

TOMBAMENTO – UM NOVO ENFOQUE

Renata Martins de Carvalho Alves¹

SUMÁRIO: I. Introdução; II. Desenvolvimento: 1. O conceito; 2. A natureza jurídica; 3. Dever de indenizar?: 3.1. A indenizabilidade; 3.2. A gratuidade; 3.3. A desapropriação direta; 3.4. A responsabilidade objetiva; 4. A distribuição dos ônus; III. Conclusão; IV.Referências bibliográficas.

I. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo investigar dois pontos controvertidos relativos ao tombamento – a natureza jurídica e a indenizabilidade - à luz da Constituição Federal, especificamente do direito de propriedade e da função social da propriedade, visando à tomada de posição sobre a controvérsia do dever, ou não, do Estado indenizar o particular pelas restrições impostas à propriedade pelo tombamento.

Na primeira parte do trabalho serão examinados o conceito de tombamento e três correntes divergentes sobre a natureza jurídica do referido instituto na procura de seu específico regime jurídico.

A segunda etapa deste estudo será dedicada à controvérsia relativa a existência ou não do dever do Estado de indenizar, mediante a análise das correntes doutrinárias divergentes – indenizabilidade e gratuidade –, assim como das hipóteses de desapropriação e de indenização fundada na responsabilidade objetiva do Estado.

¹ Mestranda em Direito Urbanístico na PUC/SP; Juíza de Direito no Estado de São Paulo.

Na parte final do trabalho será adotada a posição de que o tombamento não implica no dever de indenizar, uma vez que a igualdade de direitos do particular pode ser assegurada pela distribuição eqüitativa dos ônus com os demais membros da coletividade, mediante incentivos concedidos ao proprietário do bem tombado.

II. DESENVOLVIMENTO

1. Conceito

Dispõe o artigo 5º nos incisos XXII e XXIII da Constituição Federal que “é garantido o direito de propriedade” e que “a propriedade atenderá a sua função social”. O artigo 170, nos incisos II e III estabelece que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) - propriedade privada; - função social da propriedade (...)”.

A interpretação desses dispositivos deve ser ampla e de forma que a integração das citadas disposições possibilite a compatibilização do interesse social com o individual. Por um lado, o particular tem a propriedade do bem assegurada e, por outro, a propriedade cumpre seu papel em prol da coletividade.

Sob a nova ordem constitucional, portanto, o conceito de propriedade não é mais absoluto e sim, relativo, na medida em que o Poder Público pode determinar “obrigações de fazer” ao proprietário (condutas positivas) como também “obrigações de não fazer” (condutas negativas), e aplicar sanções devido a não utilização ou ao uso indevido do bem.

O tombamento consiste em uma das formas do Poder Público condicionar a propriedade para que ela atenda à função social, uma vez que a utilização da propriedade pelo titular do direito está adstrita a temperamentos voltados para o interesse público, qual seja, a promoção e proteção do patrimônio cultural brasileiro, nos termos do artigo 216, da Constituição Federal.

Nesse sentido, o tombamento consiste em um ato administrativo pelo qual o Poder Público declara o valor cultural de coisas móveis e imóveis, inscrevendo-as no respectivo Livro do Tombo e sujeitando-as a um regime especial que impõe limitações ao exercício de propriedade com a finalidade de preservá-las.

Trata-se de ato ao mesmo tempo declaratório, já que declara um bem de valor cultural, e constitutivo, uma vez que altera o seu regime jurídico.

2. Natureza jurídica

A doutrina brasileira diverge sobre a natureza jurídica do tombamento. A primeira corrente de juristas, entre os quais figuram José Cretella Júnior, Themístocles Brandão Cavalcanti e Sonia Rabello de Castro, entende que cuida de limitação administrativa.

Segundo Hely Lopes Meirelles limitação administrativa é “toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social”.²

² *Direito Administrativo Brasileiro*, pg. 539.

Em outras palavras, na limitação administrativa o Poder Público edita normas gerais com as quais condiciona o uso da propriedade para atingir o bem-estar social, sem especial sujeição, sem nenhuma fruição pela coletividade ou pela Administração, por intermédio de seus agentes ou prepostos.

Para os defensores dessa corrente o tombamento consiste em uma das manifestações do poder de polícia do Estado e sujeita à restrição os bens tombados para proteção do patrimônio histórico e artístico do país.

Para os doutrinadores que integram a segunda corrente, entre os quais Celso Antônio Bandeira de Mello, Rui Cirne Lima, Heraldo Garcia Vitta, Adilson Abreu Dallari e Lucia Valle Figueiredo, o tombamento é servidão administrativa porque, ao contrário da limitação geral, incide sobre imóvel determinado, causando a seu proprietário ônus maior do que aos demais membros da coletividade.

Servidão administrativa consiste em direito real de gozo, de natureza pública, instituído sobre imóvel de propriedade alheia, com base em lei, por entidade pública ou por seus delegados, em favor de um serviço ou de um bem afetado a fim de utilidade pública”.³

Para Adilson de Abreu Dallari “o tombamento configura verdadeira servidão administrativa, na medida em que o Poder Público absorve uma qualidade ou um valor já existente no bem tombado, para desfrute ou proveito da coletividade”.⁴

³ Adota-se neste trabalho a definição de Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Direito Administrativo*, pg. 145.

⁴ *Tombamento*, pg. 13.

Portanto, diversamente da limitação administrativa que incide sobre o proprietário (obrigação pessoal), a servidão incide sobre a propriedade (ônus real).

Uma terceira corrente de doutrinadores, minoritária, entende que o tombamento tem natureza híbrida. Nesse sentido cabe transcrever as ponderações de Antonio Queiroz Telles:⁵

“Realmente, a limitação se dirige, da ordem pública para um *jus* carismado pela Constituição, como eminentemente individual, suscetível, no entanto, de ser afetado por restrições que possam atender o interesse social, necessariamente, sobreposto ao particular”.

“Aceitando-se tal idéia, a natureza jurídica do tombamento apresentaria todas as evidências do instituto da limitação”.

“De outra posição, não seria logicamente possível ignorar que o tombamento se mostra também, com as conotações próprias de servidão administrativa, considerando-se esta como ônus real imposto pelo poder público, precisamente, sobre um bem”.

“A servidão administrativa vocaciona o bem por ela atingido a um regime peculiar, que cria determinadas condições de submissão, consideradas imprescindíveis ao interesse social, segundo critérios formulados pela própria Administração”.

“Portanto, da mesma forma que a limitação, procura satisfazer a servidão administrativa o interesse público, mediante diversas providências que se traduzem, inclusive pelo tombamento”.

“O instituto compareceria, assim, travestido, concomitantemente, como limitação e servidão administrativa”.

“Exatamente pelo fato de, ao mesmo tempo, ser visível nestas duas situações, conforme a linha de raciocínio que se vem expondo é que entendemos o instituto como limitação e servidão”.

Diversamente das três posições referidas, Maria Sylvia Zanella di Pietro considera “o tombamento categoria própria, que não se enquadra nem como simples limitação administrativa, nem como servidão. Nesse ponto, evoluímos um pouco em relação ao entendimento adotado na tese ‘Servidão Administrativa’ (1978:27)”.⁶

⁵ *Tombamento e seu regime jurídico*, pg. 43.

⁶ *Ibid*, pg. 142.

Insta frisar que a citada doutrinadora sustentava que o tombamento tratava de limitação administrativa e, como admitido por ela, alterou seu entendimento de modo a definir a natureza jurídica do tombamento como categoria própria.

Para justificar sua nova posição, Maria Sylvia Zanella di Pietro afirma que “o tombamento tem em comum com a limitação administrativa o fato de ser imposto em benefício de interesse público; porém dela difere por individualizar o imóvel. Comparado com a servidão, o tombamento a ela se assemelha pelo fato de individualizar o bem; porém dela difere porque falta a coisa dominante, essencial para caracterizar qualquer tipo de servidão, seja de direito público ou privado”.⁷

Compartilhamos a posição de Maria Sylvia Zanella di Pietro, pois o entendimento do instituto do tombamento como categoria própria implica, indiretamente, no reconhecimento da relevância conferida ao tombamento, instituto expressamente assegurado na Constituição Federal, e impede, diretamente, que o tombamento seja reduzido a um rótulo estéril e desfigurado da sua essência.

Com efeito, o artigo 216, § 1º, da Constituição Federal estabelece que o Poder Público promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro mediante inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, entre outras.

Como se não bastasse, e conforme exposto no item 1 deste trabalho, o tombamento consiste em uma das formas do Poder Público condicionar a propriedade para que ela atenda à função social.

A propósito do condicionamento da propriedade privada, não obstante as diferentes nomenclaturas adotadas, os doutrinadores de Direito

⁷ Ibid, pg. 142.

Administrativo, via de regra, apontam o tombamento como uma das modalidades de restrição ou limitação à propriedade pelo Estado, ao lado da limitação administrativa, da ocupação temporária, da requisição de imóveis, da servidão administrativa e da desapropriação⁸.

As diversas espécies de restrições impostas pelo Estado afetam, cada uma a seu modo, o direito de propriedade, pois tem características ou atributos próprios que acarretam maior ou menor gravame. Todavia, entre as características ou atributos alguns são comuns entre determinadas modalidades e esta circunstância não elide a natureza própria de cada instituto.

Como exemplo, “a ocupação temporária e a requisição de imóveis impõe a obrigação de suportar a utilização temporária do imóvel pelo Poder Público, para realização de obras ou serviços de interesse coletivo; afetam a exclusividade do direito de propriedade, ou seja, o atributo segundo o qual a mesma coisa não pode pertencer simultaneamente a duas ou mais pessoas; e o proprietário tem a faculdade de opor-se à ação de terceiros, exercida sobre aquilo que lhe pertence”.⁹

No mesmo sentido, o tombamento apresenta atributos ou características comuns à limitação administrativa e à servidão administrativa.

O tombamento e a limitação administrativa afetam o caráter absoluto do direito de propriedade e impõem restrições gerais que incidem sobre uma determinada classe de bens legalmente protegida, embora no tombamento, via de regra, incida sobre bem determinado.

⁸ Entre os doutrinadores estudados, Maria Sylvania Zanella di Pietro, Lucia Valle Figueiredo, José dos Santos Carvalho Filho.

⁹ Maria Sylvania Zanella di Pietro. Ibid, pg. 119.

O tombamento e a servidão administrativa implicam na imposição ao particular de uma obrigação de suportar um ônus parcial sobre o bem de sua propriedade em prol da coletividade, não obstante no caso de tombamento o benefício vise o patrimônio cultural e na hipótese de servidão administrativa o benefício vise um serviço público ou de um bem afetado a um serviço público.

3. Dever de indenizar ?

3.1. A indenizabilidade

A polêmica na doutrina brasileira sobre a natureza jurídica do tombamento decorre das posições divergentes relativas ao referido instituto ensejar ou não direito de indenização.

De regra, as limitações administrativas não levam ao dever de indenizar, enquanto as servidões devem ser indenizadas sempre que impliquem real declínio da expressão econômica do bem ou lhe subtraíam uma utilidade fruída pelo titular do bem.

As premissas acima, em síntese, embasam as diferentes posições dos doutrinadores no tocante ao dever, ou não, de indenização pelo Estado ao proprietário do bem tombado.

Uma corrente de doutrinadores sustenta que o Poder Público impõe a determinado bem, individualizado e especificado, determinadas sujeições - impossibilidade de destruição, demolição, mutilação, reparação, pintura ou restauração do bem, exceto com a autorização do órgão competente -, que são qualificadas como sacrifício de direito e implicam em prejuízo econômico para o particular e, em conseqüência, o Estado deve indenizar o proprietário do bem

tombado. Neste caso, o regime jurídico do tombamento se assemelha à servidão administrativa.

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que a indenização é devida pelo Estado porque há um sacrifício do direito do proprietário do bem e o referido sacrifício implica em agravo econômico:¹⁰

“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, desiguando 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 direito.”

No mesmo sentido, Lucia Valle Figueiredo entende que na hipótese do bem tombado ficar com sua utilização parcialmente reduzida o Poder Público está, ao tomar, constituindo uma servidão e assim, deve indenizar o proprietário na proporção em que foi atingido pela medida do tombamento, ou seja, na proporção do dano.¹¹

A citada autora e os demais doutrinadores que sustentam a natureza jurídica de servidão suscitam uma segunda hipótese de indenização mediante desapropriação indireta, em razão do bem tombado tornar-se inútil ao particular, ou seja, a propriedade ficar totalmente aniquilada devido ao tombamento.

Para os referidos doutrinadores apenas em raras hipóteses não há o dever de indenizar por tombamento em razão de não causar gravame econômico. É o que sucede no tombamento geral que atinge uma cidade ou parte significativa de uma cidade pelo valor histórico e artístico, como por

¹⁰ Ibid, pg. 72-73.

¹¹ *Disciplina Urbanística da Propriedade*, pg. 63.

exemplo, Ouro Preto (MG), Diamantina (MG), Olinda (PE), Parati (RJ) e São Luiz do Paraitinga (SP).

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello nestas hipóteses é dado um tratamento jurídico uniforme à comunidade de edificações, as quais não perdem valor, ou melhor, mantém valor estável ou até, o que é mais freqüente, são valorizadas patrimonialmente.¹²

Heraldo Garcia Vitta - que sustenta, também, a natureza jurídica de servidão administrativa - afirma que “o que justifica a indenizabilidade no tombamento é o princípio da igualdade ou a impossibilidade de alguns suportarem prejuízos econômicos, em benefícios de todos, da coletividade. É o princípio da distribuição das cargas públicas, segundo o qual todos devem arcar os benefícios da sociedade, sendo vedado a alguns faze-lo em benefício dos demais integrantes da comunidade”.¹³

3.2. A gratuidade

Por outro lado, há aqueles que defendem a gratuidade do tombamento, na medida em que as restrições impostas pelo Estado são gerais e abstratas, não obstante incidam sobre um determinado bem.

Para estes doutrinadores, como expresso no item 2 deste trabalho, o tombamento tem a natureza jurídica de limitação administrativa.

A respeito das restrições gerais que incidem sobre o bem tombado Sonia Rabello de Castro afirma que o bem tombado, individualizado e

¹² Ibid, pg.73.

¹³ *Tombamento: uma análise crítica*, pg. 172.

especificado, integra uma classe determinada com as mesmas características e pressupostos legais, constituindo um conjunto genérico de bens tombados:

“Importante frisar, portanto, que o aspecto da generalidade atribuído à limitação administrativa não deve ser compreendido no aspecto quantitativo, isto é, quantidade de bens ou direitos atingidos por determinado ato administrativo específico; mesmo porque, seria polêmico e arbitrário estabelecer o número a partir do qual se poderia dizer que a incidência seria genérica: se determinado ato atingisse três, quatro ou vinte propriedades? E se o ato administrativo, incidindo sobre toda uma área, atingisse uma só propriedade? O aspecto da generalidade há de estar inserido basicamente na lei. No caso de bens culturais, a generalidade deve ser compreendida como uma classe: todos os que têm as características e os pressupostos legais de se inserirem nesta categoria passam, com a manifestação de vontade da administração expressada no ato administrativo, a constituírem este conjunto genérico. Neste sentido, a generalidade nada tem a ver com a incidência especial do ato administrativo para caracteriza-la. Os bens culturais podem estar agrupados em um conjunto só, ou em vários conjuntos, ou podem estar isolados; o que interessa é que, ainda que isolados, com o ato administrativo específico para um bem, passa ele a fazer parte de uma classe, um conjunto – a universalidade que já mencionamos anteriormente. Por este motivo, o ato que declara de valor cultural um bem isolado insere-o na categoria genérica de bem cultural previsto na lei”.¹⁴

No tocante à gratuidade do tombamento a citada autora sustenta que a restrição imposta é compatível com a categoria de bens que a coisa tombada e sua vizinhança integram – a universalidade que é o patrimônio histórico e artístico nacional. E neste sentido genérico não há indenização pela imposição de restrições ao bem tombado e sua vizinhança.

3.3. A desapropriação direta

Tanto aqueles doutrinadores que sustentam que o tombamento enseja indenização, quanto aqueles que defendem a gratuidade, afirmam que no caso de aniquilamento da propriedade pelo tombamento o Estado

¹⁴ Ibid, pg. 135-136.

deve efetuar a desapropriação, como prevê o § 1º, do artigo 216, da Constituição Federal.

Todavia, alguns doutrinadores entendem que a indenização ocorre pela desapropriação indireta e não, pela desapropriação direta. Nesse sentido, a jurisprudência contém alguns julgados que admitem a desapropriação indireta, sobretudo, nos casos de tombamento de áreas florestais para a proteção do patrimônio ecológico, paisagístico e turístico:

Processual Civil e Administrativo – Tombamento – Morro do Monduga, Guarujá – Patrimônio Ecológico, Paisagístico e Turístico – Desapropriação Indireta – Ação de natureza real – Prescrição vintenária – Súmula nº 119/STJ – Violação do preceito legal indicado não-configurada – prequestionamento ausente – Súmulas 282 e 356 do STF – Divergência jurisprudencial comprovada – Precedentes do STJ (STJ - REsp 141192/SP – Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins – 31.05.04)

A desapropriação indireta não atende à disposição do § 1º do artigo 216, da Constituição Federal. A interpretação adequada do citado dispositivo resulta na desapropriação mediante prévia e justa indenização em dinheiro, como nos demais casos de desapropriação assegurados na lei maior (artigo 5º, inciso XXIV).

Outrossim, a desapropriação indireta não constitui a via processual apropriada para o pedido indenizatório, uma vez que o proprietário permanece na posse da propriedade tombada, não obstante as restrições impostas pelo Estado.

A desapropriação indireta pressupõe o apossamento do bem pelo Estado, ou seja, o exercício da posse do bem tombado pela Administração Pública federal, estadual ou municipal, dependendo da esfera de poder que efetua o tombamento.

No caso do tombamento a simples declaração do valor cultural de determinada 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 concretos de aniquilamento da propriedade pelo tombamento é a desapropriação por utilidade pública, nos termos do artigo 5º, alínea “k”, do Decreto-lei nº 3.365, de 21.06.41, que dispõe sobre a desapropriação por utilidade pública para “a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais...”.

À propósito este foi o entendimento recomendado pelo consultor-geral da República, Adroaldo Mesquita da Costa, no caso do tombamento do “Pico do Itabirito”, no Estado de Minas Gerais, no recurso administrativo interposto pelas Companhias de Mineração Novalimense, Icominas S.A. – Empresa de Mineração e St. John d’El-Rey Mining Company. Cabe transcrever a ementa:

“Patrimônio Nacional e Artístico Nacional – Tombamento – Desapropriação: Se o tombamento importa no esvaziamento do conteúdo econômico da propriedade, o Estado deve pagar a indenização correspondente ao seu valor, como ocorre na desapropriação por utilidade pública. Interpretação do art. 175 da Constituição”.

No referido caso concreto o Presidente da República, usando da faculdade que lhe outorga o Decreto-lei nº 3.866, de 29 de novembro de 1941, acolheu o parecer do consultor-geral da República e deu provimento ao recurso, mas optou pelo cancelamento do tombamento do “Pico do Itabirito” feito pelo Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional e, em consequência, não promoveu a desapropriação do citado bem.

A despeito de eventual discussão sobre o juízo de oportunidade proferido pelo Presidente da República no julgamento do citado recurso

administrativo devido aos objetivos e limites deste trabalho, não resta dúvida que a solução indicada pelo consultor-geral da República observava a disposição constitucional se mantido o tombamento.

Com efeito, a forma mais intensa do Estado intervir na propriedade é por meio da desapropriação, em decorrência do esvaziamento total dos atributos inerentes ao direito de propriedade nos casos de necessidade, utilidade pública ou interesse social (artigo 5º, inciso XXIV, da Constituição Federal).

Como contraprestação o Estado indeniza justa e previamente o particular pelo equivalente em dinheiro para compensar a sua intervenção.

O precedente do tombamento do “Pico do Itabirito” demonstra que a discussão sobre o aniquilamento da propriedade deve ocorrer no curso do processo de tombamento para possibilitar, ao final, o reconhecimento da necessidade de expropriação da propriedade pelo Estado.

Assim sendo, nos termos do artigo 9º do Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, o proprietário é notificado do tombamento e o impugna expondo as conseqüências das restrições que incidirão sobre a sua propriedade.

As alegações e as provas produzidas pelo proprietário devem ser analisadas e consideradas pelo órgão que iniciou o tombamento, sob pena de violação ao princípio do devido processo legal, com os corolários da ampla defesa e do contraditório e seus respectivos desdobramentos.

O tombamento somente será concretizado depois de esgotados todos os recursos administrativos cabíveis, inclusive aquele dirigido à autoridade estatal superior (por exemplo, o Presidente da República se tombamento federal).

Devido aos limites deste trabalho não se analisará, especificamente, o processo administrativo do tombamento e as alterações legislativas necessárias para a adequação do mesmo à nova ordem constitucional. Contudo, vislumbra-se, como solução possível, a suspensão do processo do tombamento até o início da ação de desapropriação com o depósito prévio do valor de mercado do bem e a conseqüente imissão na posse pelo Estado que, então, assumiria a responsabilidade pela conservação do bem.

3.4. A responsabilidade objetiva

O dever de indenizar do Estado pelos sacrifícios especiais impostos aos particulares está assegurado na Constituição Federal.

No artigo 37, § 6º da Constituição Federal acolheu a responsabilidade objetiva dos entes públicos e dos particulares prestadores de serviço público, excluindo as idéias de culpa ou ilicitude para o surgimento da obrigação de ressarcir. Assim, com fundamento na idéia de solidariedade e repartição de ônus, sempre que ocorrer um desequilíbrio na relação entre o Estado e o particular deve haver a compensação via indenização, para repor a situação anterior.

No caso específico do tombamento, se em determinado caso concreto, o proprietário sofrer restrições específicas que causem efetivo dano, o pedido indenizatório, de natureza pessoal, será julgado segundo os ditames próprios, afastada a tese expropriatória. Nesse sentido é a jurisprudência:

“Indenização – Responsabilidade civil do Estado – Tombamento – Administrativo – Ocorrência de esvaziamento econômico da propriedade – Prejuízo a

ser indenizado que deve ser o real, não imaginário – RPP para esse fim” (TJSP - Apelação 146760 – Relator: Celso Limongi – 25.11.93).

4. A distribuição dos ônus

Excluídas as hipóteses de desapropriação direta, devido ao aniquilamento da propriedade, e da responsabilidade objetiva do Estado, em razão de danos específicos causados ao particular, o tombamento não implica no dever de indenizar do Estado.

A Constituição Federal de 1988 dispõe no § 1º do artigo 216 que cumpre ao Poder Público, com a colaboração da comunidade, defender o patrimônio cultural brasileiro, sendo o tombamento uma das formas mais eficazes. Contudo, o texto constitucional não estabelece contraprestação indenizatória ao particular, mas apenas no § 3º do citado dispositivo prevê que “a lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais”.

Com efeito, nas três esferas do poder executivo (federal, estadual e municipal) 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 consequência, 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 prisma, se admitidas como regra para o tombamento à indenização ou à desapropriação indireta, os particulares teriam que

aguardar, por muitos anos, para receber a indenização, uma vez que as citadas medidas seriam pleiteadas e reconhecidas pela via judicial e o pagamento se daria mediante precatórios.

No caso do particular que permanece na propriedade do bem apesar do uso reduzido, a indenização tardia pode inviabilizar a conservação do bem tombado e/ou 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. Na forma como descrita pelos doutrinadores que defendem esta posição entende-se que o proprietário permanece na posse do bem tombado até o recebimento da indenização e, em conseqüência, há risco de perder o interesse na conservação do bem tombado, sob alegação de que é atribuição do Estado.

À respeito 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 bens.¹⁵

Nos casos em que a propriedade privada tiver a utilização diminuída devido às restrições impostas pelo tombamento, o Estado não tem o dever de indenizar o proprietário do bem tombado. A natureza jurídica do tombamento, entendida como categoria própria, não pressupõe a indenização.

¹⁵ *Meio Ambiente Cultural: Tombamento – Ação Civil Pública e aspectos criminais*, pg. 309-360.

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 (artigos 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 (artigos 19, 20 e 25 do Decreto-lei nº 15/37).

Assim sendo, 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.

A propósito da repartição dos ônus, Antonio Queiroz Telles afirma que “a coletividade, também, deverá arcar com o custo pelas restrições impostas ao proprietário do bem tombado. Há que se repartir entre as partes esses ônus, devendo o Poder Público conceder aos particulares certos privilégios, destinados a compensar os seus reais prejuízos. Em verdade, não haveria nisso, qualquer sentido de protecionismo imoral. Antes, estaria a Administração concretizando o conteúdo da regra da igualdade. Realmente, se todos são iguais perante a lei, será justo que não só os benefícios como, também, os ônus sejam equitativamente distribuídos entre os membros da coletividade”.¹⁶

Em outros países com patrimônio cultural mais rico, como Itália e Espanha, foram adotadas soluções mais criativas do que a indenização,

¹⁶ Ibid, pg. 100.

buscando 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.¹⁷

No Brasil, o § 3º do artigo 216 da Constituição Federal dispõe que a lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

Nesse sentido, a título de exemplo, a Lei nº 9.725, de 2 de junho de 1984 do Município de São Paulo prevê incentivos a serem concedidos aos proprietários de imóveis tombados.

No artigo 1º estabelece que o potencial construtivo dos imóveis de caráter histórico ou de excepcional valor artístico, cultural ou paisagístico, preservados por lei municipal, poderão ser transferidos, por seus proprietários, mediante instrumento público. E no artigo 10 a citada lei municipal estabelece a isenção do pagamento da taxa para aprovação de projetos de reforma ou restauração de imóveis.

Outras propostas de incentivos podem ser esboçadas como a alteração da legislação que regula o tombamento para adequação a nova ordem constitucional; a isenção do pagamento de tributos que incidam sobre os imóveis tombados; a isenção do pagamento de taxas relativas à restauração e à reforma do imóvel tombado; a concessão ou ampliação de benefícios fiscais às pessoas físicas e jurídicas que colaborem com a preservação cultural; a permuta do imóvel tombado por outro da Administração Pública e o planejamento urbanístico, especialmente, no tombamento geral.

¹⁷ José Eduardo Ramos Rodrigues. Ibid, pg. 335-336.

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.

Todavia, considerando a distribuição eqüitativa 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, tais como, a isenção do pagamento de tributos que incidam sobre o imóvel, a isenção do pagamento de taxas relativas à reforma e à restauração do imóvel tombado e a orientação técnica e material para a preservação do bem cultural.

III. Conclusão

Do exposto concluímos:

- a) O tombamento, como uma das formas de promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro, enquadra-se no conceito de função social da propriedade;
- b) O tombamento tem natureza jurídica própria, apesar de apresentar atributos comuns à limitação administrativa e à servidão administrativa;
- c) O tombamento que acarreta o aniquilamento da propriedade implica em indenização mediante desapropriação (direta).
- d) O processo administrativo é a via processual apropriada para a discussão sobre a inutilidade da propriedade em razão das restrições impostas.

e) O tombamento que acarreta danos específicos ao particular em decorrência de sacrifícios especiais acarreta indenização fundada na responsabilidade objetiva do Estado (artigo 37, § 6º, da Constituição Federal);

f) Excluídas as hipóteses de desapropriação (direta) e de indenização fundada na responsabilidade objetiva do Estado, o tombamento não implica no dever de indenizar;

g) A preservação do bem objeto de tombamento é responsabilidade do proprietário do bem, do ente público que promoveu o tombamento e da coletividade que desfruta do bem tombado, respondendo cada um a seu modo e na devida proporção (artigos 19, 20 e 25 do Decreto-lei nº 25/37).

h) O pagamento de indenização pelo Estado não assegura a igualdade de direitos do particular perante a Administração Pública e sim, a repartição dos ônus do tombamento entre os membros da coletividade, mediante incentivos a serem concedidos aos proprietários dos bens tombados.

IV. Referências Bibliográficas

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

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

CAVALCANTI, Flávio de Queiroz. *Tombamento e dever do Estado de indenizar*. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 709, nov.1994.

CRETELLA JUNIOR, José. *Regime jurídico do tombamento*. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, vol. 112, abr./jun. 1973, pg. 50-68.

DALLARI, Adilson Abreu. *Tombamento*. In: DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lucia Valle (coord.), *Temas de Direito Urbanístico*. São Paulo: Ed. RT, vol. 2, 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 16^a Ed., São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003.

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

_____. *Disciplina Urbanística da Propriedade*. 2^a Ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MACHADO, Carlos Augusto. *Tombamento – Um instituto jurídico*. In: DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lucia Valle (coord.), *Temas de Direito Urbanístico*. São Paulo: Ed. RT, vol. 1, 1991.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Ação Civil Pública (ambiente, consumidor, patrimônio cultural) e tombamento*. São Paulo: RT, 1986.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24^a Ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *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.

TELLES, Antonio A. Queiroz. *Tombamento e seu regime jurídico*. São Paulo: Ed. RT, 1992.

VITTA, Heraldo Garcia. *Tombamento: uma análise crítica*. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros Editores, 2000, vol. 3, pg. 166-188.