



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Tombamento Como Forma de Desapropriação Indireta

Tamara Monique Justen Leite Silva

Rio de Janeiro
2012

TAMARA MONIQUE JUSTEN LEITE SILVA

Tombamento como Forma de Desapropriação Indireta

Artigo científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós Graduação.

Orientadores:

Prof. Guilherme Sandoval

Prof.^a Kátia Silva

Prof.^a Mônica Areal

Prof.^a Neli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2012

TOMBAMENTO COMO FORMA DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA

Tamara Monique Justen Leite Silva

Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis. Advogada.

Resumo: Uma das formas do Poder Público proteger o patrimônio cultural brasileiro é através do tombamento. No entanto, a Administração tem utilizado deste procedimento administrativo como forma de desapropriação indireta, esvaziando o conteúdo econômico do bem, tendo como consequência o reflexo negativo na sociedade em que vivemos. Este presente trabalho tem o condão de analisar o instituto de acordo com a sua natureza jurídica e o impacto social, buscando uma solução coadunada com a Constituição da República Federativa do Brasil.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Tombamento. Desapropriação Indireta. Reflexo social.

Sumário: Introdução; 1. Intervenção Estatal na Propriedade Privada, 2. Aspectos Históricos e Jurídicos do Tombamento; 2.1. Natureza Jurídica e Espécies de Tombamento. 2.2. Competência para a Instituição do Tombamento; 2.3. A Importância dos Bens Imóveis na Vida Social; 2.4. Dever de Indenizar; 2.5. Reflexo Social do Tombamento; 3. Solução para os Problemas Apresentados Referentes ao Tombamento. Conclusão, Referências.

INTRODUÇÃO

O direito à propriedade configura um dos direitos fundamentais tutelados pela Constituição da República em seu art. 216. Trata-se de direito relativo, uma vez que inexiste em no ordenamento direito de ordem absoluta. Com isso, é correto afirmar que a propriedade é um direito sim, mas o seu exercício não pode ser arbitrário. Deverá o proprietário, acima de tudo, prestigiar a função social da propriedade, sob pena de sofrer a intervenção estatal, que poderá ser de ordem restritiva, que apenas limita o uso e o gozo ou supressiva perfazendo nas desapropriações.

O tombamento configura hipótese de intervenção restritiva na propriedade, que no presente trabalho enfocará a propriedade privada. Com isso, quer dizer que a inscrição do imóvel no Livro Tombo ocorrerá se este imóvel representar para a sociedade patrimônio histórico-cultural. Após tombado deverá o proprietário seguir as determinações legais para a sua preservação e manutenção.

As consequências do tombamento são drásticas, razão pela qual o Poder Público deve atuar de forma incisiva, para que não se perca o patrimônio em questão. Em alguns casos há o esvaziamento econômico do bem e o aniquilamento do uso normal da propriedade. Nessas situações, a doutrina e a jurisprudência apontam a ocorrência do instituto da desapropriação indireta. A finalidade é tomar para preservar e não para prejudicar.

Com isso, conclui-se que o tombamento é necessário para a preservação desses patrimônios, mas deve ser feito de forma responsável para que não haja perda, nem para o proprietário, nem para a sociedade como todo.

1 INTERVENÇÃO ESTATAL NA PROPRIEDADE PRIVADA

O direito a propriedade é um dos direitos fundamentais erigidos no artigo 5º XXIII da Constituição da República Federativa do Brasil¹. Trata-se de direito protegido de forma relativa. O Estado está obrigado a intervir na propriedade privada, a fim de que dê a mesma a função social que se requer.

¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXIII - a propriedade atenderá a sua função social.

A intervenção, por sua vez, pode ser realizada de duas formas: restritivas e supressivas. Na intervenção restritiva há apenas a limitação do uso e do gozo; como ocorre nas servidões administrativas, ocupações temporárias, tombamento e requisição administrativa. A intervenção supressiva já consiste na perda total da propriedade, por ela não ter atingido a sua função social. Esta modalidade de intervenção se corporifica através do instituto da desapropriação, que poderá ser direta ou indireta.

O instituto da desapropriação pode ser conceituado como procedimento de Direito Público pelo qual o Poder Público transfere para si a propriedade de terceiro, por razões de utilidade pública ou de interesse social normalmente mediante o pagamento de indenização.

A desapropriação direta poderá ser feita através da desapropriação ordinária, extraordinária e confisco. O fundamento de todas consiste no domínio eminente do Estado, supremacia do interesse público sobre o privado e função social da propriedade.

A desapropriação indireta, diferentemente da desapropriação direta, não consiste em um ato, mas sim em um fato administrativo em que o Poder Público se apropria do bem particular sem observar o decreto expropriatório e a justa e prévia indenização. Ele age de forma *manu militari*, por isso é correto afirmar que nessa situação há verdadeiro esbulho possessório, com respaldo legal no artigo 35 do DL 3.365/41², praticado pela Administração Pública.

Conforme visto anteriormente o tombamento se insere em uma das modalidades de intervenção restritiva na propriedade privada, já que há a limitação do uso e do gozo. Entretanto, poderá configurar verdadeira desapropriação indireta se houver esvaziamento do conteúdo econômico ou o aniquilamento do uso normal do bem. Nesses casos, deverá o Poder

² Art. 35. Os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos.

Público realizar a desapropriação direta com fundamento na utilidade pública. Deverá indenizar ao proprietário de forma justa, para que ele não tenha aumentado o seu prejuízo.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS E JURÍDICOS DO TOMBAMENTO

A preocupação pela preservação do patrimônio histórico e artístico cultural não é um tema novo. Desde a década de 30 já havia essa mentalidade de preservar a história e tudo aquilo que integra a cultura da sociedade. Não se trata apenas de história, mas de uma consciência ativa na preservação da cultura de uma sociedade e de uma época.

Foi nesse contexto que em 1936 o Ministro Gustavo Capanema tomou duas atitudes: solicitou a Mario de Andrade a elaboração de um anteprojeto de lei que atendesse a essas peculiaridades e confiou a Rodrigo Melo Franco de Andrade a função de implantar o Serviço do Patrimônio.

Em 13 de janeiro de 1937 através da Lei 378 no Governo de Getúlio Vargas, criou-se o IPHAN, Instituto de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que possui natureza jurídica de autarquia com a função de preservar o patrimônio cultural brasileiro.

Por conseguinte, em 30 de novembro de 1937, criou-se o Decreto-lei 25 que é até os dias atuais é considerado como a base legal do tombamento, possuindo embasamento constitucional no §1º do art. 216.

No que concerne aos aspectos jurídicos, Segundo Carvalho Filho³, tombamento é modalidade de intervenção restritiva na propriedade privada, eis que tem como o propósito a

³ CARVALHO FILHO, José Antônio. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 701

proteção do patrimônio cultural brasileiro. É o que se extrai da leitura do art. 1º do Decreto Lei 25/37:

Art. 1º Constitue o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

Diante desta afirmação legal, é possível perceber que há necessidade de se tomar o imóvel que traz consigo o valor do patrimônio histórico e artístico nacional, eis que constitui a riqueza de uma sociedade e quiçá da humanidade.

A propriedade possui três atributos ou poderes, são eles: poder de usar, fruir e dispor. Como o próprio nome nos ensina a intervenção restritiva restringe um desses poderes. Dessa forma, o proprietário continuará sendo proprietário, porém deverá observar algumas nuances estabelecida por essa intervenção estatal, ou seja: o particular deverá observar as regras estabelecidas pela lei do Tombamento antes de tomar qualquer tipo de atitude em relação ao bem. Exemplificando: não poderá pintar de cor diversa, mudar a estrutura ou fazer reformas que alterem a natureza do imóvel. Qualquer tipo de reforma, seja ela a mais simples que for, deverá ser precedido de autorização da Administração, a qual se dará através de processo burocrático, conforme dispõe o art. 17 do DL 25/37.

Cumprindo aduzir que tanto os bens privados como os bens públicos⁴, podem ser tombados. Entretanto o presente trabalho enfocará o tombamento de propriedade privada, pois é nesta modalidade que há maior número de intervenções.

2.1. NATUREZA JURÍDICA E ESPÉCIES DE TOMBAMENTO

⁴ Muito embora a desapropriação de bens públicos não seja muito comum, existe a previsão legal no art. 5º do DL 25/37, que dispõe que se o bem público em questão for de interesse para o tombamento, este se fará de ofício; diferentemente do tombamento pertencente particular, o qual será feito de forma voluntária ou compulsória.

A natureza jurídica do tombamento não é matéria pacífica dentro do estudo do Direito Administrativo. Existem três correntes diferentes defendidas por grandes doutrinadores, os quais são citadas abaixo:

A primeira corrente, defendida pelo Professor Themistocles Cavalcanti, entende que a natureza jurídica do tombamento é de limitação administrativa⁵. O Professor Hely Lopes Meirelles⁶ nos ensina que este instituto também é uma espécie de intervenção do Estado de ordem restritiva, respaldado pelo exercício do Poder de Polícia da Administração Pública.

Sua primordial característica resulta no fato de ser genérica e abstrata, ou seja: não incide sobre um determinado bem em específico, mas alcança a todos os particulares que estiverem enquadrados na mesma situação de fato e de direito. A exceção a essa regra é a hipótese de leis de efeitos concretos, em que haverá a determinação da limitação administrativa para um particular em específico. A análise deverá ser casuística para que essa lei não tenha conteúdo discriminatório, tornando a limitação ilegal.

A crítica que se faz a essa corrente redundante no sentido de que o tombamento, conforme visto é ato administrativo pautada na reserva da administração, logo não pode ser instituído pelo Poder Legislativo, eis que se assim fosse não seria possível defesa pelo particular. Ademais, a limitação administrativa é genérica, ou seja: é direcionada a uma coletividade de pessoas que se encontrem na mesma situação fática; já o tombamento deve ser instituto sobre determinado bem que atende aos anseios da lei no sentido de se preservar o patrimônio histórico-cultural. Logo, a conclusão que se chega é que essa corrente não é a mais acertada.

⁵ CAVALCANTI, Themistocles. *Curso de direito administrativo*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p.149.

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.539.

A segunda corrente, defendida pelo Professor Celso Antônio Bandeira de Mello entende que o tombamento possui natureza jurídica de servidão administrativa⁷.

A Servidão Administrativa é uma forma de intervenção do Estado na propriedade privada de caráter restritivo, fundamentado pelo uso do Poder de Polícia. Possui previsão no art. 40 do DL 3365⁸.

A servidão administrativa muito se assemelha com a servidão do Direito Privado. Ambas possuem a mesma natureza jurídica que é de direito real sobre a coisa alheia. Logo, é correto dizer que é um direito perpétuo de forma relativa; ou seja: A servidão existirá enquanto houver o interesse público a ser satisfeito. Vale lembrar, que é nesse momento que encontramos a diferença entre ambas as servidões: Servidão administrativa alcança interesse público enquanto a Servidão do Direito Civil, alcança interesse privado.

Por sua vez, a servidão possui natureza jurídica de direito real público. Sua principal característica é a incidência específica sobre determinado bem, o que a diferencia da limitação administrativa em que a incidência é genérica e abstrata.

A servidão possui as seguintes características: a) não há indenização, eis que o gravame sobre o bem muito pequeno; b) perpetuidade, já que enquanto houver interesse público perdurará a servidão.

A forma de instituição poderá ser feita através de acordo entre as partes, em que se expedirá ato declaratório que será lavrado no RGI. Não havendo acordo entre o Poder Público e o particular, será intentada uma ação judicial. Ocorrendo a procedência do pedido a sentença deverá ser averbada junto ao RGI para efeitos de publicidade. No que tange a sua instituição por lei há duas correntes a saber: a primeira corrente, capitaneada pela Professora Maria

⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.774.

⁸ Art. 40. O expropriante poderá constituir servidões, mediante indenização na forma desta lei.

Sylvia Zanela de Pietro, entende que poderá se instituir servidão por lei nas hipótese de terrenos marginais e de rios navegáveis⁹. A segunda corrente, defendida pelo Professor José Santos Carvalho Filho¹⁰, entende que a lei por si só não teria o condão de instituir uma servidão. Para o autor, a lei existe para disciplinar questões com generalidade, pois servidão pressupõe gravame individualizado.

Na servidão existem a coisa serviente, (que é aquela coisa que sofre o gravame), e a coisa dominante, (que consiste no bem ou serviço público que se beneficia da servidão).

Para o Professor Adilson de Abreu Dallari¹¹, o tombamento possui natureza jurídica de servidão administrativa, uma vez que em prol da coletividade o Poder Público restringe os poderes da propriedade, de forma a preservar o valor histórico-cultural impresso naquele patrimônio.

Diante do exposto também é possível criticar essa corrente no sentido de que: muito embora a servidão administrativa se assemelha ao tombamento no sentido de ser uma forma de intervenção restritiva do Estado na propriedade privada onde recai sobre determinado em específico diante do interesse público estatal, não poder ser considerada como natureza jurídica do tombamento uma vez que neste instituto não há a relação de coisa serviente e coisa dominante. Ademais, conforme visto, o tombamento não pode ser instituído por lei, enquanto a servidão, em determinadas hipóteses seria possível.

A terceira corrente defendida pelo professor José Santos Carvalho Filho é mais coerente. Entende o mestre que a natureza jurídica do tombamento é de simplesmente de tombamento. Não há que se falar em limitação ou servidão administrativa, pois esses

⁹ DI PIETRO *apud* CARVALHO FILHO, José Antônio, *ibidem*, p.710.

¹⁰ CARVALHO FILHO, *op. cit.*,p.660.

¹¹ DALLARI, Adilson Abreu. *Tombamento.v.2*,São Paulo: RT, 1991, p.13.

institutos se assemelham, mas não podem, em razão de suas similitudes servirem de natureza jurídica do instituto.¹²

No que tange as espécies, o tombamento poderá ser feito tanto da forma voluntária como compulsória¹³, de forma provisória ou definitiva¹⁴.

Os professores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo¹⁵, esclarecem que ocorrerá o tombamento voluntário quando o proprietário requerer ou aceitar a proposta de tombamento do Poder Público. A contrário *sensu*, o tombamento será compulsório quando a Administração Pública imprimir a sua vontade sobre a vontade do particular, tombando o imóvel mesmo diante do inconformismo do proprietário. Cumpre salientar, que é esta modalidade que mais ocorre no cotidiano.

Continuando o estudo das espécies, o tombamento será provisório quando ainda estiver em tramite o processo administrativo que visa tomar o referido bem; e será definitivo quando o processo administrativo já estiver se encerrado¹⁶.

2.2. COMPETÊNCIA PARA A INSTITUIÇÃO DO TOMBAMENTO

A competência para legislar sobre o assunto é concorrente da União, Estados, Distrito Federal, na forma do art. 24 VII da CRFB¹⁷. Entretanto, o art. 30 IX da Constituição¹⁸ permite

¹² CARVALHO FILHO, op. cit., p.682.

¹³ Na forma dos arts. 6º, 7º e 8º do DL 25/37.

¹⁴ Na forma do art. 19 do DL 25/37.

¹⁵ ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 16.ed. Rio de Janeiro: Método, 2008, p.713.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;”

¹⁸ “Art. 30. Compete aos Municípios: IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.”

que os Municípios realizem a proteção do patrimônio histórico cultural local, desde que observe a legislação e fiscalização federal e estadual. De forma minoritária a Professora Di Pietro entende que os municípios não podem legislar sobre o assunto em razão de ausência de autorização constitucional.¹⁹ Verifica-se que há controvérsia sobre quem pode legislar sobre o assunto, mas não há dúvidas de que todos os entes federativos podem instituí-lo.

O tombamento é ato do Poder Executivo, eis que se trata-se de matéria de reserva de administração. Logo, a conclusão lógica que se chega é que não é possível a sua instituição através de lei, pois se assim fosse não seria possível defesa pelo particular.

Na Representação de Inconstitucionalidade 1312²⁰ houve a instituição do tombamento por lei. Dizia o seguinte: “*EMENTA: - Representação de Inconstitucionalidade. Prejudicial. Promulgada a nova Constituição, não cabe proclamar a inviabilidade de norma diante do texto constitucional revogado. Fato novo. Rp prejudicada*”.

Neste julgamento, a maioria dos Ministros entendeu haver reserva de administração, razão pela qual inviável a atuação do Poder Legislativo nessa matéria. Entretanto, enquanto o julgamento estava tramitando, a Constituição de 88 foi promulgada. Como não era viável ADI de lei anterior a CRFB, essa RI restou prejudicada. Porém, posteriormente, no Informativo 501, o STF se manifestou no sentido de não ser possível o tombamento por lei, matéria hoje pacificada.

Nesse sentido, cita-se trecho da ADI 1706/DF de 09/04/2008, em que foi relator o Ministro Eros Grau, que foi matéria veiculada no informativo 501 do STF²¹:

ADI e Administração de Quadras Residenciais

¹⁹ ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente, op.cit.,p.715

²⁰ STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281312%2ENUME%2E+OU+1312%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>> Acesso em 10 de mar. de 2012.

²¹ STF. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo501.htm#ADI> e Administração de Quadras Residenciais> Acesso em 10 de mar. de 2012.

... Frisou-se, ainda, que o tombamento é constituído por ato do Poder Executivo que, observada a legislação pertinente, estabelece o alcance da limitação ao direito de propriedade, ato emanado do Poder Legislativo não podendo alterar essas restrições. Dessa forma, afirmou-se que o ato do Poder Legislativo que efetiva o tombamento e, de igual modo, o que pretende alterar as condições de tombamento regularmente instituído pelo Poder Executivo, é inconstitucional, por agredir o princípio da harmonia entre os Poderes.

Dessa forma, conclui-se que o tombamento é ato resultante da vontade expressa do Poder Público, dentro de sua discricionariedade regrada, sendo insuscetível de instituição do Poder Legislativo.

2.3. A IMPORTÂNCIA DOS BENS IMÓVEIS NA VIDA SOCIAL

Atualmente, vive-se uma era de grande especulação imobiliária. Dentre os diversos significados, ter imóveis significa ter patrimônio para ser ofertado como garantia real em diversos negócios jurídicos. Significa dizer, de forma popular: “que há dinheiro em caixa”. No entanto, quando um imóvel é tombado, existe uma perda patrimonial considerável em razão da própria restrição que é estabelecida. Após o registro do tombamento no Ofício de Registro de Imóveis respectivo, surgem os seguintes efeitos²²: a) Proíbe-se que o titular do direito real de uso ou proprietário, destrua ou mutile o bem tombado; b) Somente após autorização do Poder Público, que o proprietário ou titular do direito real de uso poderá pintar, reformar ou realizar qualquer obra no bem objeto do tombamento; c) Caberá ao proprietário ou titular do direito real de uso conservar às suas expensas bem de acordo com as características culturais. Caso não tenha recursos, deverá informar ao Poder Público que tombou, para que o conserve as suas custas; d) Permite-se que o Poder Público inicie obras no bem sem prévio conhecimento e autorização do proprietário ou do titular do direito real de

²² ALEXANDRINO, & PAULO, Op.cit.,p.715

uso; e) Tem o Poder Público o direito de preferência nas hipóteses de alienação do bem; f) Permite-se que o bem tombado seja objeto de penhor, anticrese ou hipoteca; g) Inexiste a obrigatoriedade de indenizar ao proprietário nas hipóteses de tombamento.

O Poder Público possui o dever de tomba os imóveis que se enquadram dentro dos requisitos legais exigidos. Também possui o dever de prestar pleno auxílio ao particular para a preservação e manutenção destes imóveis. No entanto, o que se verifica na maioria dos casos é o pleno descaso com o particular neste dever que é imposto por lei. A consequência desta realidade é lamentável, pois o proprietário já teve a diminuição do valor patrimonial de seu imóvel. Como na maioria das vezes não há auxílio do Poder Público, seja de ordem financeira ou seja de ordem instrucional, nos deparamos com diversos imóveis abandonados, servindo de “palco” para práticas de crimes. O abandono também faz com que tais imóveis fiquem em situações precárias de segurança, vindo a sofrer desabamentos como o incidente que ocorreu em 17 de julho de 2010 em Salvador, em que se tiveram quatro mortos e dois feridos²³. Nesta hipótese, verifica-se verdadeira situação de desapropriação indireta do imóvel, pois houve o tombamento do casarão, este se desvalorizou, o proprietário não procedeu às manutenções necessárias, (por motivos que não foram divulgados na mídia), levando por consequência o abandono do imóvel. Não há dúvidas que na hipótese em voga houve verdadeira desapropriação indireta, já que o proprietário deixou de usar normalmente o bem.

A triste conclusão que se chega-se é que não é somente o proprietário do imóvel tombado que perde com a aplicação abusiva do instituto, mas toda sociedade. No entanto, sempre há uma saída: como a criação de procedimentos menos burocratizadores e oferecimento de maior atenção a tais bem em prol da preservação da história-cultura e da sociedade.

²³ Endereço eletrônico: <http://www.defender.org.br/bahia-iphan-vai-escorar-casaroes-historicos-em-salvador/>. Acesso em 10 de mar. de 2012.

Segundo o art. 19 da Lei de Tombamento, se o particular não tiver recursos para proceder às obras de conservação do imóvel tombado, deverá comunicar ao Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional a situação, sob pena de ser multado em 10% sobre o valor do dano. Diante desta comunicação o diretor do órgão mandará executar as suas expensas as obras necessárias ou tomar as providências para que se efetue a desapropriação. No entanto, a execução de obras pelo Poder Tombante é tão utópico, que a sociedade ainda não tomou conhecimento de tal situação. Logo, a realidade é clara: prédios tombados sofrem desvalorização econômica de mercado. A manutenção para conservar as suas características originais demandam alto custos financeiros, que em muitas das vezes não são observadas em razão de ausência de recurso. O procedimento legal manda que o Poder Público atue nessas faltas. No entanto, não há notícia desse fato. Sendo assim, esses imóveis são abandonados à própria sorte, sofrendo diariamente a atuação do tempo, até se findarem por completo.

A grande crítica que se deve fazer nesse momento é justamente o atingimento das finalidades do tombamento e da função social da propriedade. Se a finalidade é justamente de preservar não se pode deixar que esses imóveis que carregam em sua “alma” o valor histórico e cultural de uma época seja perdido por simples descaso do poder público. Se a lei manda preservar assim deve ser feito. A lei é genérica e abstrata, logo é imperativa a todos, e não somente a uma parcela da sociedade, por isso vivemos em um Estado Democrático de Direito. Tanto o Poder Público como o particular se subsumi a ela, isto é: Se a lei manda o particular preservar e diante dessa impossibilidade deve a Administração fazê-lo, não poderá se imiscuir da obrigação sobre a alegação de falta de recurso. O que na verdade é verdadeira falta de atenção com assuntos tão sérios. Há patente descaso. A história de uma sociedade deve ser preservada para o futuro da mesma, eis que é conhecendo o nosso passado que podemos fazer um futuro melhor e diferente.

Deveria haver no orçamento anual do ente federativo uma rubrica específica para gastos com essa preservação, para que possamos superar essa realidade social. Até que isso ocorra, viveremos essa realidade: imóveis tombados, perda da sua situação econômica, abandono e ruínas.

2.4. DEVER DE INDENIZAR

A questão modal nesse ponto é a seguinte: O Poder Público deve indenizar os proprietários que tiveram seus imóveis tombados? A resposta dependerá da natureza jurídica que se adotar. Se entendermos que se trata de uma limitação administrativa, não há que se falar em direito indenizatório, uma vez que o gravame é tão ínfimo que não leva o proprietário ao prejuízo. Entretanto, se defendermos que se trata de servidão administrativa deverá haver a indenização sempre que houver uma depreciação econômica do bem ou lhe subtrair a sua real utilidade. Adotando o entendimento de que a natureza jurídica do tombamento é de tombamento, não haveria que falar em direito indenizatório, uma vez que o gravame vem no sentido de preservar o bem. Todavia, a crítica que se faz é que o proprietário do imóvel tombado sofre graves limitações na ingerência de seus atributos, eis que segundo o art. 17 do DL 25 não se poderá fazer qualquer tipo de alteração ou até mesmo obras de manutenção sem a devida autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, sob pena de multa.

Dessa forma, chega-se ao cerne da questão: O tombamento grava de forma muito onerosa o patrimônio, logo há patente esvaziamento do conteúdo econômico do bem o que autoriza a indenização em razão de ter ocorrido verdadeira desapropriação indireta.

Resumindo: o tombamento não pode retirar o conteúdo econômico do bem. Nesse sentido informativos 241 do STJ transcrito abaixo²⁴

DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. ALIENAÇÃO. BEM EXPROPRIADO. Cuidado de ação de indenização (desapropriação indireta) ajuizada contra a Fazenda do Estado de São Paulo pelos proprietários de imóveis parcialmente atingidos por tombamento. A sentença julgou procedente a ação, porém o Tribunal a quo reformou-a em sua totalidade, ao argumento de que, no curso da ação, foi vendido o bem a terceiro, que passou a ser o novo titular do domínio. Aquele Tribunal afirmou que o autor, deixando de ser proprietário, perdeu o direito de reivindicar o respectivo preço do Poder Público, em razão de já ter recebido do adquirente. Neste Superior Tribunal, o Min. Relator, ao aplicar o art. 42 do CPC ao caso, afirmou que há estabilidade subjetiva da relação processual, apenas se admitindo a alteração das partes com a concordância da parte contrária na sucessão no processo. Não ocorrendo anuência, permanece inalterada a relação processual subjetiva, prosseguindo a lide entre as partes originárias. Assim, a Turma deu provimento ao recurso para cassar o acórdão recorrido, determinou o retorno dos autos à instância a quo a fim de que seja feita a análise do mérito da ação, tornou sem efeito a sanção pecuniária aplicada pela litigância de má-fé e declarou prejudicados os demais recursos. Precedentes citados: REsp 152.978-SP, DJ 29/3/1999, e REsp 253.635-RJ, DJ 5/3/2001. REsp 276.794-SP, Rel. Min. Peçanha Martins, julgado em 5/4/2005.

Mesmo entendimento no informativo 66 do Superior Tribunal de Justiça:

DESAPROPRIAÇÃO. TOMBAMENTO. A Turma confirmou o interesse processual do proprietário para ingressar com ação de desapropriação indireta em razão do ato do tombamento de imóvel na Avenida Paulista, em São Paulo, gravado com cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade, impenhorabilidade, usufruto e fideicomisso. Esses gravames existentes sobre o imóvel não podem ser solucionados na expropriatória e, como não desapareceram com o ato de tombamento, permanecem enquanto não forem afastados em ação própria. Reconhecido o direito de indenização por esvaziamento econômico do imóvel, ocorrendo o pagamento, por força do art. 31 do DL n.º 3.365/41, deve o valor ficar depositado em conta judicial até a solução da lide sobre a extensão dos gravames. REsp 220.983-SP, Rel. Min. José Delgado, julgado em 15/8/2000.

Nesse sentido, cita-se o REsp 439.192, onde o STJ entendeu que em razão de esvaziamento do conteúdo econômico, deve-se indenizar:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. DESAPROPRIAÇÃO. CRIAÇÃO DE LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM E JUSTA INDENIZAÇÃO. SÚMULA N.º 07/STJ. PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA. SÚMULA 119/STJ. DESAPROPRIAÇÃO

²⁴ Endereço eletrônico:

<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/toc.jsp?livre=tombamento+e+desapropria%E7%E3o+e+indireta&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO> acesso em 10 de mar. de 2012.

INDIRETA. CRIAÇÃO DE ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL. DIREITO À INDENIZAÇÃO. ESVAZIAMENTO ECONÔMICO DO DIREITO À PROPRIEDADE. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. LEI ESTADUAL N.º 5.598, DE 06.02.1987. JUROS COMPENSATÓRIOS E MORATÓRIOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

Em razão de amor à didática, é necessário salientar que quando o Poder Público entende que determinada região ou parte dela possui grande valor histórico cultural é necessário que se tombe. Nessa situação, como não há esvaziamento econômico, não há que se falar em dever de indenizar. Trata-se de situação ocorrida em Minas Gerais nas cidades de Diamantina e Ouro Preto, Olinda em Pernambuco, Parati no Rio de Janeiro e São Luiz do Paraitinga em São Paulo. Como o presente trabalho enfoca a desapropriação indireta do bem do particular, esse ponto não será aprofundado; mas é válida a ressalva²⁵.

2.5. REFLEXO SOCIAL DO TOMBAMENTO

O reflexo social do tombamento pode ser analisado sobre o enfoque do abandono do imóvel e da sua desvalorização.

Conforme aduzido anteriormente, o respectivo gravame faz com que haja uma brutal desvalorização econômica justamente em razão das várias limitações legais que são impostas ao proprietário. Muita das vezes a impossibilidade de se atender a tais obrigações faz com que os imóveis sejam abandonados com o fito de chegarem a ruína, eis que se existir imóvel tombado não há que se falar em tombamento, pois houve a perda do objeto. Sendo assim, poderá o proprietário construir novo prédio sem a instituição do tombamento.

Certo é que a lei manda o Poder Público aplicar sanções e até mesmo atuar diante das omissões do proprietário quando estiver diante desta realidade. A finalidade é a preservação

²⁵ BANDEIRA DE MELLO. op.cit.,p.790

desse patrimônio. Todavia essa é uma realidade utópica. O que na verdade há é o verdadeiro abandono por parte do proprietário como do Poder Público. Com o passar do tempo, esses imóveis chegam a ruína, servindo de palco para a prática de vários crimes, como por exemplo: estupros, roubos e tráfico de drogas. A sociedade é prejudicada sobre diversos enfoques.

No que concerne a desvalorização, essa não somente se restringe ao imóvel tombado que posteriormente foi abandonado. Mas aplica-se a toda uma região, ou seja: Se há um imóvel abandonado e em ruínas em razão de um tombamento mau feito e administrado, os imóveis vizinhos também sofreram esses efeitos; ou seja: também sofreram a desvalorização. Por isso o assunto merece muita atenção do Poder Público.

O reflexo social do tombamento não somente atinge a desvalorização do imóvel, mas atinge a outras ramificações como segurança e saúde pública.

No que concerne o assunto saúde pública, os imóveis abandonados servem de moradia para aquelas famílias que não possuem outro lugar para morar. Vivem em estado precário, não tendo em algumas vezes sequer local apropriado para fazer as suas necessidades fisiológicas. A consequência disto é a proliferação de várias doenças como de várias pragas. Verifica-se mais uma omissão do Poder Público, em que deveria atuar no sentido de retirar essas famílias e aloca-las em local apropriados e reinseri-las de forma produtiva na sociedade. Mas esse enfoque não é objeto desse presente trabalho. A situação modal é: O tombamento mal feito é danoso para a sociedade em vários aspectos, razão pela qual deve se ter um atuar mais positivo no sentido de atingir as finalidades legais do instituto.

3. SOLUÇÃO PARA OS PROBLEMAS APRESENTADOS REFERENTES AO TOMBAMENTO

A solução para o caso não cinge-se na criação de uma nova lei. Tem-se uma lei que é muito boa se fosse de fato cumprida. Sendo assim, a solução é simples: obedecer aos ditames da lei, para que se tenha maior efetividade e atuação do Poder Público estatal no sentido de se preservar esses patrimônios histórico e artístico da sociedade.

Conforme visto anteriormente, o tombamento é forma de intervenção restritiva na propriedade privada, uma vez que a limitação dos poderes inerentes ao proprietário. Trata-se de intervenção obrigatória, onde o Poder Público sobre o manto da função social da propriedade restringe e muitas das vezes suprime o proprietário de seu bem, por isso o tombamento é considerado como verdadeira forma de desapropriação indireta. Surge então a seguinte questão: Seria diferente o instituto ao invés de perda o proprietário tivesse um ganho? Como por exemplo incentivos tributários seja na esfera patrimonial ou pessoal.

Deveria haver incentivo no sentido inverso do que temos hoje, ou seja: Ao invés do Poder Público instituir deveria o particular voluntariamente procurar tomar o seu imóvel. Neste caso, em razão de alguns benefícios concedido a ele, haveria o interesse de preservar o patrimônio histórico e cultural. Caso não houvesse a preservação seria imposto graves sanções e até mesmo a perda do bem para o Poder Público, sob a alegação de não atingimento da função social da propriedade e do instituto do tombamento.

Dentro do contexto atual, deveria haver uma participação maior da Administração no sentido de fiscalizar para averiguar se a omissão na preservação é dolosa ou não. Se for caberia a aplicação da multa prevista em lei. Caso a omissão não fosse dolosa, deveria o ente instituidor cumprir com a sua obrigação legal de preservar o bem as suas custas; afinal foi ele o instituidor do tombamento. Entretanto, tudo depende de uma mudança de paradigma que vivemos atualmente.

CONCLUSÃO

Muito embora a Constituição da República preveja no seu artigo 216 §1º que cabe ao Poder Público em colaboração com a sociedade a proteção do patrimônio histórico e cultural brasileiro, o qual poderá ser feito através de vários procedimentos, o ponto que se destaca é o tombamento, ou seja: este instituto é o mais utilizado.

O tombamento é necessário para que a história e cultura de uma sociedade em determina época não se percam com o passar dos anos. Os cidadãos do futuro tem que tomar conhecimento dos fatos históricos não apenas em fotografias de livros ou através de site da internet...é necessário vivenciá-los. É necessária a sua preservação material...é necessário tocar para sentir a história. Por isso, desde da década de 30 houve a preocupação de preservar esses padrões para a sociedade futura, que para aquela época somos nós, e para o futuro nossos filhos, netos, bisnetos...

Entretanto, essa instituição não poder feita sem qualquer cuidado, sob pena da sociedade sofrer efeito colateral de grande monta, como prédios em ruínas servindo de local para a prática de atos infracionais ou até mesmo grandes tragédias como desmoronamento causando morte de várias pessoas.

O Poder Público deve tomar sim, mas deve também fiscalizar e prestar o auxílio que a lei manda ao proprietário em prol do bem estar da sociedade em geral. Deve o poder público tomar com responsabilidade de modo que não retire o conteúdo econômico do imóvel de modo que não ocorra a desapropriação indireta. Caso ocorra esse esvaziamento econômico do bem, faz-se necessário que seja realizado o procedimento ordinário de desapropriação indenizando na forma da lei. Caso contrário haverá patente abuso de direito no ato de tomar.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 16.ed. Rio de Janeiro: Método, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CARVALHO FILHO, José Antônio. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

CAVALCANTI, Themistocles, *Curso de direito administrativo*, 1.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

DALLARI, Adilson Abreu. *Tombamento*. v.2, São Paulo: RT, 1991.

MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____.Jurisprudência STF. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281312%2ENUME%2E+OU+1312%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>> Acesso em 10 de março de 2012.

_____.Jurisprudência STF. Disponível em <
<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo501.htm#ADI> e
 Administração de Quadras Residenciais> Acesso em 10 de março de 2012.

_____.Endereço eletrônico: <http://www.defender.org.br/bahia-iphan-vai-escorar-casaroeshistoricos-em-salvador/>.

_____.Jurisprudência STJ. Endereço eletrônico:
<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/toc.jsp?livre=tombamento+e+desapropria%E7%E3o+e+i ndireta&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>