

As colisões de direitos fundamentais não ocorrem apenas quando seus titulares os exercem de forma colidente, como nas relações jurídicas de direito de vizinhança, mas também quando determinado direito fundamental é restringido para que se promovam *interesses transindividuais constitucionalmente protegidos*.¹¹ A discussão deste artigo enquadra-se nesta última espécie de colisão de direitos fundamentais.

O tombamento é uma norma mandatória e proibitiva, introduzida no direito brasileiro pelo Decreto-Lei (DL) 25, de 30 de novembro de 1937, com fundamento na Constituição da República de 1937, mais precisamente em seu art. 122, nº 14, que remetia à lei a determinação de conteúdo e limites da propriedade, e em seu art. 134, que determinava à Nação, Estados e Municípios o dever de proteger e cuidar dos monumentos históricos, artísticos e naturais, e das paisagens ou locais particularmente dotados pela natureza.

As Constituições de 1946, 1967 e 1969 mantiveram o dever de proteção do patrimônio cultural brasileiro prescrito no art. 134 da Constituição de 1937, apenas alterando a menção aos entes territoriais para empregar a expressão genérica “Poder Público”. E a CR explicitou ainda mais a finalidade do tombamento como instrumento jurídico de promoção e proteção do patrimônio cultural

¹¹ Cf. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**, 4.ed. São Paulo, Atlas, 2012, p. 124.

brasileiro (art. 216, § 1º)¹², mantendo-o sob a *competência material comum* das três esferas de governo (art. 23, inciso I)¹³.

Com base no modelo amplo do âmbito de proteção adotado pelo trabalho, o tombamento é uma *intervenção* no direito de propriedade, pois embaraça o exercício das faculdades de disposição e de construir do proprietário. Buscando promover a preservação do patrimônio cultural, normas federais, estaduais e municipais que regulam o tombamento representam restrições ao âmbito de proteção do direito de propriedade urbana previsto na CR.

Não existe dúvida de que os interesses públicos que o tombamento busca promover são constitucionalmente fundamentados. Segundo VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, o fato de a própria CR prever expressamente que determinado instituto poderá intervir num direito fundamental implica uma “diminuição do ônus argumentativo que o legislador tem ao criar leis restritivas de direitos fundamentais”.¹⁴ Contudo, essa diminuição do ônus de justificação para a intervenção diz respeito somente à definição do *objetivo constitucionalmente tutelado* que fundamenta a intervenção, não alcançando uma diminuição do ônus de justificação em relação à *extensão* e à *intensidade* com que a intervenção pode ocorrer.

Ou seja, o fato de a CR autorizar expressamente intervenções na propriedade urbana que busquem promover a preservação do patrimônio cultural brasileiro tende a tornar mais fácil ao Poder Legislativo restringir o direito propriedade com tal finalidade. A indicação dessa finalidade não garante, contudo, que, na busca por esses objetivos constitucionalmente legítimos, toda e qualquer intervenção ao direito de propriedade urbana seja autorizada. Torna-se necessário, ainda, examinar a extensão e a intensidade com que a intervenção ocorre, a fim de saber se ela será classificada como uma restrição ou como uma violação.

É óbvio que a identificação da licitude dos objetivos perseguidos por intervenções em direitos fundamentais é importante, mas métodos de solução de conflitos, como a proporcionalidade, colocam a centralidade da análise no grau de intensidade e extensão das intervenções avaliadas.

¹² “Art. 216. [...] § 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.”

¹³ “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;”

¹⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. Os direitos fundamentais e a lei: a constituição brasileira tem um sistema de reserva legal?. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. (Org.). **Os vinte anos da constituição federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, v. 1, p. 615.

A compreensão da importância de se analisar a extensão e a intensidade com que intervenções na propriedade urbana ocorrem é central para esta investigação. Não se discute se o tombamento é um instrumento legítimo de política urbana, e sim como a compensação por restrições causadas por tombamentos de imóveis é atualmente tratada no Brasil. Dentro da dinâmica do regime jurídico do tombamento, avaliar as compensações ao proprietário que tem seu imóvel tombado permite analisar a exata medida em que seu direito de propriedade foi afetado.

Caso mecanismos compensatórios adequados estejam previstos pela legislação, existe uma probabilidade maior de que a intensidade da intervenção seja reduzida e, conseqüentemente, que a intervenção no direito de propriedade urbana seja considerada uma restrição. Em sentido oposto, caso a legislação urbanística preveja mecanismos compensatórios insuficientes, torna-se maior a intensidade da intervenção no direito de propriedade, o que aumenta as chances de determinada intervenção ser considerada uma violação.

Como mencionado na introdução, a pretensão deste artigo é escrutinar um regime jurídico específico de compensação por tombamento de imóveis, qual seja a TDC prevista pelo Município de São Paulo. Antes de analisar de forma detida se o regime jurídico paulistano da TDC configura um mecanismo compensatório apto a tornar as intervenções ao direito de propriedade causadas por tombamento legítimas, será necessário demonstrar que o potencial construtivo constitui um direito de propriedade autônomo do direito de propriedade urbana.

2. O POTENCIAL CONSTRUTIVO COMO DIREITO DE PROPRIEDADE AUTÔNOMO DO DIREITO DE PROPRIEDADE URBANA

Se alguma vez foi possível sustentar que o âmbito de proteção do direito de propriedade do solo contemplava a faculdade *de construir*, com base na visão de que o poder jurídico de uso, gozo e disposição da coisa (art. 524 do Código Civil de 1916, correspondente ao atual art. 1.228 do Código Civil de 2002 – CC) “compreende a faculdade de transformá-la, edificá-la, beneficiá-la, enfim, com todas as obras que lhe favoreçam a utilização ou lhe aumentem o valor econômico”¹⁵, essa ideia não pode mais ser aceita a partir da CR.

Com a introdução dos capítulos da política urbana (arts. 182 e 183) e da política agrícola e fundiária (arts. 184 a 191), a CR cindiu, explicitamente, o regime jurídico da propriedade do solo em propriedade urbana e propriedade rural. É o *plano diretor*, enquanto instrumento básico da política de

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de construir**, 7. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo et. al. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 27.



desenvolvimento e expansão urbana (art. 182, § 1º), que delimita o perímetro urbano, indicando a localização da zona urbana e, quando for o caso, da zona de expansão urbana.¹⁶

O *direito de construir* passa, assim, a ser uma *permissão jurídico-pública* para o exercício da *faculdade*¹⁷ de construir atribuída ao proprietário do imóvel *urbano*¹⁸ que satisfaz os *ônus urbanísticos* previstos na legislação e observa os *índices urbanísticos* fixados pelos planos, especialmente o plano diretor.

O plano urbanístico não atribui concretamente direitos de construir, senão abstratamente *potenciais construtivos*, que só se convertem naqueles quando, observados os índices urbanísticos, o proprietário se desincumbe dos ônus urbanísticos de sua propriedade, contribuindo para o equilíbrio e o financiamento da infraestrutura urbana.¹⁹

Por esse motivo, é criticável a impropriedade da nomenclatura “transferência do direito de construir”, uma vez que o objeto desse instrumento não é o direito de construir (concreto), e sim o potencial construtivo (abstrato). Adota-se essa nomenclatura neste trabalho, todavia, por uma questão de consagração legal e doutrinária.²⁰

O *coeficiente de aproveitamento* (art. 28, § 1º, do ECI) é o índice urbanístico que, multiplicado pela área do imóvel urbano, determina seu potencial construtivo, ou área edificável, normalmente expresso em metros quadrados. O coeficiente de aproveitamento *básico* regula o potencial construtivo básico (gratuito) da propriedade urbana, ao passo que o coeficiente de aproveitamento *máximo* regula o potencial construtivo máximo (oneroso).

¹⁶ Para um maior desenvolvimento desse ponto, cf. CUSTODIO, Vinícius Monte. Princípio da reserva de plano: comentários ao acórdão do Recurso Extraordinário 607.940/DF. **Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU**, ano 19, n. 110. Belo Horizonte: Fórum, mar./abr., 2020, p. 58-68.

¹⁷ “É comum dizer-se que o direito subjetivo é *facultas agendi*. Porém as faculdades humanas não são direitos, e sim qualidades próprias do ser humano que independem de norma jurídica para sua existência. [...] a chamada *facultas agendi* é anterior ao direito subjetivo. Primeiro, a faculdade de agir, e, depois, a permissão de usar essa aptidão”, DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**, 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 248.

¹⁸ Por motivo de concisão, usa-se o termo “imóvel urbano”, mas nada obsta a que proprietários de imóveis situados fora do perímetro urbano, em zona de expansão urbana ou em zona de urbanização específica, sejam titulares de direitos de construir (art. 3º da Lei 6.766, de 19 de dezembro de 1997, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano).

¹⁹ “O plano urbanístico não atribui, por si só, *direitos de construir*, mas *potenciais construtivos*. Os potenciais definidos pelos índices urbanísticos do plano transformam-se em direitos de construir após o cumprimento de ônus urbanísticos, pelos quais o proprietário contribui para financiar a infraestrutura da cidade. [...] É o atendimento aos ônus urbanísticos que permite ao proprietário incorporar ao seu lote o direito de construir previsto no plano” (grifos do original), PINTO, Victor Carvalho. **Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade**, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 263.

²⁰ Curiosamente, embora o PDE denomine esse instrumento de transferência do *direito de construir*, seu Quadro 1 (Definições) corretamente define “o instrumento que permite transferir o potencial construtivo não utilizado no lote ou gleba para outros lotes ou glebas” como transferência de *potencial construtivo*.



O coeficiente de aproveitamento básico é um parâmetro fundamental para o planejamento urbano, mas não tem caráter urbanístico nem fiscal, e sim equalizador de direitos. Sua adoção no planejamento urbanístico municipal colabora com a efetivação do *princípio da justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização*.²¹

Quanto mais elevado o Município fixar o coeficiente de aproveitamento da propriedade, maior será o valor econômico da propriedade urbana, substancialmente determinado por aquele.²² Porém essa elevação não pode ser desmesurada, pois ela tendencialmente aumenta a demanda de equipamentos comunitários e urbanos por parte da população ocupante desses locais.²³

O potencial construtivo é um *bem jurídico*, porque é objeto de interesse humano e recebe tutela do direito; é um *bem patrimonial*, porque pode ser estimado economicamente; é um *bem incorpóreo*, porque é desprovido de materialidade, não se confundindo com a edificação; e é um *bem principal*, porque existe sobre si mesmo, não sendo acessório da propriedade urbana.²⁴

Em que pese o potencial construtivo seja um direito de propriedade autônomo, ele permanece vinculado ao imóvel urbano para o qual foi calculado. Essa ideia aparentemente contraditória de “autonomia vinculada” não é estranha ao direito brasileiro, também sendo encontrada nos recursos minerais e nos potenciais de energia hidráulica relativamente à propriedade do solo²⁵, bem como no direito real de laje relativamente à construção-base²⁶, por exemplo.

Quando regula o *coeficiente de aproveitamento básico*, ao mesmo tempo em que o plano restringe o âmbito de proteção da propriedade urbana, ele *autonomiza* o potencial construtivo *básico*, que também é direito subjetivo do proprietário. O potencial construtivo, quando efetivado no lote,

²¹ BACELLAR, Isabela; FURTADO, Fernanda; RABELLO, Sonia. Transferência do direito de construir: panorama de regulamentações municipais e parâmetros essenciais para a implementação. **Brazilian Journal of Development**, v. 5, n. 9. Curitiba, set. 2019, p. 13.987.

²² MARTIM SMOLKA apresenta dados de que a elevação de coeficientes de aproveitamento geram grandes acréscimos de valor à propriedade, cf. **Implementing value capture in Latin America: policies and tools for urban development**. Cambridge: Lincoln Institute of Land Policy, 2013, p. 5-7.

²³ Cf. GRAU, Eros Roberto Aspectos jurídicos da noção de solo criado. In: **O solo criado: anais do seminário**. São Paulo: Fundação Prefeito Faria Lima, 1976, p. 135-136.

²⁴ Cf. APPARECIDO JUNIOR, José Antonio. **Direito urbanístico aplicado: os caminhos da eficiência jurídicas nos projetos urbanísticos**. Curitiba: Juruá, 2017, p. 155-163.

²⁵ CR: “Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.”

²⁶ CC: “Art. 1.510-A. O proprietário de uma construção-base poderá ceder a superfície superior ou inferior de sua construção a fim de que o titular da laje mantenha unidade distinta daquela originalmente construída sobre o solo. [...] § 3º Os titulares da laje, unidade imobiliária autônoma constituída em matrícula própria, poderão dela usar, gozar e dispor.”

deixa de existir como bem principal, passando, por *acessão artificial*, à qualidade de *bem acessório* da propriedade urbana.²⁷

Quando fixa o *coeficiente de aproveitamento máximo*, conquanto também restrinja o âmbito de proteção da propriedade urbana, o plano não confere a seu proprietário direito subjetivo ao potencial construtivo *máximo*, senão mera *expectativa de direito*. Isso porque o potencial construtivo *adicional*, aquilo que varia entre os potenciais básico e máximo, nos termos da legislação federal vigente, somente ingressa na esfera patrimonial do proprietário do imóvel urbano por meio de outorga onerosa do direito de construir, certificados de potencial adicional de construção (em operações urbanas consorciadas) ou TDC.²⁸

Uma decorrência direta da compreensão do potencial construtivo como um direito autônomo do direito de propriedade urbana, com um âmbito de proteção de feições específicas em relação àquele do direito de propriedade urbana, é de que eventuais intervenções causadas pelo tombamento afetam não só o direito à propriedade urbana mas também o direito do proprietário ao seu potencial construtivo. Ou seja, não é apenas a justificação da intervenção no direito de propriedade urbana que deve ser avaliada quando o regime jurídico para tombamentos é definido pelo legislador, mas também a justificação da intervenção no direito de propriedade do potencial construtivo.

O próximo tópico avaliará justamente como o regime jurídico paulistano trata da intensidade e extensão da intervenção no direito de propriedade do potencial construtivo quando regulou a TDC.

²⁷ “Conforme consta dos artigos 79 e 92 do Código Civil, salvo expressa disposição em contrário, as árvores incorporadas ao solo mantêm a característica de bem imóvel, pois acessórios do principal, motivo pelo qual, em regra, a *acessão artificial* recebe a mesma classificação/natureza jurídica do terreno sobre o qual é plantada”, SUPERIOR Tribunal de Justiça. **REsp 1.567.479/PR** (Quarta Turma). Diário de Justiça Eletrônico 18 jun. 2019. Rel. Min. Marco Buzzi.

²⁸ Não sendo a outorga onerosa do direito de construir (art. 28 e ss. do ECI) e os certificados de potencial adicional de construção (art. 34 do ECI) objeto deste trabalho, basta dizer que: aquela faculta ao proprietário de imóvel urbano, para áreas fixadas no plano diretor, a aquisição de potencial construtivo adicional, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário ao Município; e estes são títulos de valores mobiliários livremente negociáveis no mercado, utilizáveis para a aquisição de potencial construtivo adicional na área da operação urbana consorciada para a qual foram previstos.

3. O REGIME JURÍDICO DA TRANSFERÊNCIA DO DIREITO DE CONSTRUIR INCIDENTE SOBRE IMÓVEIS TOMBADOS NO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

O ECI arrolou o tombamento de imóveis ou de mobiliário urbano (art. 4º, inciso V, alínea “d”) entre os institutos jurídicos e políticos da política urbana, considerando-o como uma das finalidades legitimadoras da TDC (art. 4º, inciso V, alínea “o” c/c art. 35, inciso II).

De acordo com o ECI, lei municipal baseada no plano diretor pode autorizar o proprietário de imóvel urbano a transferir o potencial construtivo de sua propriedade quando esta for necessária para a preservação de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural (art. 35, inciso II). Conforme ensina JOSÉ AFONSO DA SILVA, esse instrumento jurídico foi inspirado na experiência estadunidense do *space adrift* (“espaço flutuante”) do chamado “Plano de Chicago”. Por meio desse instrumento, os proprietários de imóveis definidos pelo Poder Público como de interesse histórico não os podem demolir para a construção de edificações mais modernas e elevadas, autorizando-se lhes a alienação do potencial construtivo de seus terrenos para outros.²⁹

A TDC é regulada, no Município de São Paulo, pela Lei Municipal 16.050, de 31 de julho de 2014, que aprova a Política de Desenvolvimento Urbano e o Plano Diretor Estratégico (PDE), complementado pela Lei Municipal 16.402, de 22 de março de 2016, que disciplina o parcelamento, o uso e a ocupação do solo (LPUOS), e regulamentado pelo Decreto Municipal 57.536, de 15 de dezembro de 2016.

O PDE autoriza a transferência do potencial construtivo de imóveis urbanos, para fins de viabilizar a preservação de bem de interesse histórico, paisagístico, ambiental, social ou cultural (art. 123, inciso I), inseridos em Zonas Especiais de Preservação Cultural – ZEPEC³⁰ (art. 124, inciso I). Quando o proprietário transfere o potencial construtivo sem alienação do imóvel cedente ao Município, o potencial construtivo passível de transferência é calculado pelo produto da área do terreno cedente com o coeficiente de aproveitamento básico do terreno cedente e com o fator de incentivo (art. 125), este último variando de 1,2 a 0,1, consoante a área do lote (art. 24 da LPUOS).

²⁹ SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**, 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 260.

³⁰ PDE: “Art. 61. As Zonas Especiais de Preservação Cultural (ZEPEC) são porções do território destinadas à preservação, valorização e salvaguarda dos bens de valor histórico, artístico, arquitetônico, arqueológico e paisagístico, doravante definidos como patrimônio cultural, podendo se configurar como elementos construídos, edificações e suas respectivas áreas ou lotes; conjuntos arquitetônicos, sítios urbanos ou rurais; sítios arqueológicos, áreas indígenas, espaços públicos; templos religiosos, elementos paisagísticos; conjuntos urbanos, espaços e estruturas que dão suporte ao patrimônio imaterial e/ou a usos de valor socialmente atribuído. Parágrafo único. Os imóveis ou áreas tombadas ou protegidas por legislação Municipal, Estadual ou Federal enquadram-se como ZEPEC.”



O PDE institui o regime jurídico da TDC em seus arts. 122 a 133. Um primeiro aspecto digno de nota é a afirmação, contida no art. 122 do PDE, de que a TDC observará as disposições, *condições* e parâmetros estabelecidos no PDE. Trata-se de um conflito explícito com a regra do art. 35 do ECi, segundo a qual “lei municipal baseada no plano diretor” estabelecerá as *condições* relativas à aplicação da TDC.

O art. 42, inciso II, do ECi não informa quais seriam as “disposições requeridas” pelo art. 35 que o plano diretor deve obrigatoriamente conter para embasar aquela lei municipal. O certo é que, ao contrário do que fez em relação à outorga onerosa do direito de construir (art. 30) e às operações urbanas consorciadas (art. 32 a 34-A), o ECi exigiu lei municipal adicional ao plano diretor para a TDC, mas não necessariamente uma lei municipal *específica*³¹, pelo que as condições relativas à aplicação da TDC poderiam constar da própria LPUOS.

Portanto, é questionável a constitucionalidade formal dos dispositivos que trazem as fórmulas de cálculo do potencial construtivo, sem as quais é *inaplicável* a TDC, a saber: o potencial construtivo passível de transferência sem doação do imóvel cedente (art. 125); o potencial construtivo passível de transferência nas desapropriações amigáveis e com doação do imóvel cedente (art. 127); e o potencial construtivo a ser transferido para o imóvel receptor (art. 128).

Rigorosamente, não existe TDC com *doação* de imóvel cedente, pois este último é “o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra” (art. 538 do CC). A doação é um negócio jurídico *unilateral*, pois inexistente *contraprestação* (sinalagma) do beneficiário. Mesmo que a doação seja sujeita a encargo, o bônus e o ônus não se equivalem, do contrário estaria descaracterizada a liberalidade contratual. Além de unilateral, a doação é um negócio jurídico *gratuito*, porque só gera *vantagens econômicas* para uma das partes, o donatário.³² Em tal hipótese, cuida-se de verdadeiro contrato de compra e venda cuja contraprestação do comprador (Município) consiste na emissão do título representativo do potencial construtivo passível de transferência em favor do vendedor, o que faz bastante diferença para efeitos tributários e registrais.³³

Com relação ao regime da TDC de imóveis tombados sem alienação da propriedade cedente para o Município, a fórmula do art. 125 do PDE merece alguns comentários.

³¹ Lei “específica” é a que se caracteriza por ser monotemática e dirigida a uma situação por ela específica, que só cuida de um assunto, cf. SUPREMO Tribunal Federal. **ADI 64-1/RO** (Tribunal Pleno). DJe 22 fev. 2008. Rel. Min. Cármen Lúcia.

³² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**, 9. ed. Salvador: JusPodivm, v. 4 (Contratos), 2019, p. 821.

³³ Cf. APPARECIDO JUNIOR, José Antonio. op. cit., p. 173.



Até à entrada em vigor do PDE, o art. 219, inciso I, da Lei Municipal 13.430, de 13 de setembro de 2002, permitia transferir a diferença entre o potencial construtivo utilizado e o potencial construtivo máximo de imóveis tombados (art. 219, inciso I). Com a entrada em vigor do PDE, a base de cálculo do potencial construtivo passível de transferência passou a ser a área do terreno cedente e sua alíquota o coeficiente de aproveitamento básico, além da incidência de um fator de incentivo igual a 1,0. Demais disso, a expedição da certidão de transferência de potencial construtivo dos imóveis tombados ficou condicionada à comprovação do estado de conservação do imóvel cedente (art. 129).

Com isso se reduziu o potencial transferível de propriedades localizadas em zonas que admitem maiores densidades construtivas, ao mesmo tempo em que se favoreceram os proprietários de imóveis de menores dimensões, nos quais normalmente não resta potencial construtivo básico. A estruturação do atual regime jurídico paulistano claramente buscou estimular uma maior participação global das pequenas propriedades tombadas nas operações de TDC, em detrimento das grandes, provavelmente pressupondo que os proprietários destas últimas têm melhores condições de realizar as obras de restauração ou conservação de seus bens tombados.³⁴

Isso se infere da conjugação do art. 129 do PDE com o art. 24 da LPUOS, que redefiniu, com o beneplácito do art. 133 do PDE, consoante a dimensão dos lotes, o fator de incentivo da fórmula da TDC, nos seguintes termos: 1,2 para imóveis com área de lote de até 500 m² (inciso I); 1,0 para imóveis com área de lote superior a 500 m² até 2.000 m² (inciso II); 0,9 para imóveis com área de lote superior a 2.000 m² até 5.000 m² (inciso III); 0,7 para imóveis com área de lote superior a 5.000 m² até 10.000 m² (inciso IV); 0,5 para imóveis com área de lote superior a 10.000 m² até 20.000 m² (inciso V); 0,2 para imóveis com área de lote superior a 20.000 m² até 50.000 m² (inciso VI); e 0,1 para imóveis com área de lote superior a 50.000 m² (inciso VII). Recuperando a definição proposta na introdução, argumentar-se-á que essa regulação torna a TDC insuficiente para compensar restrições causadas por tombamentos em alguns casos, ativando o suporte fático do direito de propriedade do potencial construtivo. Essa conclusão se sustenta por, no mínimo, quatro razões.

Em primeiro lugar, a TDC não é um instrumento urbanístico de *justiça social*, mas de *justiça comutativa*.³⁵ Diferentemente da outorga onerosa do direito de construir, que explicitamente objetiva

³⁴ Cf. PERETTO, Flavia Taliberti et. al. Quando a transferência de potencial construtivo virou mercado: o caso de São Paulo. In: **XV Seminário de História da Cidade e do Urbanismo**. A cidade, o urbano, o humano. Rio de Janeiro, set. 2018, p. 6-7.

³⁵ Na tradição do pensamento de São Tomás de Aquino, “[...] nas relações entre indivíduos reguladas pela justiça comutativa, particularmente na compra e venda, trata-se de igualar coisa a coisa, isto é, de realizar uma igualdade absoluta”, ao passo que, para os tomistas do século XIX, “justiça social consiste na ‘observância de todo direito tendo o bem social comum por objeto e a sociedade civil como sujeito ou termo’”, BARZOTTO, Luís



a recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos (art. 31 do ECI), a TDC de imóveis tombados é um mecanismo de perequação compensatória vocacionado à garantia da justa distribuição dos *benefícios transindividuais* (a preservação do patrimônio cultural para as presentes e futuras gerações) e *ônus individuais* (o esvaziamento econômico do direito de propriedade relativamente à fração remanescente do potencial construtivo básico do bem tombado) decorrentes do processo de urbanização.

Em segundo lugar, a *função social da propriedade* tombada legitima o Poder Público a impor ao proprietário o dever de conservar e reparar a coisa tombada. Independentemente de existir potencial construtivo passível de transferência, que é um recurso finito, o proprietário da coisa tombada tem o dever de proceder às obras de conservação e reparação que ela demandar; se não dispuser de recursos para tanto, levará a necessidade das obras ao conhecimento do órgão ou entidade responsável pelo tombamento do imóvel, sob pena de multa correspondente ao dobro do dano eventualmente sofrido pelo bem (art. 19 do DL 25/1937).

Existem instrumentos mais apropriados do que a TDC para estimular a preservação do patrimônio cultural, tais como os incentivos e benefícios fiscais e financeiros (art. 4º, inciso IV, alínea “c”, do ECI). A Lei 8.313, de 23 de dezembro de 1991 (Lei Rouanet), permite a pessoas físicas e jurídicas a opção de aplicar parcelas do imposto de renda, a título de doações ou patrocínios, no apoio direto a projetos de conservação e restauração de prédios, monumentos, logradouros, sítios e demais espaços, inclusive naturais, tombados pelos Poderes Públicos. Os estados podem repassar recursos da arrecadação de ICMS para os municípios que preservem seu patrimônio cultural, como o faz a Lei 18.030, de 12 de janeiro de 2009, do Estado de Minas Gerais, regulamentada pela Deliberação do Conselho Estadual do Patrimônio Cultural (CONEP) 20, de 1º de dezembro de 2018. E os municípios sempre podem isentar de IPTU os imóveis tombados e de ISS e taxas as obras de conservação e restauração de imóveis tombados, como o faz o Decreto 28.247, de 30 de julho de 2007, do Município do Rio de Janeiro.

Em terceiro lugar, a regra do art. 129 do PDE viola o *princípio da igualdade*, dado que coloca os proprietários de imóveis tombados que não exerceram totalmente o potencial construtivo básico de seu imóvel em manifesta posição de desvantagem comparativamente àqueles que já esgotaram seu potencial construtivo. Caso a propriedade destes esteja em estado de conservação inadequado ou insatisfatório, serão notificados pelo Poder Público municipal para cumprirem sua função social, podendo defender-se dentro do devido processo legal, inclusive invocando eventuais excludentes de

Fernando. Justiça social, gênese, estrutura e aplicação de um conceito. **Revista do Ministério Público**, n. 50. Porto Alegre: MPRS, 2003, p. 20-26.



responsabilidade civil, tais como o fato exclusivo da Administração. Os proprietários que não exerceram totalmente o potencial construtivo básico de seu imóvel, ao revés, não gozarão do mesmo privilégio, pois os recursos provenientes da TDC são condicionados à recuperação e manutenção dos atributos que geraram o enquadramento do bem como ZEPEC (art. 24, § 1º, da LPUOS), sob pena de multa (§ 2º) renovável a cada 30 dias, até que as providências relativas à conservação do imóvel cedente sejam comunicadas por escrito pelo proprietário ou possuidor (§ 3º).

E em quarto lugar, de todos os *fatores de incentivo* previstos no art. 24 da LPUOS, só o do inciso I verdadeiramente constitui um incentivo, um bônus de 20% ao potencial construtivo passível de transferência para imóveis com área de lote de até 500 m². Os demais ou são fatores neutros (inciso II), porque não alteram o resultado da fórmula, ou são fatores de redução (incisos III a VII), porque reduzem o potencial transferível.

Por isso, a fórmula do art. 125 do PDE não se justifica enquanto mecanismo voltado a compensar intervenções no direito de propriedade do potencial construtivo.

De fato, a adoção da *área do terreno cedente* como base de cálculo do potencial construtivo passível de transferência possibilita que imóveis tombados que já tenham aproveitado todo seu potencial construtivo básico transfiram potencial construtivo que não têm, subvertendo o princípio geral de direito segundo o qual “ninguém pode transferir mais direito do que tem” (*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*).

Para que a base de cálculo da fórmula do art. 125 do PDE não seja materialmente inconstitucional, por violação ao princípio da igualdade e ao princípio da vedação do enriquecimento sem causa, é necessário conferir-lhe *interpretação conforme a Constituição*³⁶, entendendo-se que “área do terreno cedente” não equivale ao potencial construtivo básico do imóvel, senão à diferença entre seu potencial construtivo básico e sua área total construída. Ademais, pela mesma razão que se exclui da justa indenização por desapropriação o valor das obras realizadas no imóvel após a declaração de utilidade pública do bem³⁷, exceto quando se tratar de benfeitoria necessária, ou útil feita com autorização do expropriante (art. 26, § 1º, do DL 3.365, de 21 de junho de 1941), a área incorporada à coisa tombada por remembramento superveniente não pode integrar a base de cálculo da fórmula do art. 125 do PDE. Isso porque o tombamento, assim como a desapropriação, por

³⁶ “[...] na interpretação conforme a Constituição se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que se lhe é conferida pelo órgão judicial”, MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 1.487.

³⁷ Súmula 23 do STF: “Verificados os pressupostos legais para o licenciamento da obra, não o impede a declaração de utilidade pública para desapropriação do imóvel, mas o valor da obra não se incluirá na indenização, quando a desapropriação for efetivada.”

perseguir um fim de interesse público, não pode levar em conta única e exclusivamente os interesses daquele que sofre a restrição no direito de propriedade.³⁸

Demais disso, os fatores de “incentivo” fixados pelo art. 24, incisos III a VII, da LPUOS são contraproducentes, pois, ao reduzirem o potencial construtivo passível de transferência de imóveis tombados a patamares inferiores ao potencial construtivo efetivamente restringido pelo tombamento, trazem para o Município o dever de complementar em dinheiro a compensação aos proprietários, sob pena de inconstitucionalidade por violação ao direito de propriedade.

Com efeito, só na TDC com alienação do imóvel cedente para o Município faz sentido falar em fatores de incentivo, hipótese na qual esses atuam como bônus compensatórios, evitando disputas judiciais acerca do valor da justa indenização e a necessidade de dispêndio de recursos do tesouro municipal.

4. A POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA SOBRE A COMPENSAÇÃO DE RESTRIÇÕES CAUSADAS POR TOMBAMENTOS DE IMÓVEIS

Após demonstrar que a disciplina da TDC no município de São Paulo não fornece um mecanismo compensatório constitucionalmente adequado para mitigar a intensidade e a extensão das restrições que a legislação de tombamento impõe ao direito de propriedade, especificamente quanto ao potencial construtivo, este tópico avaliará decisões judiciais de quatro tribunais brasileiros que tratam do tema das compensações por tombamento de imóveis.

A pretensão não é apresentar de maneira consolidada a jurisprudência de determinadas cortes sobre o tema, senão utilizar decisões provenientes de tribunais diversos para discutir a pluralidade de entendimentos sobre o tema das compensações por tombamento. Embora algumas decisões tratem de forma específica sobre restrições que tombamentos impõem ao potencial construtivo da propriedade urbana, tema central do artigo, outras discutirão a necessidade de compensação de maneira mais ampla, considerando outras espécies de direito de propriedade.

Com exceção da Apelação Cível 7.377/RJ, deve ser observado que os acórdãos elencados avaliam atos administrativos do Executivo que aplicam a legislação sobre tombamento e efetivam a restrição ao direito de propriedade. Ou seja, a discussão sobre compensações ou indenizações aos

³⁸ Sobre a consideração do interesse público da desapropriação como fundamento para a desconsideração, entre outros, de elementos especulativos e atos do expropriado com o mero intuito de elevar o valor das indenizações, cf. CUSTODIO, Vinícius Monte. **Um novo olhar sobre as desapropriações no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 145-151.

proprietários na maior parte das decisões ocorrerá não no contexto de análise da legislação sobre tombamento, como o trabalho vinha fazendo até aqui, mas sim na avaliação do próprio ato administrativo que implementa as restrições à propriedade. Nada obstante, parte dos argumentos e critérios que os acórdãos desenvolvem para aferir a legitimidade e a legalidade dos atos administrativos de tombamento podem ser transpostos à discussão sobre a constitucionalidade e a legitimidade da legislação sobre tombamento.

1.3. A posição do STF

1.3.1. Apelação Cível (ACi) 7.377/RJ³⁹

Em 17 de junho de 1942, o Tribunal Pleno do STF julgou a primeira ação judicial a respeito do instrumento jurídico do tombamento. Os apelantes, proprietários de um imóvel no Arco do Teles, na Praça XV, no Rio de Janeiro, insurgiram-se contra o tombamento de seu prédio, considerado um monumento histórico e artístico pelo Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (atual Iphan), aduzindo que: (I) o bem não seria, de fato, um monumento histórico ou artístico; e (II) que o tombamento compulsório, se não realizado por via de expropriação, viola o direito fundamental de propriedade. A violação ao direito de propriedade arguida pelos proprietários neste processo refere-se especificamente ao direito de propriedade urbana, ou seja, embora seja relevante reconstruir esta decisão histórica do STF, importante ressaltar que ela ainda não discutia eventual necessidade de controlar intervenções ao direito do potencial construtivo.

Quanto ao primeiro argumento, a corte rechaçou-o sob a justificativa de que o parecer técnico do *expert* contratado pelos recorrentes era naturalmente parcial.

Quanto ao segundo ponto, qual seja o da constitucionalidade do tombamento feito contra a vontade dos proprietários, a maioria dos ministros entendeu que a constitucionalidade do tombamento compulsório decorre da remissão da determinação de conteúdo e limites da propriedade à lei pelo art. 122, nº 14. Nessa linha, se é correto que o tombamento restringe fortemente a faculdade de disposição, designadamente de modificar, abandonar ou destruir a coisa gravada pela obrigação, é igualmente certo que ele não chega ao ponto de desnaturar o conteúdo essencial do direito de propriedade, pois o proprietário, para além das faculdades de uso e gozo, segue podendo alienar, respeitado o direito de preferência dos entes territoriais (art. 22 do DL 25/1937), e oferecer seu bem

³⁹ SUPREMO Tribunal Federal. **ACi 7.377** (Tribunal Pleno). **Revista de Direito Administrativo**, v. 1, n. 2. Rio de Janeiro: FGV, 1945, p. 100-123.

em garantia (art. 22, § 3º). Dado que a coisa tombada continua em poder do dono, apenas se encarregando ele de conservá-la, não haveria de se falar em obrigatoriedade de desapropriação.

1.3.2. Agravo Regimental (AgR) no RE 361.127/SP⁴⁰

Em 15 de maio de 2012, a Segunda Turma do STF julgou agravo regimental interposto em recurso extraordinário pelo Estado de São Paulo contra acórdão do TJSP que manteve integralmente a sentença de procedência da ação de indenização por desapropriação indireta movida pelos proprietários, em razão do “caráter especial e extraordinário do tombamento do imóvel”.

De acordo com o voto do relator Min. Joaquim Barbosa, acompanhado por unanimidade, “não é qualquer tombamento que dá origem ao dever de indenizar: é preciso demonstrar que o proprietário sofre um dano especial, peculiar, no direito de propriedade”. Ademais, sustentou que, “se toda uma rua ou se todo um bairro é alvo de tombamento, fica muito difícil para o proprietário de um dos imóveis alegar o prejuízo necessário para a configuração da desapropriação indireta”.

Por fim, concluiu ser “nítida a especialidade do interesse atingido pelo tombamento”, pois, sendo “um dos únicos imóveis da Avenida Paulista remanescentes da idade de ouro do café”, teria ocorrido um esvaziamento do direito de propriedade pelo tombamento. E invocando os termos da sentença, corroborou que se trata de “restrição praticamente absoluta, posto que ao que mais se prestaria, diante dos interesses materiais, seria a edificação de outros moderníssimos edifícios”.

1.4. A posição do TJSP

1.4.1. ACi 424.402-5/5-00⁴¹

Em 26 de abril de 2006, a Nona Câmara de Direito Público negou provimento à apelação da Prefeitura Municipal de Santos contra sentença da 2ª Vara de Fazenda Pública de Santos, em ação anulatória cumulada com pedido de indenização, que mantivera o tombamento do imóvel dos autores da ação, mas condenando o Município ao pagamento de R\$ 886.073,04, a título de ressarcimento, pela perda do potencial de construção do bem material.

⁴⁰ SUPREMO Tribunal Federal. **RE 361.127 AgR/SP** (Tribunal Pleno). DJe 01 ago. 2012. Rel. Min. Joaquim Barbosa.

⁴¹ TRIBUNAL de Justiça do Estado de São Paulo. **ACi 424.402-5/5-00** (Nona Câmara de Direito Público). DJ 10 maio 2006. Rel. Des. Sidnei Beneti.



Embora haja reconhecido a existência de previsão legal para a compensação dos proprietários, mediante TDC, pelo tombamento, o relator venceu, sem maiores considerações, que essa não seria a melhor solução para o caso.

De acordo com ele, o tombamento, medida acautelatória do patrimônio cultural, amparada no art. 216 da CR e na legislação infraconstitucional, impõe obrigações de fazer, não fazer e de deixar de fazer, o que não enseja automaticamente a indenização do proprietário. Esta somente seria cabível em caso de prejuízo significativo e comprovado, senão restaria inviabilizado o dever de proteção do patrimônio cultural pela Administração Pública.

No caso dos autos, porém, o tombamento “afetou o direito de propriedade referente ao imóvel, com conseqüente diminuição de seu potencial econômico, quando comparada tal situação restritiva com a dos imóveis circunvizinhos, que não suportam nenhuma limitação”. Levando em consideração, sobretudo, a “destinação e privilegiada localização” do bem, o tombamento causou “uma situação de inferior aproveitamento do terreno no qual a construção se situa, fato demonstrado pela permissão legislativa de construção de 13.925 m² face à área edificada de apenas 2.170 m²”.

Por isso, considerou que os fundamentos eram suficientes, apesar de excepcionais, a ponto de tornarem devida a indenização, tendo sido acompanhado por unanimidade pelos demais desembargadores.

1.4.2. ACi 0006714-61.2008.8.26.0562⁴²

Em 28 de abril de 2014, a Décima Câmara de Direito Público proveu, por unanimidade, apelação da Prefeitura Municipal de Santos contra sentença da 2ª Vara de Fazenda Pública de Santos, em ação anulatória de tombamento, que mantivera o tombamento do imóvel dos autores da ação, representativo da arquitetura eclética residencial dos anos 1920, período da expansão urbana proporcionada pelo comércio de café em Santos, mas condenando o Município ao pagamento de indenização material de R\$ 57.618,24 pelo esvaziamento do conteúdo econômico da propriedade.

Em seu voto, o relator salientou que os autores não especificaram os danos ou prejuízos materiais concretamente suportados por eles, e que seu pedido de indenização seria “apenas em decorrência dos efeitos genéricos do tombamento”, sobre “fatos futuros e incertos, como eventual auferimento de alugueres ou utilização de todo potencial construtivo do imóvel”.

⁴² TRIBUNAL de Justiça do Estado de São Paulo. **ACi 0006714-61.2008.8.26.0562** (Décima Câmara de Direito Público). DJ 30 abr. 2014. Rel. Des. Marcelo Semer.

Ainda em seu voto, o relator asseverou que o proprietário “não deve ser obrigado a arcar isoladamente com os ônus da conservação histórica”, contudo ponderou que “o tombamento realizado nem esvazia a propriedade de forma significativa, nem está isento de compensações”.

Ele ressaltou que o próprio ato administrativo do tombamento facultava ao proprietário realizar modificações inclusive a construção de nova edificação, desde que o projeto modificativo estivesse em harmonia com o bem tombado e de acordo com a legislação em vigor. Ademais, lembrou que a legislação municipal contempla a isenção de IPTU e de ISS de futuras obras de recuperação de imóveis tombados, assim como a compensação por meio da TDC.

Finalmente, estatuiu que “eventual indenização a ser reclamada poderia partir de alteração ou construção que seja reprovada — e, portanto, cause efetiva diminuição do direito de propriedade”.

1.5. A posição do TJMG

1.5.1. ACi 1.0000.00.178603-7/000⁴³

Em 19 de dezembro de 2000, a Segunda Câmara Cível, por unanimidade, reformou parcialmente a sentença da 1ª Vara da Fazenda Municipal de Belo Horizonte, em ação ordinária pleiteando a declaração de nulidade do tombamento sobre o imóvel dos autores e o pagamento de indenização pelo Município de Belo Horizonte em razão das restrições ao direito de construir impostas pelo ato administrativo.

Em primeiro lugar, o relator afastou a ideia de fundamentar a decisão sobre a validade do tombamento com base em sua natureza jurídica, se limitação administrativa ou servidão, pois “o prejuízo ao proprietário não pode [...] ser obstáculo ao tombamento, senão a sua consequência”. Portanto, independentemente da natureza jurídica, existiria dever de indenizar pelo esvaziamento parcial do conteúdo econômico da propriedade sempre que o ente político causar lesão ao particular (princípio da responsabilidade objetiva).

Em seguida, manteve a declaração de nulidade do tombamento por ausência de motivação adequada, porque, malgrado “a existência de profundo estudo sobre o patrimônio histórico, artístico e cultural do Município de Belo Horizonte”, tal documento “não se volta, individualmente, ao imóvel tombado, deixando neste aspecto, de ressaltar o seu valor histórico, cultural ou paisagístico”.

⁴³ TRIBUNAL de Justiça do Estado de Minas Gerais. **ACi 1.0000.00.178603-7/000** (Segunda Câmara Cível). DJ 09 fev. 2001. Rel. Des. Pinheiro Lago.

E, por último, reformou parcialmente a sentença no que concerne à condenação da municipalidade ao pagamento de indenização pelo tombamento, uma vez que não ficou demonstrado o efetivo prejuízo causado. Por outro lado, manteve a condenação do Município de Belo Horizonte de indenizar os autores pela perda do potencial construtivo do imóvel, porquanto a redução do coeficiente de aproveitamento máximo quando o tombamento ainda vigorava, “importou em evidente prejuízo para os autores, por lhes retirar a prerrogativa de se valerem das antigas normas sobre o tema”.

1.5.2. ACi 1.0000.00.271919-3/000⁴⁴

Em 05 de dezembro de 2002, a Terceira Câmara Cível confirmou, em votação unânime, a sentença da 4ª Vara da Fazenda Municipal de Belo Horizonte, em ação ordinária de indenização, que condenara o Município de Belo Horizonte a indenizar os autores em R\$ 50.500,00, correspondentes a 50% da depreciação total de seu imóvel por efeito do tombamento.

Lembrando a doutrina de Hely Lopes Meirelles, o relator afirmou que “tombamento não é confisco”, mas “preservação de bens de interesse da coletividade imposta pelo Poder Público em benefício de todos”. Por esse motivo, concluiu, “não podem um ou alguns particulares ser sacrificados no seu direito de propriedade sem a correspondente indenização reparatória do prejuízo ocasionado pelo tombamento”.

E, como a prova pericial dos autos evidenciou que o ato de tombamento “acarretou uma perda no potencial construtivo do terreno”, resultou numa perda do valor venal do bem, que deveria ser indenizada.

1.6. A posição do TJSC⁴⁵

Em 23 de junho de 2020, a Quinta Câmara de Direito Público proveu apelação do Estado de Santa Catarina para reformar sentença da 2ª Vara da Fazenda Pública de Joinville, em ação de declaratória de ato administrativo cumulada com pedido de indenização, que havia condenado o

⁴⁴ TRIBUNAL de Justiça do Estado de Minas Gerais. **ACi 1.0000.00.271919-3/000** (Terceira Câmara Cível). DJ 21 fev. 2003. Rel. Des. Isalino Lisbôa.

⁴⁵ TRIBUNAL de Justiça do Estado de Santa Catarina. **ACi 0047116-17.2005.8.24.0023** (Quinta Câmara de Direito Público). DJe 13 jul. 2020. Rel. Des. Artur Jenichen Filho.

Estado de Santa Catarina a indenizar os autores pelo dano causado pelo tombamento do imóvel, no valor de R\$ 2.509.820,61.

A prova pericial atestou que “com o tombamento ocorre uma perda do potencial construtivo do terreno” e que “o índice de desvalorização sofrido pelo imóvel em questão [foi] de aproximadamente 53,79%”. Todavia, entenderam os desembargadores que essa desvalorização “é apenas uma questão mercadológica”, pois o imóvel não perde totalmente seu potencial econômico, podendo ser objeto de locação.

O voto do relator, citando precedentes do tribunal, asseriu que o tombamento do bem não causa desapossamento nem retira o direito de exercer as faculdades atinentes à propriedade, apenas restringe o direito de construir, o que não é suficiente para amparar a pretensão indenizatória dos autores. Ademais, a indenização só é admissível quando o tombamento causa o “esvaziamento do valor econômico do imóvel”, não se confundindo limitação construtiva com impedimento de lucro (exploração econômica do bem).

5. CRÍTICA À JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

A partir da jurisprudência do STF, não restam dúvidas acerca da constitucionalidade do tombamento, instrumento jurídico de que o Poder Público pode lançar mão para promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro. O tribunal entende o tombamento como uma forma intensa de restrição sobre a faculdade de disposição do proprietário, que não viola o conteúdo essencial do direito de propriedade, pois o dono da coisa continua dela podendo usar e gozar, bem como a alienar e a oferecer em garantia. Assim, não estariam presentes os elementos do suporte fático, que demandariam a cessação de uma intervenção não fundamentada ou fundamentada inadequadamente na CR.

Na linha do que foi discutido no tópico 1.1, o STF parece reconhecer que o âmbito de proteção do direito de propriedade é estritamente normativo e com isso concede uma ampla liberdade para que Legislador configure restrições a tal direito a fim cumprir seu dever de proteção ao patrimônio cultural brasileiro. Apesar deste espaço de conformação legislativa ser amplo, ele não é ilimitado, encontrando seu limite no conteúdo essencial do direito de propriedade. Esta posição do STF vai ao encontro do argumento de que, para além de ter uma finalidade constitucionalmente protegida, o regime jurídico do tombamento também deve atentar à extensão e à intensidade da restrição que impõe ao direito de propriedade. O problema, como se verá, são os critérios que STF (não) desenvolve para avaliar se determinada restrição é legítima ou não.



O STF sustenta que não é qualquer tombamento que gera um dever de indenizar, citando que, se, por exemplo, toda uma rua ou bairro é tombado, a caracterização da especialidade ou peculiaridade do dano suportado pelo proprietário fica bastante mitigada. Por esse critério de especialidade, julgou procedente a pretensão compensatória dos proprietários daquele imóvel da Avenida Paulista o qual é um dos últimos remanescentes da idade de ouro do café, por ter esvaziado o direito de propriedade.

Sem embargo, é notória a confusão conceitual entre a *especialidade* e a *anormalidade* da restrição do direito de propriedade.

O fato de uma intervenção ser *especial* — assim entendida como aquela que incida sobre um ou mais proprietários, sem afetar a generalidade dos proprietários sob a esfera de competência do órgão ou entidade pública promotora do tombamento — não significa que ela seja *anormal* — assim entendida como aquela que, ultrapassando os custos próprios da vida em sociedade, (I) inviabilize a utilização em curso do bem, considerado como um todo, (II) inviabilize qualquer utilização potencial do bem, quando ocioso, ou (III) anule seu valor econômico. E vice-versa.

Portanto, é questionável o *recorte geográfico* perfilhado pelo STF, qual seja “toda uma rua ou bairro”, para fins de afastamento da especialidade da intervenção imposta pelo tombamento de imóvel. Enquanto competência material comum às três esferas de governo, o tombamento municipal haveria de restringir todo o município, o estadual todo o estado e o federal todo o país para que se afastasse o caráter especial da restrição.

Vale lembrar que a “justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização” diretriz geral da política urbana (art. 2º, inciso IX, do ECI), manifestação específica do *princípio da igualdade* (art. 5º da CR) no direito urbanístico, é uma via de mão dupla.

Por um lado, o *poder de polícia*⁴⁶ legitima o Poder Público a restringir as faculdades de disposição e de construir do proprietário, mediante tombamento, por uma causa de interesse cultural, histórico, artístico, paisagístico ou arqueológico; e a *função social da propriedade* legitima a imposição ao proprietário do dever de conservar e reparar, para as presentes e futuras gerações, a coisa tombada. Por outro lado, esse sacrifício individual em prol do benefício coletivo deve ser objeto de

⁴⁶ Código Tributário Nacional: “Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.”

perequação compensatória entre os demais habitantes do município, do estado ou do país, a depender do ente territorial promotor do tombamento.⁴⁷

O caráter anormal da intervenção provocada pelo tombamento de imóvel resulta da sua *intensidade* sobre o direito de propriedade: se a intervenção apenas atinge a faculdade de disposição do proprietário, a utilização do bem não fica inviabilizada nem ocorre anulação de seu valor econômico, ocorrendo uma restrição; se a intervenção, além de atingir a faculdade de disposição do proprietário, alcança o potencial construtivo básico da propriedade, existe esvaziamento (parcial) de seu valor econômico, efetivando-se uma violação.

A jurisprudência do STF reconhece, caracterizada a especialidade da intervenção, o dever de compensação em razão do “esvaziamento do direito de propriedade” do potencial construtivo, uma “restrição praticamente absoluta” ou, nos termos das definições apresentadas, uma violação ao direito de propriedade.

Essa consideração da perda do potencial construtivo pelo tombamento como fundamento da pretensão indenizatória também foi acolhida, posto que em caráter excepcional, no julgado da Nona Câmara de Direito Público do TJSP. Interpretando a decisão, pode-se dizer que o colegiado fracionário do TJSP avaliou que estariam presentes os elementos do suporte fático do direito de propriedade dos autores da ação, isto é, haveria uma intervenção ilegítima no âmbito de proteção desse direito, que deveria ser cessada. Colaboraram particularmente para o deferimento do pleito autoral naquele aresto o fato de os imóveis vizinhos não suportarem qualquer intervenção e a “destinação e privilegiada localização” da propriedade dos autores. Estranhamente, a possibilidade de compensação dos autores por meio de TDC foi rejeitada pelos desembargadores, mesmo existindo previsão legal para tanto, sob a alegação de que “não se verifica ser essa a melhor solução para o caso”.

Contrariamente a esse julgado, a possibilidade de outras formas de compensação — tais como a isenção de IPTU e de ISS para obras de recuperação, e a própria TDC — corroborou a decisão da Décima Câmara de Direito Público do TJSP, que afastou o dever de o Município de Santos indenizar pecuniariamente os autores pelo tombamento de seu imóvel. Para os desembargadores, a alegação genérica de impossibilidade de utilização de todo o potencial construtivo da propriedade e a

⁴⁷ “[...] sempre que os direitos dos cidadãos comportarem restrições em favor da coletividade, tem o Estado o dever moral de impor ao cidadão a forma menos onerosa de restrição, o que [...] pode se traduzir pela disciplina e aplicação da transferência do direito de construir”, MONTEIRO, Yara Darcy Police; MONTEIRO, Egle dos Santos. Transferência do direito de construir. In: DALLARI, Adilson de Abreu; FERRAZ, Sérgio (coord.). **Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal 10.257/2001**, 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 294-304.

possibilidade de levantar novas construções na parte não tombada do imóvel, desde que em harmonia com o bem tombado, também afastaria a possibilidade de condenação da municipalidade santista.

É certo que aquele que, por ato ilícito, causa dano a outrem, fica obrigado a repará-lo (art. 927 do CC). Todavia os atos *lícitos* causadores de dano *injusto* também obrigam à indenização do lesado. Nem todo e qualquer *fato lesivo* a interesse de terceiro é um dano injusto; apenas o são os fatos lesivos que, segundo uma ponderação de interesses ao lume dos princípios constitucionais, sejam qualificados como tal.⁴⁸

Cite-se como exemplo, “a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente”, *excludente de ilicitude* conhecida como *estado de necessidade* (art. 188, inciso II, do CC), quando “a pessoa lesada, ou o dono da coisa [...] não forem culpados do perigo”. No estado de necessidade sem culpa do lesado, a ponderação de interesses, realizada abstratamente pelo legislador, cria o dever de indenizar por parte do agente. Quando o sopesamento dos interesses não é resolvido diretamente no plano legislativo, a tarefa recai sobre o juiz diante do caso concreto.

Nesse sentido, como se viu, a jurisprudência do TJMG — ao contrário da jurisprudência do TJSC — entende que a intervenção ao potencial construtivo básico pelo tombamento, apesar de inequivocamente lícita, causa dano injusto ao proprietário do imóvel, que deve ser compensado. Ou seja, o TJMG entende que os elementos do suporte fático do direito de propriedade do potencial construtivo podem estar presentes em casos de tombamento. Não há de se falar aqui em mero fato lesivo, pois o ato de tombamento é uma intervenção direta no conteúdo essencial do direito de propriedade do potencial construtivo. Da mesma maneira que a desapropriação parcial de um imóvel esvazia economicamente o direito de propriedade relativamente à fração do terreno afetada pela ablação patrimonial, a restrição parcial do potencial construtivo básico por meio do tombamento esvazia economicamente o direito de propriedade relativamente à fração remanescente do potencial construtivo básico.⁴⁹

É certo que as pessoas jurídicas de direito público respondem independentemente de culpa pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros (art. 37, § 6º, da CR), devendo medir-se a indenização pela extensão do dano (art. 944 do CC). Contudo, nem todo dano imposto pelo Poder Público — no caso, o ato de tombamento — ao patrimônio alheio há de ser compensado *em dinheiro*, já que essa é uma garantia específica das desapropriações (art. 5º, inciso XXIV, da CR).

⁴⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil**, 6. ed. Salvador: JusPodivm, v. 3 (Responsabilidade Civil), 2019, p. 249-250.

⁴⁹ “O tombamento só dispensa indenização quando não impede a utilização do bem segundo sua destinação natural, nem acarreta o seu esvaziamento econômico”, MEIRELLES, Hely Lopes. Tombamento e indenização. **Revista de Direito Administrativo**, n. 161. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, jul./set., 1985, p. 2.

Assim, considerando a finalidade primariamente compensatória da TDC, é perfeitamente possível indenizar as intervenções ao direito de propriedade do potencial construtivo decorrentes de tombamentos por meio dela, ao menos para os tombamentos promovidos pelos entes municipais. Nesse ponto, chama atenção o fato de a Nona Câmara de Direito Público ter reputado a TDC inidônea para compensar o sacrifício suportado pelos proprietários, mesmo esta estando amparada pelo ECi, enquanto a Décima Câmara de Direito Público tenha afastado a pretensão indenizatória dos autores, entre outros argumentos, precisamente pela previsão, na legislação santista, de compensação do tombamento por meio da TDC.

Por derradeiro, resta enfrentar a questão do momento para o exercício da pretensão compensatória por intervenções ao direito de propriedade causadas por tombamentos de imóveis. Segundo o Decreto 20.910, de 06 de janeiro de 1932, recepcionado com força de lei pela CR⁵⁰, “as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem” (art. 1º). Portanto, os proprietários de imóveis tombados podem exigir a TDC pelas restrições ao direito de propriedade causadas pelo tombamento em até cinco anos contados da data da restrição do potencial construtivo.

Entretanto, mesmo quando a pretensão é deduzida nesse ínterim, a jurisprudência diverge acerca do cabimento de compensação se a propriedade é adquirida posteriormente ao tombamento. Embora não se trate de desapropriação indireta, porque não ocorre apossamento administrativo no tombamento, a analogia com a jurisprudência sobre desapropriação indireta é possível, uma vez que em ambos os casos a ação tem *natureza real*.

Uma parcela da jurisprudência entende que, “quem adquire imóvel após a entrada em vigor de norma que disciplina o direito de propriedade, na perspectiva ambiental ou urbanística, não pode cobrar indenização, a pretexto de que ocorreu desapropriação indireta”, presumindo-se, de forma absoluta, que as limitações incidentes sobre o bem eram de conhecimento do comprador e que o preço “incorporou os eventuais reflexos econômicos do gravame imposto”.⁵¹

Outra parcela entende que “o novo proprietário do imóvel sub-roga-se em todos os direitos do proprietário original, inclusive no direito à eventual indenização devida pelo Estado”, pouco

⁵⁰ Cf. SUPREMO Tribunal Federal. **AI 775.217/SP** (Decisão monocrática). DJe 06 jun. 2011. Rel. Min. Cármen Lúcia.

⁵¹ Cf., por todos, SUPERIOR Tribunal de Justiça **REsp 573.806/SP** (Segunda Turma). DJe 02 maio 2011. Rel. Min. Herman Benjamin.

importando que a alienação do bem tenha ocorrido após o desapossamento indireto pelo Poder Público.⁵²

Diante da celeuma deflagrada, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu, por unanimidade, afetar recurso especial ao rito dos recursos repetitivos para pôr fim a essa controvérsia (Tema Repetitivo 1004).⁵³

A razão mora com a corrente a qual entende ser cabível a sub-rogação do novo proprietário do imóvel em todos os direitos do proprietário original.

Em primeiro lugar, não se tratando de direito pessoal, e sim de direito real, a mera troca de titularidade da coisa não isenta o Poder Público de indenizar pela desapropriação indireta. Do contrário, estar-se-iam reconhecendo, como princípios de direito, o enriquecimento ilícito e o confisco de bens.

Em segundo lugar, ao prevenir o enriquecimento sem causa do comprador, a vedação da sub-rogação inflige dano injusto ao vendedor, que: (I) alienará a coisa por um preço inferior a seu valor de mercado, suportando sozinho, com o sacrifício de seu patrimônio pessoal, um benefício difuso; ou (II) ficará anos a fio preso a uma batalha judicial, sem poder dispor de seu bem, sob pena de desvalorização patrimonial, para receber uma compensação que, afinal, não o recolocará em posição de igualdade, pois abatida dos honorários advocatícios contratuais.

Em terceiro lugar, a vedação da sub-rogação é ineficaz, pois contornável com o simples ajuizamento de ação indenizatória antes da alienação do bem. Como “a alienação da coisa ou do direito litigioso por ato entre vivos, a título particular, não altera a legitimidade das partes” (art. 109 do Código de Processo Civil – CPC), se o Município não consentir com a sucessão processual do alienante pelo adquirente (art. 109, § 1º), este poderá intervir no processo como assistente litisconsorcial daquele (art. 109, § 2º), que será seu substituto processual. Ao final, “estendem-se os efeitos da sentença proferida entre as partes originárias ao adquirente” (art. 109, § 3º).

E em quarto lugar, é princípio geral de direito que, “onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir” (*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*). O art. 109 do CPC não diferenciou entre alienação gratuita e alienação onerosa para fins de sucessão processual. Portanto, contraria o espírito da lei diferenciar a pretensão compensatória daquele que adquiriu o imóvel depois do tombamento, com base na modalidade aquisitiva, por exemplo, de compra e venda e de doação.

⁵² Cf., por todos, SUPERIOR Tribunal de Justiça **AgRg no Ag 155.441/PR** (Segunda Turma). DJ 13 out. 1997. Rel. Min. Ari Pargendler.

⁵³ Cf. SUPERIOR Tribunal de Justiça. **ProAfr no REsp 1.750.624/SC** (Primeira Seção). DJe 17 dez. 2018.

Conseqüentemente, em raciocínio análogo ao da compensação por desapropriação indireta, a circunstância de o proprietário ter adquirido o imóvel depois do tombamento é irrelevante para se lhe garantir o direito à TDC, desde que sua pretensão seja formalizada em face do Município no prazo da prescrição quinquenal.

CONCLUSÃO

Este artigo procurou identificar *quando* e *como* a TDC deve compensar as restrições ao direito de propriedade do potencial construtivo dos imóveis urbanos. Para realizar essa tarefa foram analisados dois acórdãos do STF, dois do TJSP, dois do TJMG e um do TJSC.

Quando a restrição for simultaneamente especial e anormal, a jurisprudência parece concordar que o proprietário faz jus a uma compensação. Logo, não seria cabível compensação, por exemplo, se um plano diretor decidisse tomba uma cidade inteira, nem se o imóvel tombado já tiver esgotado seu potencial construtivo básico. No entanto, os tribunais não são objetivos quanto ao que se deve entender por restrição “especial” nem quanto ao que se deve entender por “esvaziamento econômico da propriedade”.

É possível refinar essa doutrina, assumindo que restrições ao direito de propriedade causadas por tombamento terão caráter *especial* se incidirem sobre um ou mais proprietários, sem afetarem a generalidade dos indivíduos sob a esfera de competência do órgão ou entidade pública promotora do tombamento. E as restrições terão caráter *anormal*, esvaziando economicamente a propriedade, se, além de atingirem a faculdade de disposição do proprietário, alcançarem o potencial construtivo básico da propriedade.

Porém não se verificaram nos julgados, para além da discrepância de posicionamentos, apontada na jurisprudência selecionada do TJSP, quanto à utilização da TDC como medida compensatória pela restrição do potencial construtivo básico de imóveis tombados, maiores desenvolvimentos acerca de como o Poder Público deve compensar os proprietários por restrições causadas por tombamentos.

Considerando que a TDC é um instrumento urbanístico de *justiça comutativa*, um mecanismo de perequação compensatória vocacionado à garantia da justa distribuição dos benefícios transindividuais e ônus individuais decorrentes do processo de urbanização, é perfeitamente possível indenizar as restrições causadas por tombamentos por meio dela, ao menos para os tombamentos promovidos por órgãos ou entidades municipais.



Sem embargo, o regime jurídico paulistano da TDC, especialmente quando não envolve a alienação do imóvel tombado cedente, deturpa a natureza compensatória do instrumento regulado pelo ECi, para promover uma finalidade de justiça social que não lhe compete.

São sintomáticos desse desvio de finalidade os fatores de “incentivo” previstos no art. 24, incisos III a VII, da LPUOS e a adoção da área do terreno cedente como base de cálculo da fórmula do potencial construtivo passível de transferência do art. 125 do PDE. Essa estrutura jurídica, em vez de equalizar os sacrifícios suportados pelos proprietários de imóveis tombados com o resto da sociedade na exata medida das restrições impostas pelo tombamento, penaliza os proprietários de imóveis com área superior a 2.000 m² e privilegia os proprietários de imóveis de até 500 m² no cumprimento da função social de suas propriedades.

Essa *contaminação ideológica* da TDC traz como consequência efeitos colaterais indesejados para a política pública de patrimônio cultural. O primeiro deles é o (desnecessário) dispêndio de recursos orçamentários para compensar os proprietários cujos potenciais construtivos básicos foram restringidos e não devidamente compensados mediante TDC. O segundo deles é a insustentabilidade dessa política pública no longo prazo, já que a utilização de uma receita irreproduzível para o custeio de uma despesa de caráter continuado não é financeiramente saudável. E o terceiro deles é o enriquecimento sem causa dos proprietários cujas propriedades já esgotaram o potencial construtivo básico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

APPARECIDO JR., José Antonio. **Direito urbanístico aplicado**: os caminhos da eficiência jurídicas nos projetos urbanísticos. Curitiba: Juruá, 2017.

AZEVEDO, Álvaro Villaça et. al. Carta do Embu. In: **O solo criado**: anais do seminário. São Paulo: Fundação Prefeito Faria Lima, 1976, p. 169-170.

BACELLAR, Isabela; FURTADO, Fernanda; RABELLO, Sonia. Transferência do direito de construir: panorama de regulamentações municipais e parâmetros essenciais para a implementação. **Brazilian Journal of Development**, v. 5, n. 9. Curitiba, set. 2019, p. 13.978-13.999.

BARZOTTO, Luís Fernando. Justiça social, gênese, estrutura e aplicação de um conceito. **Revista do Ministério Público**, n. 50. Porto Alegre: MPRS, 2003, p. 19-56.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**, 2. ed./1. ed. Coimbra/São Paulo: Coimbra Editora/Revista dos Tribunais, 2008.

CUSTODIO, Vinícius Monte. **Um novo olhar sobre as desapropriações no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.



CUSTODIO, Vinícius Monte. Princípio da reserva de plano: comentários ao acórdão do Recurso Extraordinário 607.940/DF. **Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU**, ano 19, n. 110. Belo Horizonte: Fórum, mar./abr., 2020, p. 58-68.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**, 4.ed. São Paulo, Atlas, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**, 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil**, 6. ed. Salvador: JusPodivm, v. 3 (Responsabilidade Civil), 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**, 9. ed. Salvador: JusPodivm, v. 4 (Contratos), 2019.

GRAU, Eros Roberto. Aspectos jurídicos da noção de solo criado. In: **O solo criado**: anais do seminário. São Paulo: Fundação Prefeito Faria Lima, 1976, p. 134-154.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**, 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

LEAL, Roger Stiefelmann. A propriedade como direito fundamental: breves notas introdutórias. **Revista de Informação Legislativa**, v. 194, 2012, p. 53-64.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de construir**, 7. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo et. al. São Paulo: Malheiros, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. Tombamento e indenização. **Revista de Direito Administrativo**, n. 161. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, jul./set., 1985, p. 1-6.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MONTEIRO, Yara Darcy Police; MONTEIRO, Egle dos Santos. Transferência do direito de construir. In: DALLARI, Adilson de Abreu; FERRAZ, Sérgio (coord.). **Estatuto da Cidade**: Comentários à Lei Federal 10.257/2001, 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 294-304.

PERETTO, Flavia Taliberti et. al. Quando a transferência de potencial construtivo virou mercado: o caso de São Paulo. In: **XV Seminário de História da Cidade e do Urbanismo**. A cidade, o urbano, o humano. Rio de Janeiro, set. 2018.

PINTO, Victor Carvalho. **Direito urbanístico**: plano diretor e direito de propriedade, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**, 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, n. 4, 2006, p. 23-51.

SILVA, Virgílio Afonso da. Os direitos fundamentais e a lei: a constituição brasileira tem um sistema de reserva legal?. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. (Org.). **Os vinte anos da constituição federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, v. 1, p. 605-618.

SMOLKA, Martim O. **Implementing value capture in Latin America**: policies and tools for urban development. Cambridge: Lincoln Institute of Land Policy, 2013.



Sobre os autores:**Túlio de Medeiros Jales**

Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Advogado.

Universidade de São Paulo - USP, São Paulo, SP, Brasil

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2603672957639753> Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5187-984X>

E-mail: tuliojales@gmail.com

Vinícius Monte Custodio

Doutorando em Direito Econômico e Economia Política na Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Urbanístico e Direito Ambiental pela Universidade de Coimbra. Advogado.

Universidade de São Paulo - USP, São Paulo, SP, Brasil

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5227028274432693> Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6665-817X>

E-mail: montecustodio@gmail.com

Os autores contribuíram igualmente para a redação do artigo.

