



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Tombamento – Fundamentos e Críticas à Luz do Princípio da Função Social da Propriedade e da Eficiência da Administração Pública Brasileira.

Ana Cristina Sargentelli Porto

Rio de Janeiro
2013

ANA CRISTINA SARGENTELLI PORTO

O Tombamento – Fundamentos e Críticas à Luz do Princípio da Função Social da Propriedade e da Eficiência da Administração Pública Brasileira.

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Direito Administrativo.
Professora Orientadora: Lilian Dias Coelho Guerra.

Rio de Janeiro
2013

**O TOMBAMENTO – FUNDAMENTOS E CRÍTICAS À LUZ DO
PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DA EFICIÊNCIA DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA**

Ana Cristina Sargentelli Porto

Graduada pelo Centro Universitário
Augusto Motta. Servidora Pública
Estadual do Tribunal de Justiça do Estado
do Rio de Janeiro.

Resumo: O trabalho ora proposto enfoca a temática acerca da intervenção do Poder Público na preservação do patrimônio cultural, sobre a propriedade particular, na modalidade do tombamento. Para tanto pretende como premissa estabelecer críticas ao princípio da função social da propriedade, diante da linha tênue entre a necessidade do Poder Público em proteger bem de interesse cultural e a imposição ao proprietário de restrições que o impeça de exercer os poderes inerentes ao domínio. Dando destaque para o fato de que o tombamento tem por finalidade a preservação do patrimônio cultural e a intenção de punir o proprietário particular. Por fim, busca estabelecer a necessidade de ampliação da participação da sociedade na construção do patrimônio cultural, como fator fundamental para reduzir os conflitos no campo do tombamento de bens móveis.

Palavras-chave: Patrimônio cultural. Tombamento. Propriedade. Função social. Princípio da eficiência.

Sumário: Introdução. 1. Patrimônio Cultural. 2. Tombamento. 3. Reflexo do Tombamento Sobre o Direito de Propriedade. 4. Função Social da Propriedade. 5. Princípio da Eficiência. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema do tombamento como um dos instrumentos previsto na Constituição Federal de 1988 para a proteção do Patrimônio Cultural Brasileiro (art. 216, § 1º).

A proteção do Patrimônio Cultural visa impedir que o bem desapareça, mantendo-o preservado para que futuras gerações possam ter contato com a sua história.

Quando os bens de interesse cultural pertencem ao Ente Federativo, a questão acerca do tombamento, a fim de preservar-lhes a identidade, não guarda maiores complexidades.

Todavia, quando o bem pertence ao particular, a questão torna-se mais delicada, uma vez que as restrições o direito de propriedade decorrentes do tombamento, muitas vezes acabam por esvaziar totalmente o conteúdo econômico ou tornam inviável o uso normal do bem.

Ao particular resta a sensação de que o tombamento é uma punição, quando, ao revés, sua finalidade é o de preservar o bem e não prejudicar o proprietário de propriedades particulares que despertem o interesse cultural.

Diante desse conflito de interesses há de se chegar a um meio termo eficiente para que a propriedade seja mantida e conservada com repartição de responsabilidades entre o particular e a Administração.

Assim, a pesquisa, em momento inicial, tratará da questão do patrimônio cultural e do tombamento, discutindo sua natureza jurídica bem como as características efetivas correlatas a função social da propriedade.

Em momento posterior, discutirá o reflexo do tombamento no direito de propriedade.

Finalizando, o estudo abordará a questão do tombamento à luz do princípio da eficiência, a fim de minimizar os conflitos de interesses.

1. PATRIMÔNIO CULTURAL

Patrimônio cultural é o conjunto de bens, materiais ou imateriais, que por seu valor possuem significado e importância artística, cultural, religiosa, documental ou estética para a sociedade e devem ser considerados de interesse relevante para a permanência e identidade da cultura de um povo.

Para a formação cultural é necessária uma conscientização da importância do passado. O que fomos é determinante para saber quem somos e nos dirá quem seremos, isto é, é o ontem interagindo com o hoje e influenciando o amanhã.

Em outras palavras, um determinado grupamento de pessoas nada será se não interagir **hoje** com o **ontem** a fim de influenciar o **amanhã**.

Esse fenômeno é o responsável pela formação cultural de um povo.

Um grupamento social sem passado, não tem cultura.

Desde as épocas mais remotas da evolução humana, o homem tem a necessidade de deixar registros de seus legados para as futuras gerações.

Feitas tais ponderações, necessário exemplificar que, fazem parte do patrimônio cultural imóvel, casas, castelos, igrejas, praças e conjuntos urbanos, dotados de valor histórico, arqueológico e paleontológico em geral.

Nos bens de valor cultural móveis incluem-se pinturas, esculturas e artesanato.

Já os bens culturais imateriais, considera-se a literatura, a música, o folclore, a linguagem e os costumes.

No Brasil, as ações oficiais de preservação do patrimônio cultural tiveram início nos anos 30, com a criação do Ministério de Educação e Cultura, no governo Getúlio Vargas, e do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Lei nº 378 de 13/01/1937), tendo à frente Mário de Andrade e Rodrigo de Melo Franco.¹

¹ <http://portal.iphan.gov.br/portal/montarPaginaSecao.do?id=11175&retorno=paginaIphan>. Acesso em: 11 out. 2013.

Logo após, foi editado o Decreto-Lei nº 25 de 1937, que é a instituição legal da proteção dos bens de interesse cultural.

É o que se extrai do art. 1º:

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.²

O Decreto-Lei nº 25 foi recepcionado pela CF/88 no art. 216, § 1º:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

§ 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.³

Assim, é dever legal do Poder Público e da comunidade promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro.

2. TOMBAMENTO

O tombamento é uma das formas de intervenção do Estado na propriedade privada, cujo objeto é a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional.⁴

É a primeira ação a ser tomada para a preservação de bens culturais, pois impede legalmente a sua destruição. Objetiva preservar a memória coletiva, os esforços e recursos investidos para sua construção.

No entanto, para que a preservação atinja o seu fim precípua é necessário que o bem esteja visível e em bom estado de conservação, propiciando sua plena utilização.⁵

² http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0025.htm. Acesso em: 11 out. 2013.

³ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 out. 2013.

⁴ DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. Direito administrativo. 26ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 145.

Essa forma de intervenção na propriedade privada é parcial e não enseja direito à indenização.

Acaso venha a acarretar a impossibilidade total do exercício dos poderes inerentes ao domínio, o tombamento se mostrará medida imprópria, uma vez que há previsão de outro tipo de intervenção, como a desapropriação, dando ensejo a indenização pelos prejuízos sofridos.

Reside nessa linha tênue toda celeuma entre a necessidade do Poder Público em proteger bem de interesse cultural e a imposição ao proprietário de restrições que o impeça de exercer os poderes inerentes ao domínio.

Em regra, o tombamento de imóvel não é indenizável, por ser meio gratuito de preservação do patrimônio cultural.

Todavia, se o ato administrativo sacrificar o particular no seu direito de propriedade, esvaziando totalmente seu conteúdo econômico, há de ser indenizado pelos prejuízos.

3. REFLEXO DO TOMBAMENTO SOBRE O DIREITO DE PROPRIEDADE

Como já dito, o tombamento impõe restrição parcial ao direito de propriedade, não impedindo o proprietário de praticar atos inerentes ao domínio. Em regra não há direito de indenização, salvo casos em que comprovadamente tenha havido prejuízo em decorrência do tombamento.

O Superior Tribunal de Justiça, neste sentido, se pronunciou em ação de desapropriação indireta ajuizada pelos herdeiros da *Residência Joaquim Franco Melo*, casarão

⁵<http://www.iphan.gov.br/portal/montarDetalheConteudo.do;jsessionid=83ED2ABA36F01927F676EEB8A6BF29E4?id=12695&sigla=PerguntasFrequentes&retorno=detalhePerguntasFrequentes>. Acesso em: 08 nov. 2013.

remanescente da era de ouro do café na Av. Paulista no Estado de São Paulo, que fora tombado em 1992 pela Secretaria de Estado da Cultura.

Ementa: AVENIDA PAULISTA. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. TOMBAMENTO. SÚMULA 279. Na desapropriação indireta, destaca-se a dimensão individual do prejuízo sofrido com o tombamento. Demonstração, no acórdão recorrido, do dano especial sofrido pelo proprietário, o qual resultou no esvaziamento do direito de propriedade. Inviabilidade da pretensão recursal de reexame das premissas fáticas do acórdão (súmula 279 desta Corte). Agravo regimental a que se nega provimento.⁶

No voto, os Ministros dispuseram que no caso em comento o tombamento não apenas limitou o direito de propriedade, mas, impossibilitou de se dar ao imóvel a destinação natural.

O caso chegou ao Supremo Tribunal Federal que, por unanimidade, negou provimento a agravo regimental interposto pelo Estado de São Paulo no Recurso Extraordinário.

Ementa: ADMINISTRATIVO. TOMBAMENTO. INDENIZAÇÃO. (...).
1. (...). 3. O ato administrativo de tombamento de bem imóvel, com o fim de preservar a sua expressão cultural e ambiental, esvaziar-se, economicamente, de modo total, transforma-se, por si só, de simples servidão administrativa em desapropriação, pelo que a indenização deve corresponder ao valor que o imóvel tem no mercado. Em tal caso, o Poder Público adquire o domínio sobre o bem. Imóvel situado na Av. Paulista, São Paulo. 4. (...). 5. Reconhecido o direito de indenização, há, por força de lei (art. 31, do DL 3.365, de 21.6.41), ficarem sub-rogados no preço quaisquer ônus ou direitos que recaiam sobre o bem expropriado. 6. (...). 7. Recurso improvido.⁷

Portanto, toda vez que o tombamento esvaziar totalmente o direito de propriedade, aniquilando o conteúdo econômico do bem e desvirtuando sua utilização normal, a questão

⁶ BRASIL. Órgão Julgador STJ. Julgado REsp 220983/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/08/2000, DJ 25/09/2000. http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=REsp+220983&b=ACOR&the_saurus=JURIDICO. Acesso em: 01 nov. 2013.

⁷ BRASIL. Órgão Julgador STF. Julgado RE 361127 AgR. Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 15/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-150 DIVULG 31-07-2012 PUBLIC 01-08-2012 RT v. 101, n. 926, 2012. http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+361127+AgR%29&base=baseA_cordaos&url=http://tinyurl.com/ny4x3fm. Acesso em: 01 nov. 2013.

poderá ser judicializada e haverá abertura para discussão acerca do direito de indenização ao proprietário particular.

4. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Direito de propriedade pode ser conceituado como o direito de usar, gozar, usufruir e dispor de um determinado bem, e de reavê-lo, de quem quer que injustamente o esteja possuindo.

Todavia, não é um conceito absoluto.

Desse modo, a despeito de todos os direitos do proprietário, tem o mesmo o dever de dar uma destinação social à sua propriedade.

É o que dispõe a Constituição Federal quando reconhece o direito à propriedade, mas impõe, entretanto, que deverá atender a função social (art. 5º, XXII).

A política de desenvolvimento urbano tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da Cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, sendo certo que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da Cidade expressas no plano diretor (art. 182, § 2º da CFRB).

Desta forma, o Estado pode intervir na propriedade particular a fim de proteger o interesse coletivo, retirando ou restringindo, como no caso do tombamento, o direito à propriedade.

5. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Como já falado, o processo de tombamento vai acarretar, com raríssimas exceções, um embate entre o Poder Público e o proprietário particular. De um lado, tem-se a

necessidade do Poder Público em proteger bem de interesse cultural, e de outro, a imposição ao proprietário particular de restrições que o impeça de exercer os poderes inerentes ao domínio.

Infelizmente, a visão não é de parceria, mas sim de lados com interesses antagônicos, porque o proprietário particular vê a restrição ao seu direito de propriedade como uma penalidade e não como um referencial para a memória e a identidade local que devem ser resguardados para as gerações futuras.

O tema é complexo e passa pela tentativa de fomentar no cidadão a necessidade de sua participação na defesa do patrimônio cultural.

A ampliação da participação da sociedade na construção do patrimônio cultural é fundamental para reduzir os conflitos no campo do tombamento.

Fernandes, discutindo a questão, assim se posicionou:

No mesmo patamar de importância, apresenta-se o desafio da participação da sociedade na política patrimonial. Quer no plano material, quer no imaterial, vislumbra-se e indissociabilidade entre participação social e defesa do patrimônio cultural. Nessa vertente, o arranjo da política pública correspondente deve enfatizar a participação dos cidadãos e da sociedade civil, para construir uma lógica de responsabilidade compartilhada, fomentar a politização da cultura, estimulando a autonomia e o processo emancipatório da sociedade pela vertente da valorização crítica da cultura, do sentimento de pertencimento a um lugar, a uma história, de diversidade.⁸

Essa é a temática. Os tempos modernos impulsionaram o homem para um mundo individualista, onde valores como a proteção ao patrimônio não são passados para as novas gerações, ao revés, a nova geração está perdendo o sentimento de pertencimento a um lugar. Valorizam o moderno, sem se preocupar com o tempo e a evolução gastos para se chegar à modernidade.

Retornando ao tema, para fomentar a eficiência administrativa, a fim de que o proprietário particular não se sinta penalizado com o tombamento de seu patrimônio, além da

⁸ FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coord.). *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010. p.86

valorização cultural, os incentivos fiscais são outra ferramenta importante para proteção e conservação do bem tombado.

No imposto de Renda de Pessoa Física, podem ser deduzidos 80% das despesas efetuadas para restaurar, preservar e conservar bens tombados pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, após aprovação prévia do orçamento e certificação de que as despesas foram efetivamente realizadas e as obras executadas.

Existem alguns municípios que dão incentivos fiscais específicos para conservação dos bens tombados, ou isentam seus proprietários do IPTU.⁹

Outro incentivo é a transferência do direito de construção concedida ao proprietário que, por força do tombamento, ficou impossibilitado de ampliar, demolir ou fazer outra construção no imóvel.

Neste caso, o proprietário do imóvel, declarado de interesse público, poderá, querendo, transferir o direito de construir para outro imóvel de sua propriedade ou alienar esse direito a terceiros.

A Prefeitura de Belo Horizonte tem um programa interessante chamado *Adote um Bem Cultural*, que consiste na possibilidade de um bem de valor cultural de propriedade privada vir a ser adotado, por uma pessoa física ou jurídica, mediante termo de cooperação, visando à realização de benfeitorias no bem protegido.

O programa *Adote um Bem Cultural*, é um eficiente mecanismo criado para incentivar a parceria entre o Poder Público e a iniciativa privada na restauração, conservação e promoção dos bens culturais sob proteção municipal.

No caso, o adotante poderá fazer publicidade da empresa vinculada ao Programa junto ao bem cultural durante a restauração e poderá instalar placa de sinalização

⁹<http://portal.iphan.gov.br/portal/montarDetalheConteudo.do;jsessionid=027A618150116B67DC86BFCA876E61C0?id=12706&sigla=PerguntasFrequentes&retorno=detalhePerguntasFrequentes>. Acesso em: 08 nov. 2013.

interpretativa em local definido, com as informações sobre o bem cultural, a logomarca do Programa e da empresa adotante.

A Prefeitura de Belo Horizonte e a Fundação Municipal de Cultura esperam que este Programa se torne mais uma perspectiva de parceria com a comunidade na conservação, salvaguarda e promoção de seu patrimônio cultural.¹⁰

No Rio de Janeiro, além da previsão de isenção de IPTU, também estão isentos do ISS os serviços de reforma, reestruturação ou conservação de imóveis de interesse histórico ou cultural ou de interesse para preservação ambiental, bem como isentos da *Taxa de Obras em Áreas Particulares* as obras em imóveis reconhecidos como de interesse histórico, cultural ou ecológico, desde que visando a recolocá-los ou a mantê-los em suas características originais relevantes.

Assim, há de se ter em conta que tombamento não é sinônimo de prejuízo.

Neste trabalho foram citados alguns incentivos e parcerias, mas outros que visem atender as peculiaridades regionais podem ser estabelecidos, uma vez que as legislações municipais dão margem a este elastério.

CONCLUSÃO

Desta maneira, conclui-se pela necessidade de estabelecer, à luz do princípio da eficiência da Administração Pública Brasileira, uma parceria do Ente Público, detentor primário do interesse na preservação do bem, com o particular, a fim de garantir o interesse da coletividade, preservando, assim, a função social da propriedade.

¹⁰http://portalpbh.pbh.gov.br/pbh/ecp/comunidade.do?evento=portlet&pIdPlc=ecpTaxonomiaMenuPortal&app=adoteumbemcultural&tax=23062&lang=pt_BR&pg=8781&taxp=0&. Acesso em: 08 nov. 2013.

É necessário que seja despertada a atenção para o fato de que o tombamento de bens imóveis particular não é uma punição ao proprietário, mas sim um meio que a Administração Pública dispõe para preservar o patrimônio cultural, ou seja, é uma das formas de consagração do interesse público social em relação aos interesses individuais.

Sempre atentos para o fato de que, se por ventura o tombamento esvaziar totalmente o direito de propriedade, aniquilando o conteúdo econômico do bem e desvirtuando sua utilização normal, a questão poderá ser judicializada e haverá abertura para discussão acerca do direito de indenização ao proprietário particular.

Todavia, mais do que evitar conflitos de interesses, o Poder Público deve adotar parcerias eficientes com o particular, a fim de estimular a identidade cultural local, preservando-lhe a história e a diversidade.

Com esse agir, reforça-se o fato de que o tombamento é necessário para preservação do patrimônio cultural, de modo que, futuras gerações possam ter contato com a sua história.

Assim, cada vez que a Administração Pública, visando à eficiência, adotar medidas alternativas, criativas e inteligentes de parcerias com o particular, o tombamento, cada vez mais se distanciará dessa visão míope de prejuízos e aproximar-se-á do sentimento coletivo de preservação, atingindo assim, o fim constitucional de dar às propriedades uma função social.

REFERÊNCIAS

ZANDONADE, Adriana. *O tombamento à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coord.). *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 ago. 2013.

BRASIL. Decreto-Lei nº 25, de 30 nov. 1937. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0025.htm. Acesso em: 18 ago. 2013.