



Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Tombamento: ônus excessivo suportado pelo particular e a possibilidade de indenização por desapropriação indireta

Deborah Mattos Azevedo Machado

Rio de Janeiro
2012

DEBORAH MATTOS AZEVEDO MACHADO

Tombamento: ônus excessivo suportado pelo particular e a possibilidade indenização por desapropriação indireta

Projeto de Pesquisa apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

TOMBAMENTO: ÔNUS EXCESSIVO SUPORTADO PELO PARTICULAR E A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA

Deborah Mattos Azevedo Machado

Graduada pela Universidade
Estácio de Sá. Advogada.

Resumo: As intervenções do Estado na propriedade privada se apresentam de formas complexas e, por isso, intrigantes. Com o passar do tempo, e com as mudanças na estrutura da sociedade, houve uma relativização da predominância do interesse coletivo sobre o individual. Cada vez mais se percebe que há limites para que o Estado intervenha na propriedade privada do indivíduo, principalmente no que tange ao tombamento, em virtude do ônus suportado pelo proprietário, que muitas vezes se torna excessivo. A essência do trabalho é abordar esses limites, verificar a relevância e a necessidade do tombamento e apontar qual a melhor forma de proceder ao tombamento sem onerar excessivamente o proprietário.

Palavras-chave: Intervenção do Estado na propriedade privada. Tombamento. Onerosidade excessiva. Cooperação. Indenização.

Sumário: Introdução. 1. Direito à cultura como direito fundamental. 2. Os responsáveis pela proteção do patrimônio cultural brasileiro. 3. Decreto-Lei n. 25/1937 e a nova ordem constitucional. 4. Da necessidade de indenização. 5. Distribuição de ônus. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema do Tombamento e as questões acerca da prevalência do interesse público sobre o privado e o ônus suportado pelo proprietário do bem tombado. Um dos objetivos do presente estudo é identificar as formas de constituição do tombamento, ônus gerado para o proprietário e determinar qual a melhor solução quando

acarreta em um ônus excessivo.

Primeiramente, cabe esclarecer que o tombamento é uma espécie de limitação administrativa, que constituem objeto do direito público, pois é da Administração Pública a incumbência de exercer a atividade de restrição ao domínio privado em prol do interesse público. Essas restrições se dão por meio do poder de polícia, que é fundado na supremacia do interesse público sobre o particular.

O interesse público, na maioria das vezes, se dá por motivos de segurança, salubridade, estética, defesa nacional ou, ainda, qualquer outro motivo que o interesse da coletividade venha a se sobrepor ao dos particulares.

Dessa forma, fica evidente que a intervenção do Estado na propriedade privada revela um poder jurídico do Estado, baseado na sua soberania. Um verdadeiro poder de império, devendo a ele os particulares sujeitar-se. O que é chamado pela doutrina, em relação ao tombamento, de poder de polícia.

Sendo a limitação intrínseca à propriedade ou constituindo o próprio contorno do direito, as limitações não ensejam direito à indenização, salvo quando o proprietário é privado de alguns ou de todos os poderes inerentes ao domínio.

Assim, as limitações administrativas são medidas de caráter geral, previstas em lei com fundamento no poder de polícia do Estado, gerando para os proprietários obrigações positivas ou negativas, com o fim de condicionar o exercício do direito de propriedade ao bem-estar social.

Possuindo suporte constitucional, ao garantir o direito de propriedade e ao mesmo tempo exigir o atendimento a função social, que não sendo atendida poderá o estado intervir para que se atenda à exigência constitucional.

A Carta Magna em seu art. 182, §2º disciplina que a função social da propriedade estará sendo cumprida ao atender as exigências fundamentais expressas constantes no plano diretor da cidade em que se encontra.

Essas limitações não são absolutas, nem arbitrárias, pois encontram seus limites nos direitos individuais assegurados pela Constituição e devem ser expressas na forma da lei. Sendo legítimas quando representarem medidas razoáveis de condicionamento do uso da propriedade, em benefício do bem-estar social e não impedindo a utilização da coisa segundo sua destinação natural.

Como forma de intervenção da propriedade, o tombamento tem por fundamento a necessidade de adequar o domínio privado às necessidades de interesse público, que no caso é o patrimônio histórico-cultural.

O Patrimônio cultural é o aspecto histórico de um país, que faz parte da própria cultura de um povo, além de ser uma forma de identificação de vários fenômenos sociais, políticos e econômicos existentes.

E o tombamento se mostrou o melhor meio, o mais eficaz, na preservação e conservação desse patrimônio cultural.

Com uma breve explanação sobre a intervenção do Estado na propriedade privadas e o fundamento do tombamento como sendo meio de intervenção, passamos agora ao estudo do direito à cultura como sendo um direito fundamental.

1. DIREITO À CULTURA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O Tombamento tem como fundamento a preservação do patrimônio cultural brasileiro. Por essa razão, é importante entender porque a cultura e o acesso a ela são considerados um direito fundamental.

Cultura é uma necessidade básica de cada brasileiro, é tão importante quanto a alimentação, a saúde, a moradia, a educação e o voto. A cultura permite a integração e inclusão de todos os segmentos sociais, a valorização da diversidade e do diálogo na sociedade. Assim, contribuindo com a redução da pobreza e da desigualdade social, que são um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme o art. 3º da CRFB.

A evolução da humanidade sempre esteve atrelada ao desenvolvimento da cultura, uma vez que a cultura foi transmitida, através das gerações, e enriquecida por novos conhecimentos e valores humanos. É por isso que podemos expor, com apoio na lição de Vygotsky, que a cultura é “parte constitutiva da natureza humana, já que sua característica psicológica se dá através da internalização dos modos historicamente determinados e culturalmente organizados de operar com informações¹”.

Portanto, a cultura responde pela formação do caráter e de todos os valores existentes em cada pessoa, e por isso é correto afirmar que um indivíduo desprovido de cultura tem ofendida a sua própria dignidade humana².

O reconhecimento contemporâneo pela humanidade sobre a importância da cultura e a preservação de sua diversidade está na Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural aprovada pela UNESCO, em 2 de novembro de 2001, no seio das Nações Unidas:

Artigo 1 – A diversidade cultural, patrimônio comum da humanidade

A cultura adquire formas diversas através do tempo e do espaço. Essa diversidade se manifesta na originalidade e na pluralidade de identidades que caracterizam os grupos e as sociedades que compõem a humanidade. Fonte de intercâmbios, de inovação e de criatividade, a diversidade cultural é, para o gênero humano, tão necessária como a diversidade biológica para a natureza. Nesse sentido, constitui o patrimônio comum da humanidade e deve ser reconhecida e consolidada em benefício das gerações presentes e futuras.

Artigo 4 – Os direitos humanos, garantias da diversidade cultural

¹ REGO, Teresa Cristina. *Vygotsky: uma perspectiva histórico-cultural da educação*. 19. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008, p.42.

² *Ibid.* p. 41.

A defesa da diversidade cultural é um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade humana. Ela implica o compromisso de respeitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais, em particular os direitos das pessoas que pertencem a minorias e os dos povos autóctones. Ninguém pode invocar a diversidade cultural para violar os direitos humanos garantidos pelo direito internacional, nem para limitar seu alcance.

No Brasil, a preservação e o direito à cultura não são tratados de forma diferente, estando inseridos na Constituição e em textos infraconstitucionais.

A Constituição Brasileira destinou atenção específica ao direito de acesso à cultura e à proteção do patrimônio cultural brasileiro. O legislador originário conferiu expressamente ao Estado o dever de proteger todo tipo de manifestação cultural, tutelando no artigo 215 as “manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”.

Embora o acesso à cultura não conste de forma expressa no artigo 5º da CRFB, isso não retira a sua qualidade como direito fundamental. Utilizando uma análise topográfica da Constituição, observamos que foi reservada uma seção específica “Da Cultura” com a intenção de garantir “o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional”.

Além disso, o legislador originário considerou no artigo 1º da Carta Magna a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, e se relacionarmos entre os atributos necessários à formação da pessoa humana o acesso à cultura, responsável pelo desenvolvimento digno de cada indivíduo dentro dos padrões do mínimo existencial, é certo que o acesso à cultura é considerado um direito fundamental de segunda geração.

Os direitos fundamentais chamados de segunda geração, segundo Gilmar Ferreira Mendes “são aqueles por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual a todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos. Dizem respeito à assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer etc”³.

³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 233.

Ademais, exatamente sobre o acesso à cultura, a Constituição institui como competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a promoção dos meios de acesso à cultura, à educação e à ciência, conforme se observa com a simples leitura do art. 23, inciso V. Desta forma, fica evidente o comprometimento do pacto federativo em prol da efetivação do acesso à cultura nacional.

Em relação à Ordem Constitucional da Cultura, José Afonso da Silva bem elucida a extensão da importância conferida à cultura na CRFB:

[...], deu relevante importância à cultura, tomado esse termo em sentido abrangente da formação educacional do povo, expressões criadoras da pessoa e das projeções do espírito humano materializadas em suportes expressivos, portadores de referências à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, que se exprimem por vários dos seus artigos (5º, IX, 23, III a V, 24, VII a IX, 30, IX E 205 a 217), formando aquilo que se denomina ordem constitucional da cultura, ou constituição cultural, constituída pelo conjunto de normas que contém referências culturais e disposições consubstanciadoras dos direitos sociais relativos à educação e à cultura⁴.

Segundo o entendimento do citado autor, a concepção de cultura pode abranger direitos sociais relativos à educação, ao lazer, ao desporto, à ciência e tecnologia, à comunicação social e ao meio ambiente.

Os direitos e garantias fundamentais, no seu sentido material, são pretensões descobertas a cada momento histórico a partir da perspectiva do valor da dignidade da pessoa humana. E não resta mais dúvida de que a cultura é parte integrante para se chegar a esse valor.

E cada vez mais os julgados do STF transparecem a sensibilidade desse tribunal à identificação de normas de direitos fundamentais que estão fora do capítulo específico. Isso ocorre pelo exame da existência de um especial vínculo do bem jurídico protegido com alguns valores essenciais ao resguardo da dignidade humana.

Razão pela qual o ordenamento jurídico nacional confere atenção especial a cada um desses direitos compreendidos dentro de uma ordem constitucional da cultura, no compromisso de preservar e propagar toda a historicidade do povo brasileiro.

⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 812.

2. OS RESPONSÁVEIS PELA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO

A cultura faz parte da dignidade humana e do próprio ser humano. Assim, é também por meio dessa que se consegue identificar um povo, uma época, tradições e a forma com que a sociedade se organizava e vivia. O que se mostra extremamente importante para a evolução do ser humano e de da sociedade como um todo.

Dessa forma, pode-se entender que a cultura inclui conhecimentos, construções arquitetônicas, artes, moral, leis, costumes, hábitos e quaisquer outras manifestações que expresse a vida de um povo. Sendo a própria identidade de uma sociedade, o denota o seu valor humanístico. E como tal, merecem proteção especial.

Quando houve o reconhecimento da necessidade dessa proteção, foram surgindo diversos movimentos políticos mundiais de preservação do Patrimônio Cultural, e se chegou à conclusão de que a preservação da identidade popular é uma função do Estado e um dever de toda a sociedade.

Por ser um direito fundamental, a cultura deve ser garantida pelo Estado, por essa razão que o art. 23, inciso III da CRFB disciplina que é competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos.

O que significa dizer que todos os entes políticos são competentes e responsáveis pela proteção dos bens de interesse cultural. Suas ações administrativas e suas políticas de governo

deverão passar, necessariamente, pela implementação de atos de preservação e valorização culturais.

Contudo, essa proteção não ficou somente a cargo do Poder Público, a Constituição imputou à comunidade uma parcela dessa responsabilidade ao disciplinar no §1º do art. 216 que a comunidade deve colaborar para promoção e proteção do patrimônio cultural brasileiro.

Dessa forma, fica evidente que o Poder Público e a sociedade são corresponsáveis pelo patrimônio público federal, ou seja, são responsáveis solidários, contraindo direitos e deveres, podendo ser punidos, na forma da lei, caso haja danos ou ameaças a esse patrimônio, conforme se verifica no §4º do art. 216 da CRFB.

Ademais, o Decreto-lei n. 15/37, nos seus artigos 19 e 20, explicitam que o tombamento origina uma obrigação para o proprietário do bem tombado e para o Estado de agirem, conjuntamente, em defesa do bem protegido, não apenas em relação à fiscalização e à conservação física do bem como também para a obtenção de recursos técnicos e financeiros para a preservação do bem tombado.

Contudo, é o Estado que possui maior capacidade de efetivamente proteger, razão pela qual a Constituição colocou a cargo dele a promoção dessa proteção, e deixou a sociedade apenas com a colaboração, que por interpretação lógica verifica-se que colaborar é diferente de promover, ou seja, a atuação de uma é maior que a outra.

Ressalta-se que a Constituição expressamente elegeu a competência comum dos entes federativos, ou seja, todos podem legislar. Ademais, ao dizer que é “dever do Estado” quis dizer que Estado significa a República Federativa do Brasil, que engloba a União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Observando-se que, por se tratar de competência comum, a União tem competência para legislar normas gerais, ficando a cargo dos Estados, Distrito Federal e Municípios legislar suas normas, porém observando as normais gerais ditadas pela União.

Dessa forma, a proteção legal do Patrimônio Cultural pode se dar nas três esferas de poder.

Em âmbito nacional, a União criou o IPHAN - Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que é um órgão vinculado ao Ministério da Cultura, que tem como função a fiscalização, proteção, restauração e preservação do Patrimônio Histórico Cultural, ou seja, é responsável por preservar a diversidade das contribuições dos diferentes elementos que compõem a sociedade brasileira e seus ecossistemas, preservando, divulgando e fiscalizando os bens culturais brasileiros, bem como assegurando a permanência e usufruto desses bens para a atual e as futuras gerações⁵.

O Instituto de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional fora criado em 13 de janeiro de 1937 pela Lei nº 378, no governo de Getúlio Vargas. Contudo, em 1936 já havia uma preocupação com esse patrimônio, foi quando o Ministro da Educação e Saúde, Gustavo Capanema solicitou a Mário de Andrade a elaboração de um anteprojeto de Lei para preservação desses bens. Posteriormente, em 30 de novembro de 1937, foi promulgado o Decreto-Lei nº 25, que organiza a “proteção do patrimônio histórico e artístico nacional”⁶.

Assim foram realizados tombamentos, restaurações e revitalizações para assegurar a permanência da maior parte do acervo arquitetônico e urbanístico brasileiro, bem como o documental, obras de artes e bens móveis⁷.

Dessa forma, Verifica-se que o IPHAN é responsável, a mais de 60 anos e até hoje realiza trabalho permanente de identificação, documentação, proteção e promoção do patrimônio cultural brasileiro.

Em âmbito estadual, cada governo tem suas próprias leis. No Estado do Rio de Janeiro criou-se a Secretária de Cultura que tem como função a formulação, a implementação e a

⁵ FAQ – Perguntas frequentes. Disponível em: <<http://www.arqueologiapublica.com.br/faq-perguntas-frequentes/>>. Acesso em 18 de setembro de 2012.

⁶ Informações sobre o IPHAN. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/>>. Acesso em 18 de setembro de 2012.

⁷ Idem.

gerencia de políticas públicas com o intuito de democratizar o acesso à cultura e garantir a diversidade cultural, por meio do diálogo com a sociedade⁸.

Em âmbito municipal, também cada município legisla e administra de acordo com suas necessidades e interesses locais. No Município do Rio de Janeiro, foi criada a Secretaria Municipal de Cultura, que tem como objetivo “o reconhecimento da política cultural como a costura do processo civilizatório, de dimensão simbólica, humana, capaz de interferir no próprio conceito de cidade, sua inserção, e inserção de seu povo, a convivência no espaço urbano com a reocupação das praças públicas e a integração das políticas públicas para tornar visíveis os invisíveis. Valorizar o papel do Estado no fomento e na execução das manifestações culturais em suas mais diversas linguagens, ampliando, ainda, a rede de equipamentos culturais municipais”⁹.

Diante disso, pode se concluir que os responsáveis pela proteção do Patrimônio Cultural são os entes federativos, com a colaboração da sociedade. E que a Constituição consagrou o princípio da predominância do interesse no que tange a competência legislativa.

Porém, na prática o que se verifica é que essa proteção muitas vezes, principalmente no que se refere ao tombamento, fica somente a cargo do particular proprietário do bem. Uma vez que suporta as restrições constantes na norma que disciplina a proteção do patrimônio cultural por meio do tombamento, quais sejam: sempre que necessitar fazer reparos no bem o órgão competente deverá ser previamente informado para que autorize ou não o reparo, sob pena de multa; deve o proprietário promover as obras necessárias para a conservação e reparação do bem, devendo fazê-lo dentro dos padrões e normas impostos pelo órgão; o bem ficar sujeito à vigilância permanente e inspeções sem que o proprietário possa impedir e caso queira alienar o bem deverá exercer o direito de preferência, sob pena de nulidade.

⁸ Secretaria Estadual de Cultura. Disponível em: <<http://www.rj.gov.br/web/sec/exibeconteudo?article-id=140931>>. Acesso em 10 de Novembro de 2012.

⁹ Secretaria Municipal de Cultura. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/web/smc/exibeconteudo?article-id=94024>>. Acesso em 10 de Novembro de 2012.

Diante disso, verifica-se que o tombamento acaba sendo um ônus ao invés de um bônus, uma vez que em nome da coletividade, um indivíduo sozinho suporta todos os encargos.

Assim, verifica-se que o Poder Público impõe a um determinado bem, individualizado e especificado, determinadas sujeições que são qualificadas como sacrifício de direito, e implicam em prejuízo econômico para o particular.

3. DECRETO-LEI N. 25/1937 E A NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL

O Decreto-Lei n. 25/37 é a norma que regulamenta o Tombamento, e é considerado o embrião de todas as diversas normas referentes ao tema. Considerando que foi por meio dela que foram criados outros mecanismos, institutos e instrumentos jurídicos que visam proteger o patrimônio histórico cultural; principalmente quando surgiram novas demandas.

Cabe aqui o esclarecimento de que o forma legislativa Decreto-Lei não mais existe, em razão de ser ato do Presidente da República, que equivale hoje à Medida Provisória, que era utilizado, por diversas vezes, para regulamentar regimes de exceção uma vez que se tratava de ato unilateral e antidemocrático.

Ainda que seja conhecido o debate jurídico que antecedeu a criação do DL 25/37, esse ainda carrega o sinônimo de autoritário. Isso ocorre porque não houve aprovação do Congresso Nacional, pois houve dissolução deste em novembro de 1937, época da promulgação do Decreto-Lei. Ocorre que com a dissolução do Congresso, o ministro Gustavo Capanema adaptou o projeto de lei originário com algumas alterações para um projeto de Decreto-Lei.

O fato é que, além da conjuntura política favorável a sua promulgação, o DL 25/37 estava em perfeita consonância com os avanços advindos da Constituição de 1934. Assim,

com a nova ordem jurídica da Constituição de 1934, assim tiveram assentamento constitucional para se criar instrumentos jurídicos eficazes de proteger o patrimônio cultural brasileiro sem se valer do instituto da desapropriação.

A Carta Magna de 1934, pela primeira vez, previu a função social da propriedade, mais especificamente em seu art. 113, §17:

Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§17 - É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior¹⁰.

Portanto, foi nesse novo contexto criado pela previsão constitucional da função social da propriedade, o marco legal imperativo no amparo dos interesses difusos, é que foi aceitável criar o DL 25/37, desbravador instrumento de proteção ao patrimônio cultural brasileiro.

Como a função social da propriedade continuou tendo enfoque nas Constituições que vieram depois, incluindo a atual, o DL 25/37 foi recepcionado e continua em vigor e produzindo seus efeitos.

Entretanto, não é o DL 25/37, por si só, que confere proteção ao patrimônio histórico e artístico nacional. Esta é perpetrada por meio da aplicação do instrumento jurídico criado pela norma, qual seja o tombamento, que será analisado a seguir.

Como dito anteriormente, o tombamento tem por objetivo tutelar o patrimônio histórico e artístico nacional. Sendo sempre de restrição parcial, ao passo que o legislador previu a desapropriação como forma de restrição que afete integralmente o direito do proprietário.

¹⁰ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso 30 de outubro de 2012.

José dos Santos Carvalho Filho sustenta que o tombamento pretende preservar a memória nacional, que nada mais é que o aspecto histórico de um país, que faz parte da própria cultura do povo e representa a fonte sociológica de identificação dos vários fenômenos sociais, políticos e econômicos existentes na atualidade¹¹.

Ficando, assim, o proprietário limitado nos seus poderes de usar e fruir de seus bens quando esses traduzirem nos interesses públicos atrelados ao tombamento. É certo que os bens continuam em poder do proprietário, porém passam a ser protegidos pelo Poder Público, que impõe algumas restrições.

O tombamento sempre será uma restrição parcial, uma vez que não impede o particular de exercer os direitos inerentes ao domínio. Por esta razão, não gera, em regra, direito de indenização.

Trata-se de um procedimento administrativo, uma vez que se realiza por uma sucessão de atos preparatórios, essenciais à validade do ato final qual seja a inscrição no Livro do Tombo.

Não há dúvida de que a defesa do patrimônio cultural é matéria de interesse geral da coletividade. Por essa razão, é necessário que os proprietários se sujeitem a algumas normas restritivas relacionadas ao uso dos bens, estas impostas pelo Poder Público.

Assim, é possível verificar que o tombamento se fundamenta na necessidade de adequação da propriedade à correspondente função social, que no caso do tombamento é a necessidade de proteção ao patrimônio cultural, histórico, artístico, dentre outros.

O tombamento é ato de limitação individual, que depende de análise de cada bem a ser tombado. Diferentemente dos atos de limitação urbanísticas administrativas que são gerais, impessoais e, conseqüentemente, recaem sobre coletividades indeterminadas¹².

¹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 758.

¹² *Ibid.*, p. 760-761.

Portanto, o tombamento não é o meio adequado para que se façam as limitações urbanísticas administrativas. Quando isso ocorre está caracterizado o desvio de finalidade, de perspectiva. Uma vez que o real fundamento do tombamento é a preservação do patrimônio público nas áreas em que há ambiente cultural a ser preservado.

Percebe-se que, quando o Poder Público se utiliza do tombamento como preservação do patrimônio público em áreas em que não há ambiente cultural a ser preservado, travestindo o instituto da limitação administrativa urbanística, está na verdade tentando evitar o pagamento de indenização ao proprietário. Uma vez que, como regra, o tombamento não gera qualquer tipo de indenização ao particular, ao contrário da limitação administrativa urbanística, que quando proíbe a demolição do imóvel ou suprime o conteúdo econômico da propriedade gera para o particular o direito a ser indenizado.

Pode recair, o tombamento, sobre bens móveis, imóveis, materiais ou imateriais. Porém, os bens que se sujeitam ao instituto são aqueles que traduzem algum aspecto relevante para o patrimônio cultural¹³. Conforme pode se verificar no art. 1º, §2º do Decreto-lei nº 25/37¹⁴.

Contudo, o instituto não recai sobre obras de origem estrangeiras, como se observa na leitura do art. 3º do Decreto-lei¹⁵.

Existe divergência doutrinária quanto à natureza jurídica do tombamento. Alguns autores entendem se trata de servidão administrativa; outros sustentam ser o bem tombado, bem de interesse público e, por fim, há quem entenda ser uma limitação administrativa.

Porém, a grande maioria da doutrina e a jurisprudência entendem se tratar de um instrumento especial de intervenção restritiva do Estado na propriedade privada, sob o fundamento de ter natureza concreta e específica.

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 139.

¹⁴ Decreto-Lei n. 25/1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De10025.htm>. Acesso em 30 de outubro de 2012.

¹⁵ Decreto-Lei n. 25/1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De10025.htm>. Acesso em 30 de outubro de 2012.

Assim, advoga-se, aqui, a tese de que o tombamento nada mais é do que meio de intervenção do Estado na propriedade privada que consiste na restrição do uso de determinadas propriedades¹⁶.

Por ser um ato administrativo, é exigível que o tombamento contenha todos os elementos necessários para que se possa conferir a legalidade. É ato vinculado, ou seja, o motivo para o ato deve estar baseado na lei, não podendo se dar por outra razão. Contudo, a qualificação do bem como sendo de valor para a cultura do país possui carga subjetiva, razão pela qual esbarra no crivo da discricionariedade.

Todo tombamento vem consubstanciado na manifestação expressa da vontade do Poder Público, uma vez que é este que tem a incumbência de proteger o patrimônio cultural brasileiro. Assim, trata-se de atividade administrativa realizada por meio de processo administrativo prévio. Dessa forma, o ato do tombamento em si é ato final do processo administrativo exigido por lei.

Esse processo não possui um rito predefinido, assim a sua tramitação e atos que o compõem pode variar conforme a espécie do tombamento (voluntário ou compulsório). Contudo, há atos que devem necessariamente observados, qual seja o parecer do órgão técnico cultural, que no caso é o IPHAN que é regulamentado pelo Decreto n. 5.040/2001; a notificação ao proprietário, que se manifestará pela anuência ou impugnando o tombamento.

Após a observância desses procedimentos, o Conselho consultivo do ente que está promovendo o tombamento define o processo podendo: anular em caso de ilegalidade; rejeitar a proposta do órgão técnico ou homologar se necessário o tombamento, que se torna definitivo quando da inscrição no respectivo Livro do Tombo.

Pode-se observar que vige o princípio constitucional do devido processo legal, que garante ao proprietário o direito ao contraditório e a ampla defesa, que pode provar a

¹⁶ Entendimento sustentado por JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (ob. cit., p. 762) e MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 114).

desnecessidade do tombamento, bem como a inexistência de relação entre o bem e o patrimônio cultural. O que inclui, também, o direito que o proprietário tem de recorrer contra o ato de tombamento, esse recurso é direcionado ao Presidente da República, que pode efetuar o cancelamento.

4. DA NECESSIDADE DE INDENIZAÇÃO

Na doutrina brasileira, existe forte polêmica sobre a natureza do tombamento, que decorre das posições divergentes relativas se o tombamento gera ou não o direito à indenização.

Como regra, as limitações administrativas não geram indenização, já as servidões sim, desde que acarretem declínio da expressão econômica do bem ou que sua utilidade para o titular tenha sido retirada.

Essas afirmações fundamentam as diferentes posições doutrinárias em relação à indenização ou não que deve o Estado pagar ao proprietário do bem tombado.

Existe uma corrente doutrinária que sustenta que o Poder Público ao impor a um determinado bem, individualizado e especificado, sujeições – como as relacionadas ao tombamento – que são verdadeiros sacrifícios de direito e geram para o particular um prejuízo econômico, e, em consequência disso o Estado deve indenizar o proprietário do bem tombado. Nesse caso, o regime jurídico se assemelha à servidão administrativa.

Celso Antônio Bandeira de Mello assevera que a indenização é devida pelo Estado, pois há um perdimento do direito do proprietário do bem e o implica em agravo econômico:

Afirma-se indenizável o proprietário de um bem tombado quando um direito de utilização definido (não importa se pela primeira, segunda ou terceira vez) e que está em vigência para a generalidade dos imóveis ubicados em dada área sofre uma particular compressão, desigualando seu regime em relação aos demais, resultando daí uma perda econômica singularizada que não se aplica aos demais imóveis abrangidos pelo requadro urbanístico onde está alojado... Donde, o que dá margem à

indenização não é o mero prejuízo econômico; é o prejuízo econômico que resulta de uma constrição de direito¹⁷.

Corroborando esse entendimento, Lucia Valle Figueiredo sustenta que na hipótese do bem tombado sofrer redução parcial de utilização o Poder Público, ao tombá-lo, vem a constituir uma servidão e, portanto, deve indenizar o proprietário de forma proporcional, ou seja, na proporção em que foi atingido pela medida do tombamento, sendo assim, na proporção do dano.¹⁸

Ademais, existe uma segunda hipótese de indenização, em razão do bem tombado se tornar inútil ao particular, ou seja, perder por completo a sua função econômica, caracterizando assim uma desapropriação indireta. Razão pela qual a indenização é imperiosa.

O dever de indenizar não se verifica em raras hipóteses, que são aquelas em que o tombamento não acarreta esvaziamento econômico do bem. Essa hipótese se verifica no tombamento geral que vem a atingir uma cidade ou parte significativa desta pelo seu valor histórico e artístico, como ocorreu em Ouro Preto, Minas Gerais; Diamantina, Minas Gerais; Olinda, Pernambuco; Parati, Rio de Janeiro e São Luiz do Paraitinga, São Paulo.

Nessas hipóteses, como o tratamento jurídico dado à comunidade de edificações é uniforme não há que se falar em esvaziamento econômico, o valor do bem se mantém estável, quando não são valorizadas economicamente, o que ocorre com mais frequência.

O que fundamenta a necessidade de indenização no tombamento é o princípio da isonomia e a impossibilidade de alguns suportarem prejuízos econômicos em benefício da coletividade.

Ressalta-se que ainda que o indivíduo tenha a possibilidade de suportar o prejuízo econômico decorrente do tombamento não se mostra razoável e justo que este, sozinho, suporte esse ônus.

¹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed., São Paulo: Malheiros, 2009. p. 205.

¹⁸ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Disciplina Urbanística da Propriedade*. Vol. 1, São Paulo: RT, 1991. p. 157.

Quanto à indenização e a possibilidade de suportar ou não os prejuízos, deve ser observado o princípio da distribuição das cargas públicas que assegura que todos devem arcar com os benefícios da sociedade, sendo vedado a alguns fazê-lo em benefício dos demais integrantes da sociedade.

De outro lado estão aqueles doutrinadores que defendem a não indenização em razão do tombamento, uma vez que entendem que as restrições são sempre gerais e abstratas, ainda que incidam sobre um determinado bem. Para eles o tombamento tem natureza de limitação administrativa, por essa razão não vislumbram o direito à indenização.

Contudo, tanto para quem defende o direito a indenização quanto para aqueles que não, nos casos em que o tombamento esvazia por completo o potencial econômico do bem o Estado deve efetuar a desapropriação, conforme previsão do art. 216, 1º da CRFB.

Porém, a divergência está na forma de desapropriação, uns entendem que tem que se dar pela desapropriação indireta. A jurisprudência tem algumas decisões nesse sentido, admitindo a desapropriação indireta, principalmente, nos casos relacionados ao tombamento de áreas florestais para proteção do patrimônio ecológico, paisagístico e turístico.

Porém, essa forma de desapropriação não se coaduna com o que dispõe o art. 216, §1º da CRFB. Deve ser o dispositivo interpretado adequadamente, para resultar na desapropriação mediante previa e justa indenização em dinheiro, conforme disciplina o art. 5º, inciso XXIV da CRFB.

Ademais, a desapropriação indireta não vislumbra a via processual apropriada para o pedido indenizatório, tendo em vista que o proprietário permanece na posse do bem tombado, ainda que se tenham as restrições impostas pelo Estado. A desapropriação indireta pressupõe que o Estado já esteja na posse do bem.

Em relação ao tombamento, a simples declaração do valor cultural da propriedade e a alteração do regime jurídico do bem tombado com a inscrição no Livro Tombo não interferem nem com a posse e nem com o domínio do bem.

Assim sendo, a solução adequada para os casos de esvaziamento econômico da propriedade pelo tombamento é a desapropriação por utilidade pública, na forma do art. 5º, alínea “k”, do Decreto-lei nº 3.365/41, que disciplina a desapropriação por utilidade pública para “a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais...”.

A forma mais intensa do Estado intervir na propriedade é por meio da desapropriação, em consequência do esvaziamento absoluto dos atributos essenciais ao direito de propriedade nos casos de necessidade, utilidade pública ou interesse social, conforme art. 5º, XXIV, da CRFB. Como contraprestação o poder público indeniza, de forma justa e prévia, o particular pelo equivalente em dinheiro para contrabalançar a sua intervenção.

No art. 37, § 6º da CRFB fora acolhida a responsabilidade objetiva dos entes públicos e dos particulares prestadores de serviço público, eliminando as ideias de culpa ou ilicitude para o surgimento da obrigação de ressarcir.

Assim, com fundamento na ideia de solidariedade e repartição de ônus, sempre que ocorrer um desequilíbrio na relação entre o Estado e o particular deve haver a compensação por meio da indenização.

Em relação ao tombamento, se em determinado caso concreto, o proprietário sofrer restrições que causem efetivo dano, o pedido indenizatório, de natureza pessoal, será julgado segundo os ditames próprios, afastada a tese expropriatória.

5. DISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS

Eliminando as hipóteses de desapropriação direta, devido ao esvaziamento econômico da propriedade, e da responsabilidade objetiva do Estado, em razão de danos específicos causados ao particular, o tombamento não implica o dever de indenizar do Estado.

A CRFB dispõe no §1º do art. 216 que cabe ao Poder Público, com a colaboração da comunidade, defender o patrimônio cultural brasileiro, sendo o tombamento uma das formas mais eficazes.

Porém, o texto constitucional não estabelece indenização ao particular, mas apenas no §3º do dispositivo citado acima, dispõe que “a lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais”.

Dessa forma, nas três esferas do poder executivo, os recursos públicos disponíveis são insuficientes para o cumprimento dos programas sociais, relativos à educação, à saúde, à segurança, à habitação, entre outros; e, em decorrência, praticamente insubsistentes para o tombamento de bens culturais. Assim sendo, qualquer ação em prol da preservação estaria inviabilizada se dependente da indenização ou da expropriação dos bens culturais.

Sob outro enfoque, se admitidas como regra para o tombamento à indenização ou à desapropriação indireta, os particulares teriam que aguardar, por um longo período, para receber a indenização, tendo em vista que as medidas aqui elencadas seriam pleiteadas e reconhecidas pela via judicial e o pagamento se daria mediante precatórios.

Em relação ao particular que permanece com a propriedade do bem apesar do uso reduzido, a indenização vagarosa pode inviabilizar a conservação do bem tombado e gerar o desinteresse do proprietário pela manutenção e, conseqüentemente, há risco da perda do objeto do tombamento.

A mesma situação fática acontece na hipótese de desapropriação indireta. De acordo com os doutrinadores que defendem esta posição, entende-se que o proprietário permanece na posse do bem tombado até o recebimento da indenização e, em decorrência, há risco de perder o interesse na conservação do bem tombado, sob alegação de que é atribuição do Estado.

O doutrinador José Eduardo Ramos Rodrigues afirma que a indenização de bens culturais “por nossos débeis cofres públicos afasta para sempre qualquer possibilidade de preservação do patrimônio cultural brasileiro” e, ainda que fossem obtidas verbas suficientes para a indenização, o que é improvável, provavelmente não sobraria verba alguma para a restauração e a manutenção dos bens¹⁹.

Nos casos em que a propriedade privada tiver a utilização diminuída, ou seja, operando-se o esvaziamento econômico, devido às restrições impostas pelo tombamento, o Estado não tem o dever de indenizar o proprietário do bem tombado.

O tombamento origina uma obrigação para o proprietário do bem e para o Estado de agirem, conjuntamente, em defesa do bem protegido, não apenas em relação à fiscalização e à conservação física do bem como também para a obtenção de recursos técnicos e financeiros para a preservação do bem tombado, conforme disciplinam os art. 19 e 20 do Decreto-lei nº 15/37.

Portanto, a indenização, por si só, não atende ao objetivo visado pelo tombamento, qual seja, a preservação do patrimônio cultural brasileiro porque a conservação do bem é responsabilidade do proprietário, do ente público que promoveu o tombamento e, também, da coletividade que desfruta do tombamento, cada um respondendo a seu modo e na devida proporção.

¹⁹ RODRIGUES, José Eduardo Ramos. *Meio Ambiente Cultural: Tombamento – Ação Civil Pública e aspectos criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. P. 309 a 360.

Dessa forma, a igualdade de direitos do particular perante a Administração Pública não fica assegurada pelo pagamento da indenização pelo Estado através de recursos dos cofres públicos e, sim, pela distribuição equitativa dos ônus entre todos os membros da coletividade.

Em outros países com patrimônio cultural mais rico, como Itália e Espanha, foram adotadas soluções mais criativas do que a indenização, objetivando conciliar a falta de recursos, os interesses do proprietário e a necessidade de preservação, mediante incentivos e recursos econômicos e técnicos para auxiliar a atuação do proprietário privado.

No Brasil, o § 3º do art. 216 da CRFB disciplina que a lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

Os doutrinadores, de forma unânime, sustentam que no tombamento geral, que atinge uma cidade uma parte dela, não há o dever de indenização em razão da ausência de gravame econômico.

Entretanto, considerando a distribuição equitativa dos ônus e dos benefícios auferidos com o tombamento vislumbra-se a aplicação de determinadas medidas como contraprestação às restrições impostas ao proprietário e aos benefícios auferidos pela comunidade e, também, para que sirvam de estímulo à conservação do bem.

CONCLUSÃO

Posto isso, conclui-se que o tombamento, como uma das formas de promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro se insere no conceito de função social da propriedade.

Ainda que possua atributos comuns à limitação administrativa e a servidão administrativa, o tombamento possui natureza jurídica própria.

Quando acarreta em esvaziamento econômico da propriedade, o tombamento será passível de indenização mediante desapropriação indireta. Ademais, os sacrifícios especiais também levam à indenização, em razão da responsabilidade objetiva do Estado, conforme se verifica no art. 37, §6º da CRFB. Fora dessas hipóteses, o tombamento não gera qualquer direito a indenização.

A responsabilidade pela preservação e conservação do bem tombado é do proprietário do bem, do ente público que promoveu o tombamento e de toda coletividade, que por sua vez desfruta do bem. Devendo cada um responder a seu modo e na devida proporção, assim observando a razoabilidade e proporcionalidade, conforme os art. 19, 20 e 25 do Decreto-lei n. 25/37.

A indenização visa a assegurar a repartição dos ônus do tombamento entre os membros da coletividade, mediante incentivos a serem concedidos aos proprietários dos bens tombados.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

_____, Celso Antônio. *Tombamento e dever de indenizar*. In: *Revista de Direito Público*. São Paulo: Malheiros Editores, n. 81, 1987.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed., São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

_____, Helly Lopes. *Tombamento e Indenização*. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Ed. RT, vol. 600, ano 74, out. 1985.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. *Meio Ambiente Cultural: Tombamento – Ação Civil Pública e aspectos criminais*. In: MILARÉ, Edis (coord.), *Ação Civil Pública: Lei nº 7.347/1985 – 15 anos*. São Paulo: Ed. RT, 2001.