

*Coordenação Técnica:*

**Cerdônio Quadros**

Editor e Diretor Responsável pela  
Consultoria NDJ e

**Marcello Rodrigues Palmieri**

Gerente da Consultoria NDJ

Tema em Destaque

**Ocupação Temporária – Requisição  
Tombamento\***

Palestra proferida por:

**Diogenes Gasparini**

Mestre e Doutor em Direito pela PUC – SP

Muito obrigado ao ilustre editor da NDJ, Prof. Cerdônio Quadros, pelo convite. Muito obrigado também aos senhores, porque nos dão a oportunidade para conversar sobre Ocupação Temporária e Tombamento, passando rapidamente pelo instituto da requisição. Peço vênia à ilustre professora Alice Gonzalez Borges para utilizar todo o intróito que ela fez a respeito da propriedade. É exatamente esta idéia da ausência de direitos absolutos que dá sustentabilidade à intervenção do Estado na propriedade privada. Então, tudo aquilo que a Prof<sup>a</sup> Alice falou serve de introdução para nós, e assim não vamos fazer uma repetição. Os senhores sabem que o Poder Público executa obras e serviços de interesse da comunidade; percebem que para estas execuções de obras, para a prestação destes serviços, a Administração Pública necessita, na maioria das

vezes, de um canteiro de obras. É claro que a utilização deste canteiro de obras coincide com a ocupação de imóveis de propriedade do próprio Poder Público, que vai reservando um cantinho do imóvel em que a obra vai ser executada, em que o serviço vai ser prestado, e ali vai se acomodando e instalando o seu canteiro de obras; mas muitas vezes esta acomodação não é possível e o Poder Público, para dar atendimento às suas necessidades, acaba lançando mão da propriedade particular desocupada na vizinhança. Quando o Poder Público age desta maneira, utilizando a propriedade particular para esta finalidade de forma administrativa, por instrumentos administrativos e de forma auto-executória, estamos frente ao instituto da ocupação temporária. Com estas noções a gente pode dizer que a ocupação temporária é a utilização

\* Painel realizado em 1º de dezembro de 2005, no Seminário Nacional de Direito Administrativo – Edição Comemorativa dos 20 Anos da NDJ, em São Paulo – SP.

provisória pelo Estado, ou por quem lhe faça as vezes, de espaços livres situados nas proximidades de obras ou serviços públicos mediante indenização posterior. O fundamento para que o Estado possa agir assim está na supremacia do interesse público sobre o interesse privado e na própria continuidade da prestação do serviço público. A competência para legislar sobre a ocupação temporária é da União; a competência para a execução, isto é, para a ocupação daqueles terrenos nas condições em que a legislação prevê, é concorrente, ou seja, é da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e pode também ser de outras entidades que fazem as vezes do próprio Estado. O objetivo da ocupação temporária, os senhores já perceberam, é servir de apoio à realização de obras ou na prestação de serviços nas proximidades da obra que está sendo executada, ou em que o serviço está sendo prestado. Quais são as características da ocupação temporária? Nós podemos dizer que a ocupação temporária se caracteriza, primeiro, por incidir sobre terreno desocupado situado nas proximidades da obra que se realiza ou em que o serviço está sendo prestado – não há necessidade de ser contíguo. Outra característica desta ocupação é a motivação; outra é que não pode haver uma alteração substancial da propriedade ocupada, ou seja, o Poder Público não pode ingressar na propriedade particular e transformá-la de forma extraordinária, substancial, por exemplo, fazendo escavações; a ocupação tem que ser consentânea e, ao mesmo tempo, condizente com a própria natureza do terreno. A outra característica é a provisoriedade. Nunca se tem uma ocupação temporária, como o próprio nome já diz, a não ser provisoriamente; se a ocupação se estender além daquilo que se entenda como necessário à execução da obra ou à prestação daquele serviço que ali se faz, o instituto deixa de ser a ocupação e, eventualmente, pode ser uma desapropriação indireta. A outra característica é a obrigatoriedade da indenização: ainda que seja posterior é devida no caso da ocupação. Alguns proprietários exigem uma caução para que o Poder Público possa ocupar a propriedade. O valor desta indenização é estabelecido *a posteriori* ou *a priori* por meio de acordo, ou, posteriormente, por meio de uma ação. A nature-

za jurídica da ocupação temporária é um tema que tem trazido dificuldade para todos, e há uma disputa quanto a melhor idéia, a melhor indicação. Para um dos estudiosos desse tema, Eurico Sodré, é servidão; para Pontes de Miranda é uma desapropriação temporária do uso. Se nós pensarmos na ocupação temporária, vamos ver que ela não se enquadra em nenhum desses institutos que normalmente são chamados de “institutos interventores na propriedade”; não se enquadra como limitação ou como servidão, pois não tem as características desses institutos, e nem vamos pensar nos outros, como o tombamento, parcelamento, edificação compulsória. Isso faz a gente pensar que seria um instituto autônomo, alguma coisa que tem natureza própria e que não se enquadra em um destes outros institutos que nós temos, alguma coisa como aquela história do contrato não tem nome, que não sabemos como enquadrá-lo em lugar nenhum, então dizemos “contrato inominado”; assim seria a natureza jurídica da ocupação, nós não temos como enquadrar em nenhum dos institutos que são conhecidos. A ocupação temporária não se confunde com a requisição de forma alguma; a ocupação temporária nunca retira a propriedade – a requisição pode retirar a propriedade algumas vezes principalmente quando se tratar de gêneros alimentícios, de remédios etc., requisitados para a solução de determinada emergência. Também não se confunde com a limitação, pois a ocupação temporária é individualizada, enquanto a limitação administrativa é genérica, impessoal, abstrata, conforme bem mencionou a Prof<sup>a</sup> Alice. A ocupação temporária é indenizável, enquanto a limitação administrativa é inindenizável. Também não se confunde com a servidão, pois a servidão é perpétua, pelo menos essa é a característica do instituto, enquanto a ocupação temporária é provisória. Na ocupação temporária a gente diz que há indenização posterior; na servidão, a indenização por força do regime que a prevê, o da Lei das Desapropriações, deve ser prévia. Também não se confunde com o tombamento, pois a ocupação temporária não recai sobre bens móveis, e o tombamento pode recair; a ocupação temporária é sempre indenizável, o tombamento nem sempre é indenizável. É claro que se tivéssemos tempo poderíamos encontrar

outras tantas diferenças entre esses institutos. A pergunta que se coloca aqui é: o particular pode se opor a essa ocupação temporária? O proprietário pode dizer: “Eu não permito”? A nosso ver ele não tem condições para isto, desde que esta ocupação seja justificada, tenha razão de ser, seja instituída por meio de um ato administrativo, respeitando o direito do proprietário nos demais aspectos da propriedade; se for abusiva, evidentemente existem os recursos administrativos e judiciais para obstar esta abusividade. Quanto à garantia do particular, ele tem direito a exigir uma indenização, mas não tem direito de se opor ao Poder Público. A ocupação temporária também se extingue, e a gente pode dizer que a sua extinção ocorre ou coincide com o término da execução da obra ou com o término da execução daquele serviço. Aqui, quando nós falamos em serviço, não é aquele serviço público de caráter perpétuo, porque aí ficaria descaracterizada a ocupação; quando nós falamos em serviço nos referimos aos administrativos, de manutenção dos equipamentos já existentes e da responsabilidade em termos de manutenção do próprio Poder Público. Extingue-se também por interesse público, antes do término da execução da obra ou do término da execução deste serviço. Não há mais interesse por uma razão tal ou qual na continuidade da execução daquela obra ou na continuidade da execução daquele serviço; então, se a obra ou o serviço não continuam, não há justificativa para se manter a ocupação que, portanto, se extingue, e nós chamamos de “extinção em razão do interesse público”. Também se extingue na medida em que possa existir um acordo; o Poder Público pode acordar com o particular a extinção anterior daquilo que havia sido previsto. Se esta ocupação continuar depois da execução da obra ou depois da execução do serviço, certamente será considerada abusiva, porque não há uma motivação para a sua manutenção. Outro instituto importante que intervém na propriedade particular é a requisição. Os senhores sabem que a requisição é utilizada sempre que o Poder Público, na obrigação de prestar os seus serviços, não consegue esta prestação com a utilização dos seus recursos normais por faltar, para o Poder Público, um conjunto de bens para a prestação desses serviços. É o que ocorre com a requisição de bens para a instalação de cabines eleitorais, por exemplo. O

Poder Público não tem imóveis públicos para instalar todas aquelas seções eleitorais, então normalmente se vale da requisição. Requisita, portanto, bens particulares como escolas privadas para ali instalar as seções públicas para o exercício do voto. E também se utiliza da requisição em situações emergenciais; em casos de incêndio, por exemplo, pode utilizar equipamentos de combate para extinção do fogo pertencentes a indústrias grandes que têm equipamentos desta natureza, e pode também requisitar a prestação dos próprios serviços destas empresas que cedem ou têm os seus bens requisitados, e também os seus executores, os seus operários. Poderíamos dizer que a requisição é a utilização, quase sempre transitória e auto-executória, pelo Estado, ou por quem lhe faça as vezes, de bens e serviços de particulares, mediante determinação da autoridade competente, com ou sem indenização posterior, em razão ou não de perigo público. Deste conceito que a gente trouxe para trabalhar é importante destacar algo: o que o Poder Público quer com a requisição é a utilização, não quer adquirir o bem; eventualmente vai ser obrigado a pagar pela transferência dominial do bem, mas não é esse o objetivo da requisição; não se requisita com a idéia de adquirir a propriedade, se requisita com a idéia – isso está no centro do instituto – de utilização. E é sempre uma utilização transitória: a Administração Pública utiliza e depois devolve pagando uma eventual indenização pelo desgaste, pelo uso, por exemplo, da gasolina nos carros de combate a incêndios etc., alguma coisa desse tipo; verifica-se qual foi o desgaste, o prejuízo, e isto é indenizado. Esta requisição é auto-executória, ou seja, o Poder Público não precisa de ordem judicial para poder utilizar estes bens. E quando nós falamos Poder Público, é o Poder Público – Estado, Município etc. – ou as entidades que atuam em seu nome, como são, eventualmente, autarquias e assim por diante. Esta requisição é feita com ou sem indenização posterior; se houver um prejuízo, vai ser efetuado o pagamento posteriormente; se não houver prejuízo, não há falar em indenização. Isto pode ser em razão, como eu disse, de um perigo ou de uma situação em que os recursos que o Poder Público tem não são suficientes para o atendimento do interesse público. O objeto da requisição é o bem ou os serviços. O fundamento principiológico para a validade da

requisição está na função social da propriedade, e os dispositivos constitucionais estão indicados no art. 5º, inc. XXV, que é a requisição em tempo de paz, e o art. 22, inc. III, que é a requisição em tempo de guerra, além de algumas leis. A competência legislativa é da União, enquanto a competência executória é das entidades responsáveis pela prestação do serviço: União, Estados-membros, Distrito Federal, Municípios e outras entidades que possam fazer as vezes do Município. Várias são as classificações que a doutrina tem oferecido para a requisição. A requisição definitiva – por exemplo no caso da utilização de remédios, não há como devolver – é classificada como definitiva; é provisória quando é o caso das salas dos particulares para a instalação das cabines eleitorais; quanto ao fim, pode ser civil ou militar: civil normalmente são aquelas que ocorrem em época de paz, e as militares ocorrem normalmente durante um estado de beligerância e, eventualmente, em um estado em que há uma conturbação social mais grave – me parece que também aí estaria caracterizada a possibilidade desta espécie de requisição. A requisição não se confunde com a limitação, com a ocupação temporária ou com o tombamento. Aquelas nossas distinções feitas anteriormente são aplicáveis aqui bastando somente a gente mudar a ordem daquilo que foi mencionado.

Chegamos ao tombamento. Os senhores sabem que alguns bens públicos e privados, móveis e imóveis, precisam ser preservados, há uma imposição, digamos, para esta preservação devido à necessidade de cultivar certos valores, devido à necessidade do aprendizado, digamos assim, da nossa história, dos nossos aspectos mais relevantes e, também, visando à preservação para as gerações futuras para que saibam algo sobre o passado. Podemos conceituar o tombamento como a submissão de um certo bem público ou privado, móvel ou imóvel, a um regime especial de uso, gozo e disposição, em razão de seu valor histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico. O fundamento para a validade deste instituto é principiológico na medida em que prevalece a função social da propriedade; outro fundamento é a supremacia do interesse público sobre o interesse privado; e há também um fundamento constitucional específico, que é o art. 216, § 1º, da Constituição Federal. Encontramos também uma legislação infraconstitucio-

nal muito antiga mas ainda em vigor, o Decreto-Lei nº 25, de 1937, chamado Lei do Tombo. Aí os senhores têm os fundamentos jurídicos, principiológicos e constitucionais do tombamento. A competência para legislar sobre o tombamento é concorrente, e quando nós falamos em competência concorrente, vamos encontrar fundamento para isso no art. 24, inciso VII, da Constituição Federal. Sendo uma legislação concorrente, à União cabe editar, única e exclusivamente, normas gerais, conforme estabelece o § 1º deste art. 24 da Constituição Federal. Estado e Distrito Federal podem editar normas suplementares, conforme a gente vê no § 2º do art. 24. E o Município tem alguma competência nesse sentido? O Município pode editar leis a esse respeito? Se não pode editar leis a esse respeito, poderia pelo menos editar normas implementares? A nosso ver a resposta é não, pois o Município não tem competência para isto. No art. 24, § 2º, da Constituição Federal, que dá a fundamentação para que o Estado e o Distrito Federal possam editar normas suplementares, não se fala em Município. Por outro lado, no art. 30 da Constituição Federal, em que estão indicadas as competências do Município, o que se vê é simplesmente a competência para promoção da proteção do patrimônio histórico-cultural local, observadas a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual. Portanto, não há como se imaginar uma competência legislativa própria do Município para fazer leis sobre tombamento. Alguém poderia perguntar: mas e o § 1º do art. 216 não ajuda por dizer que cabe a todas as entidades cuidar, preservar, o patrimônio histórico, artístico etc.? Eu diria que uma leitura atenta deste dispositivo simplesmente corrobora todo o entendimento que se deu com base nos outros dispositivos; a interpretação sistemática acaba levando a esta conclusão. Esse dispositivo não ajuda na vontade dos municipalistas de dar ao Município uma competência legislativa a respeito de tombamento. Qual é a natureza jurídica do tombamento? E aqui também nós temos um tema controvertido, pois para alguns é uma servidão administrativa, para outros é uma limitação administrativa; outros ainda dizem que é um instituto peculiar como a ocupação, por ter uma característica que não se enquadra nas outras situações. Não é limitação administrativa,

porque, como disse a Prof<sup>a</sup> Alice Gonzalez, não é geral, incide sobre certo e determinado bem, é individualizado e isso não se afeiçoa ao regime da limitação administrativa, que é amplo, submete todas as propriedades naquelas condições ao mesmo regime de limitação de uso, gozo, disposição e assim por diante. Por outro lado, dizem também que não é servidão administrativa, porque não existe um bem dominante. Ora, para que eu tenha a servidão administrativa, tenho que ter um bem dominante, como disse a Prof<sup>a</sup> Alice, e um bem serviente, e aqui eu não tenho isto, tenho um bem que é submetido a um regime de restrições de uso, gozo, disposição, mas não tenho nada neste sentido, salvo em relação aos prédios vizinhos; em relação aos prédios vizinhos, eu poderia dizer que o prédio tombado é o prédio dominante e os prédios vizinhos devem respeitar, em termos de vista, o regime do tombamento – aí sim seriam prédios, bens servientes. Mas quando tenho única e exclusivamente o bem tombado não posso pensar que eu tenha um outro bem que seja serviente ou um bem dominante. Embora seja assim, parece que prevalece a idéia de servidão porque se imagina que o bem dominante é o serviço público, ou seja, o Estado precisa prestar este serviço, precisa preservar os bens, então, o serviço passa a ter a função do prédio dominante e o bem tombado de prédio serviente; bem dominante não precisa ser necessariamente um outro imóvel, poderia ser um serviço público como é o caso. Nós aceitamos esta orientação e nos parece que isto é válido, parece que isto é procedente, embora respeitemos a opinião dos outros que dizem que não é servidão, que não é limitação, e que o tombamento tem caráter peculiar, próprio, é um instituto, portanto, que não se afeiçoa ao regime jurídico destas outras formas de intervenção. A natureza jurídica do ato de tombamento – não há dúvida – é de ato administrativo. A dúvida poderia surgir se é um ato administrativo discricionário ou vinculado. É evidente que nós poderíamos dizer que é sempre um ato administrativo vinculado, ainda que sobre um ou outro aspecto pudesse ser, como é todo e qualquer ato administrativo, discricionário; por exemplo, discricionário quanto ao momento de ser tombado o bem, mas quanto aos demais aspectos em termos de competência, finalidade etc., é sempre um ato administrativo vinculado. Se é um ato administrativo,

tem que observar todas as regras para ser editado, toda a disciplina, toda a principiologia que orienta a edição dos atos administrativos – nem se poderia imaginar de outra forma. Sobre que bens incide ou pode incidir o ato de tombamento ou o tombamento? Sobre bens móveis e imóveis, sobre bens públicos e privados. E sobre os bens imateriais também incide? Sim, também incide. No que se refere à classificação com a finalidade de tornar mais compreensível o instituto, os autores, com base naquele Decreto-Lei nº 25/37 que nós mencionamos, costumam dizer que o tombamento pode ser provisório ou definitivo. Quanto aos destinatários, dizem que pode ser individual e pode ser geral. Quando a Constituição Federal declarou de preservação permanente todas as áreas dos quilombos, fez um tombamento geral – é o caso de algumas cidades do Estado de Minas e mesmo na Bahia, no caso do Pelourinho, por exemplo. Fora daí, normalmente, o ato de tombamento é individual, incide sobre certo e determinado bem. Estabelecido o tombamento, há a inscrição do bem num livro próprio, o chamado “Livro do Tombo”, e de acordo com a natureza do bem tombado, a finalidade do bem tombado, este adquire um nome adequado: Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico, Paisagístico etc.; Livro do Tombo Histórico, e isto os senhores vão ver no art. 4º. Os efeitos do tombamento são a imodificabilidade do bem, ou seja, uma vez tombado, concluído o processo de tombamento, não há possibilidade da sua modificação, a sua estrutura deve ser respeitada. Outro é o limite quanto à alienabilidade; uma vez tombado, o proprietário só pode alienar depois de ter oferecido para a entidade que tombou o bem; quem o adquirir, adquire com o ônus decorrente do tombamento. Há também uma espécie de fiscalização por parte do Poder Público, isto é, uma vez tombado, impõe-se a fiscalização. Há restrições aos bens que estão na vizinhança, os imóveis vizinhos, pois estes não podem tirar a vista, a paisagem. Por isso eu não entendo aqui em São Paulo, na Praça do Patriarca, um enorme arco que não tem expressão e que impede a visão de uma igreja antiga tombada. Não dá para a gente entender; quem é daqui de São Paulo já se revoltou com aquilo que ali foi feito. Insuscetibilidade de desapropriação: o bem tombado não pode ser desapropriado, salvo de cima para baixo: a União pode desapropriar um bem que foi tombado pelo Município, mas esta desapropriação não retira

do bem, a nosso ver, a natureza de bem tombado, ou seja, a União desapropria, paga a indenização, mas deve manter o ato de tombamento, respeitar o ato de tombamento – isso não é pacífico. O tombamento transforma – mais um efeito – o bem particular em bem de interesse público que passa a integrar o patrimônio histórico, artístico etc. Existe aí uma série enorme de obrigações para o proprietário, obrigações para os vizinhos, obrigações para o Poder Público, e tudo isto leva ao problema da indenização. Deve o proprietário do bem ser indenizado? Pela doutrina e jurisprudência a regra é que não há qualquer obrigação de indenizar, o proprietário não tem direito a nenhuma indenização porque, a princípio, não perde o uso, o gozo e a disposição, pois continua tendo o direito de exercer estes aspectos do direito de propriedade, por isso não tem direito a uma indenização, salvo se por qualquer razão específica vier a ter um prejuízo maior do que aquilo que normalmente se estabelece. Aqui neste particular, e para encerrar, eu queria trazer para os senhores uma interpretação harmônica entre o tombamento e a transferência do direito de construir. Aquela propriedade em que o direito de construir era algo inerente já não existe mais no nosso ordenamento jurídico; antes nós tínhamos sempre um direito compacto, pois quem tinha propriedade tinha o direito de construir. Em alguns países da Europa, como na Itália, na França, essa idéia já desapareceu; nestes países o cidadão pode ter o terreno, mas não tem o direito de construir: o direito de construir é concedido pelo Poder Público. Aqui não se chegou a isso ainda; se eu tenho o terreno, o imóvel, eu tenho o direito de construir ainda que seja limitado por coeficiente de aproveitamento, recuos, taxa de ocupação. E mais: se o Poder Público por meio dessas limitações impedir o meu direito, ocorre aquilo que os senhores conhecem como desapropriação indireta; o imóvel é desapropriado na medida em que eu perdi a principal vantagem como proprietário, ou seja, construir. O Estatuto da Cidade criou um instituto novo, e por meio desse instituto dividiu a propriedade em duas partes, em dois elementos: a propriedade em si mesma e o direito de construir. Ou seja, em termos práticos posso vender o meu direito de construir; eu não construo, mas vendo para alguém, e este alguém vai pegar este direito de construir e vai usar no terreno dele; portanto, se naquele terreno ele podia construir, digamos, duas vezes a área, comprando o meu direi-

to de construir vai poder construir quatro vezes a área de edificação. Esta é a idéia do direito de construir separado do direito de propriedade e é exatamente com isto que a gente procura harmonizar o tombamento. Por quê? Porque o tombamento se revela de uma forma ou de outra injusto quando comparado aos demais proprietários. Vamos supor que eu tenha um terreno e lá exista uma construção; essa construção foi tombada, ou seja, eu não posso fazer nada no meu terreno enquanto o meu vizinho que tem um terreno absolutamente igual em termos de topografia, em termos de tamanho, pode construir cinco vezes a área. Então, o Estatuto da Cidade, criando esse novo instrumento, esse novo instituto – transferência do direito de construir –, permite que eu – que não posso construir porque o meu imóvel está tombado – transfira para o meu vizinho; essa transferência certamente é onerosa, e com isto eu vou ter minimizado o meu prejuízo porque eu vendi o meu direito de construir. Esta é a idéia que está por trás deste instituto e que ajuda a Administração Pública na medida em que a Administração não fica sendo “cutucada” a todo instante por ações judiciais movidas para pedir indenização em razão do tombamento. Este instituto da transferência do direito de construir, em termos de tombamento, me parece algo muito relevante. É claro que eu preciso ter Lei de Plano Diretor, lei específica, um instrumental jurídico para poder exercer todas estas atribuições que este instituto me outorga. É claro que se nós tivéssemos um pouco mais de tempo poderíamos falar de outros aspectos interessantes; digamos que depois de feita a transferência o meu prédio que estava tombado pega fogo. E agora? É claro que não podemos imaginar que aquela propriedade fique sem uma função social, mas eu já vendi o meu direito de construir, será que eu poderia construir? Se posso construir, quanto posso construir? Será que o Poder Público poderia desapropriar? E se ele fosse desapropriar esse terreno em que estava o prédio que pegou fogo, qual o valor da indenização? Leva em consideração aquele valor que eu recebi pela venda do direito de construir? Então, todos esses problemas poderiam ser discutidos e quem discute bem é uma juíza federal, por sinal minha filha, Audrey Gasparini, que tem um livro que saiu recentemente tratando do tombamento e do direito de construir. Com esse *merchandising* eu encerro aqui.

Muito obrigado.