INSTITUTO LUTERANO DE ENSINO SUPERIOR DE ITUMBIARA-GO CURSO DE BACHARELADO DE DIREITO

HITHALLO ALMEIDA DIAS

**TOMBAMENTO: INSTRUMENTO ESPECIAL DE INTERVENÇÃO RESTRITIVA DO ESTADO NA PROPRIEDADE PRIVADA**

Itumbiara

2016

HITHALLO ALMEIDA DIAS

**TOMBAMENTO: INSTRUMENTO ESPECIAL DE INTERNVENÇÃO RESTRITIVA DO ESTADO NA PROPRIEDADE PRIVADA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Instituto Luterano de Ensino Superior de Itumbiara-GO, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Jaquiel Robimson Hammes da Fonseca

Itumbiara

2016

PRISCILA KETTOLY SILVA SANTOS

**TOMBAMENTO: INSTRUMENTO ESPECIAL DE INTERNVENÇÃO RESTRITIVA DO ESTADO NA PROPRIEDADE PRIVADA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de apresentação: \_\_\_\_\_\_/\_\_\_\_\_\_/\_\_\_\_\_\_.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ Orientador:

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

Nome

Titulação - Instituição

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

Nome

Titulação - Instituição

**Primeiramente,** dedico este trabalho **a Deus**,pois ele está comigo em todo momento.

Dedico também **à minha família**, especialmente, aos meus pais, que são meus alicerces sobre os quais pude fundamentar minhas crenças e encontrar a verdade.

Eles que para mim são sinônimos de amor, orientação, força e proteção, me serviram de fonte inspiradora na realização de mais um objetivo, que acreditaram e me deram total apoio para superar os mais ímprobos obstáculos ao longo de toda minha vida.

**Agradeço a Deus**, por ter me conduzido arealização desse sonho.

**Aos meus familiares, amigos** e todos queestiveram presentes comigo, contribuindo de alguma forma nesta conquista.

Ao meu orientador **Jaquiel Robimson Hammes** **da Fonseca** pelo apoio para o desenvolvimentodesse trabalho.

**Aos meus professores e colaboradores do** pelos ensinamentos ao longodesse curso, contribuindo para a concretização desse trabalho.

“A persistência é o caminho do êxito.”

**CHARLES CHAPLIN.**

**RESUMO**

A presente pesquisa tem como tema o tombamento: instrumento especial de intervenção restritiva do estado na propriedade privada. Neste sentido, como o instituto do tombamento interfere no direito de propriedade e a possibilidade de indenizar o proprietário do imóvel tombado frente as decisões jurisprudenciais?É sabido que o instituto do tombamento é uma forma de intervenção do Estado na propriedade privada, violando o direito de propriedade, visto as determinações estabelecidas pela Administração Pública, no entanto essa intervenção se perfaz sob o fundamento de que a propriedade deve atender a sua função social. Assim, eis que surge a necessidade de buscar de forma efetiva a justa indenização ao proprietário do imóvel tombado para que ele não fique no prejuízo. À vista disso, a presente pesquisa tem como objetivo geral abordar o instituto do tombamento como uma desapropriação indireta, que visa a proteção do patrimônio histórico e cultural, bem como a possibilidade do Estado indenizar o proprietário do imóvel tombado. Ainda nos objetivos a serem expostos na presente pesquisa, traz como específicos averiguar o direito de propriedade na sua função social e supremacia do interesse público. Objetiva ainda a pesquisa, analisar de forma geral o instituto do tombamento, elucidar quanto ao poder-dever do Estado e Administração Pública indenizar o proprietário do imóvel tombado frente aos prejuízos causados ao particular. Destarte, espera-se através desta pesquisa, que o particular que teve seu bem tombado tenha o direito a imediata indenização em face as restrições impostas e o consequente esvaziamento econômico do bem. Acentua-se que será utilizado como material de pesquisa as obras que versam acerca do tema proposto, bem como os entendimentos dos Tribunais de Justiça, utilizando o método dedutivo, desenvolver a presente pesquisa interdisciplinar.

**Palavras chave**: Tombamento. Desapropriação Indireta. Indenização.

**ABSTRACT**

This research has the theme the tipping: special instrument State restrictive intervention in the private property. In this sense, as the tipping Institute interferes with property rights and the possibility to indemnify the owner of the property front overturned the court decisions? It is known that the registration of the institute is a form of state intervention in private property, violating the right to property, since the criteria established by the public authorities however that intervention amounts to be on the grounds that the property must meet its social function. So here comes the need to find an effective way to just compensation to the property owner overturned so that it does not get into mischief. In view of this, the present study has the general objective approach the tipping of the institute as an indirect expropriation, which aims to protect the historical and cultural heritage, as well as the ability of the State to compensate the property owner overturned. Although the goals to be set out in this research brings to ascertain the specific property rights in its social function and supremacy of public interest. Yet objective research, generally consider the registration of the institute, elucidate on the power and duty of the State and Public Administration indemnify the property owner tumbled front of the particular damages. Thus, it is expected through this research that the individual who had his well fallen has the right to immediate compensation in the face of the restrictions and the consequent economic emptying of the well. It is accentuated to be used as research material works that deal on the proposed theme as well as the minds of the Courts of Justice, using the deductive method, to develop this interdisciplinary research.

**Keywords:** Tipping. Indirect expropriation .Compensation.

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | **SUMÁRIO** |  |  |
| **INTRODUÇÃO** | | 11 |  |
| 1**A ABSTRAÇÃO GERAL DA PROPRIEDADE PRIVADA** | | 14 |  |
| 1.1 | **Evolução histórica da propriedade privada** | 14 |  |
| 1.2 | **Direito de Propriedade no Ordenamento Jurídico Brasileiro** | 16 |  |
| 1.3 | **Função social da Propriedade e Supremacia do Interesse Público** | 21 |  |
| 2**UMA ANALISE DO INSTITUTO DO TOMBAMENTO** | | 25 |  |
| 2.1 | **Conceito, Natureza Jurídica e Espécies de Tombamento** | 25 |  |
| 2.2 | **Competência e Procedimento Administrativo do Tombamento** | 28 |  |
| 2.3 | **Formas de Controle do Patrimônio Histórico e Cultural** | 32 |  |
| 3 | **DEVER DO ESTADO DE INDENIZAR O PROPRIETÁRIO FRENTE AS** | 36 |  |
| **LIMITAÇÕES IMPOSTAS PELO TOMBAMENTO** |  |  |
|  |  |  |
| 3.1 | **Tombamento: Uma Desapropriação Indireta** | 36 |  |
| 3.2 | **O ônus suportado pelo Proprietário do Imóvel Tombado** | 38 |  |
| 3.3 | **O Dever do Estado de Indenizar o Proprietário do Imóvel Tombado** | 42 |  |
| 3.4 | **Uma Analise Jurisprudencial Acerca da Questão Indenizatória** | 45 |  |
|  | **CONSIDERAÇÕES FINAIS** | 50 |  |
|  | **REFERÊNCIAS** | 52 |  |

11

**INTRODUÇÃO**

Este projeto de pesquisa tem como ponto principal a análise do instituto do Tombamento como forma especial de intervenção restritiva do Estado na propriedade privada.

O Tombamento é um instituto bastante utilizado pelo Poder Público, tendo em vista seu objetivo de proteger o patrimônio histórico e cultural, através de aplicação da lei regida pelo Direito Administrativo. Porém a aplicação deste instituto se confronta com o direito de propriedade.

Nesse sentido, o presente trabalho tem o desígnio de investigar tal questão: como o instituto do Tombamento interfere no direito de propriedade e a possibilidade de indenizar o proprietário do imóvel tombado frente às decisões jurisprudenciais.

Com o fim de solucionar tal questionamento trabalha-se, por hora, com a hipótese de que o instituto do tombamento viola o direito de propriedade, visto as determinações estabelecidas pela Administração Pública, no entanto, essa intervenção se perfaz sob o fundamento de que a propriedade deve atender a sua função social, neste sentido o interesse público prevalece frente aos interesses privados. No que tange a indenização, essa se opera quando for verificado que o tombamento trouxe reais prejuízos para o proprietário do imóvel tombado, mas embora o Estado formalize o processo de Tombamento, impedindo a utilização do bem pelo particular, ocorreu, de fato, uma desapropriação do imóvel.

1. estudo ora apresentado tem como objetivo geral: abordar o instituto do tombamento como uma desapropriação indireta, que visa à proteção do patrimônio histórico e cultural, bem como a possibilidade do dever do Estado de indenizar o proprietário do imóvel tombado, especificamente: averiguar o direito de propriedade na sua função social e supremacia do interesse público; analisar de forma geral o Instituto do Tombamento; elucidar quanto ao poder-dever e Administração pública indenizar o proprietário do imóvel tombado frente aos prejuízos causados ao particular.

O método de abordagem utilizado foi o dedutivo, visto que se trata de uma idéia geral como o direito de propriedade, se vinculando a uma idéia especifica que é as restrições ao direito de propriedade.

Para tanto, trata-se de pesquisa teórica, qualitativa que teve como fonte primária a Constituição Federal Brasileira de 1988, e como fontes secundárias doutrinas, artigos de periódicos e estudos já realizados por outros pesquisadores. O objeto do presente estudo

12

revela-se interdisciplinar, visto que se realiza com a colaboração intrínseca entre o Direito Administrativo, abrangendo a Decreto-Lei nº: 25/37, o Direito Civil abrangendo a propriedade e a Constituição Federal de 1988, percorrendo assim, uma interação mútua de diversas informações de modo recíproco e coordenado; com a perspectiva de solucionar o problema proposto. A pesquisa mostrar-se de forma explicativa, pois analisa fatos acerca do Tombamento e há colisão frente ao direito de propriedade.

O tema pode contribuir muito à sociedade, pois, o direito de propriedade não é absoluto, diante da possibilidade de sofrer uma intervenção do Estado que detém o direito de restringir ao proprietário do imóvel que ele exerça seus direitos de propriedade em face da função social que seu imóvel deva atender e a supremacia do interesse público.

Essas disposições são cunhadas como privilégio para o Estado, o que fica demonstrado pela existência da supremacia do interesse público que se opera na intervenção restritiva do Estado na propriedade privada para que ela atenda a sua função social.

Assim, o proprietário do imóvel tombado pode sofrer prejuízos com essa intervenção, o que possibilita o dever do Estado em indenizar.

A intervenção do Estado na propriedade acontece quando se verifica a necessidade de tombar determinado imóvel, resultando em limitações ao direito de propriedade, que se faz necessária para garantir a função social da propriedade, tendo em vista que tal imóvel terá para a sociedade maiores benefícios se o fizer tombado e assim garantir a proteção deste patrimônio histórico e cultural.

Quanto à relevância acadêmica, diante da hipótese de restrição ao direito de propriedade frente ao instituto do tombamento, resulta na necessidade de conhecer melhor o Instituto do Tombamento, em seus aspectos mais importantes sendo necessário desenvolver este trabalho acadêmico para demonstrar informações esclarecedoras sobre o tema.

Percebe-se a necessidade de discutir sobre o presente tema, visto se tratar de uma matéria de grande repercussão por abordar o direito fundamental da propriedade privada e o direito a preservação do patrimônio histórico e cultural, debatendo assim os dois direitos conflitantes. O tema é bastante polêmico e, para explaná-lo de forma clara, foi adotada como marco teórico a obra de José dos Santos Carvalho Filho que analisa Tombamento como um Instrumento Especial de Intervenção do Estado na Propriedade Privada. Tal matéria se encontra no Direito Administrativo, assim a intervenção do Estado na propriedade se perfaz por interesse público, constituindo objeto de direito público, mais especificamente do Direito Administrativo, pois embora muitas das normas legais limitadoras de direitos individuais sejam de caráter constitucional, penal, eleitoral, é da Administração Pública que cabe o

13

exercício dessa atividade de restrição ao domínio privado, por meio de poder de polícia fundado na supremacia do interesse público.

Sobre a relevância social cabe ressaltar que, tais limitações implicam no direito real de uso e gozo, em favor do poder público e de uma coletividade, afetando o direito do proprietário que perde desta forma, a exclusividade de poderes que exercia sobre seu imóvel, ficando demonstrada a importância social da presente pesquisa por se tratar de questões ligadas a sociedade.

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.

Portanto, percebe- se o sentido social da propriedade, no caso do proprietário do imóvel não respeitar essa função o Estado pode intervir até que seja ajustada para os fins a que a propriedade esta condicionada, prevalecendo o interesse público.

14

**1 A ABSTRAÇÃO GERAL DA PROPRIEDADE PRIVADA**

**1.1 Evolução histórica da propriedade privada**

* + possível identificar fazes distintas no tratamento da propriedade e, consequentemente, do direito de propriedade, sendo cada fase caracterizada por valores jurídicos, sociais, políticos diversos e compatíveis com o momento histórico a que ela se refere.

A propriedade antes de surgir como um direito no ordenamento jurídico, já existia como uma instituição social, política e econômica, sendo assim a propriedade antecede a sua jurisdicização.

Admite- se a existência do direito de propriedade antes mesmo da criação do Estado, ao longo da história a propriedade teve diferentes concepções, e para entender melhor

* necessário uma análise da propriedade em cada momento histórico:

Apesar de haver indícios de propriedade privada nos primórdios da humanidade, em especial, a partir do período neolítico, dar-se-ão passos largos ate a Grécia Antiga, onde se encontrarão bases sólidas quanto à existência do instituto da propriedade privada, por via de registros, quanto a divisão de terras entre os membros dos grupos familiares. (BOBBIO, 1991, p. 1.030).

No início das civilizações as formas originárias da propriedade tinham uma feição comunitária, como exemplo os povos indígenas que ao tempo da descoberta do Brasil, havia o domínio comum das coisas. Mas é no direito romano que se encontra a raiz histórica do direito de propriedade.

No direito romano, o direito de propriedade passou a assumir um caráter absoluto, individual e dogmático, igualmente a partir da civilização grega a propriedade passou a ter caráter individualista, tendo como características ser familiar, individual, indivisível e sagrada:

Sendo, como era, algo sagrado, onde os deuses eram louvados, onde o chão se prestava para o repouso eterno dos membros da família, túmulo que nunca se deslocava do lugar original, e onde as libações eram ritualizadas, geração após geração, evidentemente que o homem antigo havia de preservar este lugar como sua propriedade. Não podia dali se afastar, porque se o fizesse estaria negando a sua origem, a sua família, o seu chão. Preservava-o, portanto. (CARNEIRO, 1998, p. 26).

Em Roma, a noção de propriedade passou por três etapas distintas: coletiva, familiar e individual, como ensina Elaine Adelina Pagani:

15

Na primeira etapa eram as tribos que exerciam o direito de propriedade de forma coletiva, fato que deu origem a civilização. Na segunda etapa, a propriedade passou a ter um caráter familiar, surgindo a figura do *pater famílias*. O chefe de família recebia uma faixa de terras para cultivar durante toda a sua vida, sendo vedada qualquer forma de alienação, inclusive testar sobre ela, pois a coisa não era dele, mas sim um bem de família. Com a morte do chefe de família, as terras passavam por herança, somente, aos filhos homens. Na terceira etapa, os poderes do direito de propriedade, entes concentrado na figura da família, passaram a focar no individuo. Isto ocorreu porque, paulatinamente, os integrantes do grupo familiar foram adquirindo direitos individuais, por exemplo, o dote. (PAGANI, 2009, p 32 e 33).

A propriedade na Idade Média também sofreu mudanças em comparação ao Estado romano. A sociedade da Idade Media caracterizou- se pelo idealismo religioso e pelo pacto feudal de fidelização entre o suserano, aquele que cede o bem, e o vassalo, aquele que recebe o bem em troca de obrigações diversas, especialmente militares. A propriedade até então era tida como característica sua unitariedade, sendo fragmentada com o desdobramento das faculdades entre o titular do domínio eminente (Soberano), domínio direto (Senhor Feudal) e o domínio útil (Vassalo). O titular do primeiro concede o direito de utilização econômica do bem e recebe em troca serviços ou rendas e quem tinha domínio útil possuía a propriedade paralela.

Importante frisar que na Idade Media, as religiões se tornaram o centro do pensamento e da reflexão filosófica, mas o Cristianismo teve forte influencia sobre a noção de propriedade, destacando-se a doutrina filosófica de Santo Tomás de Aquino sobre a discussão filosófica do direito de propriedade privada, entre outros temas. (PAGANI, 2009, p. 37).

O período pós-Idade Media é marcado pelos ideais da Revolução Francesa que priorizou os poderes inerentes a propriedade ao indivíduo, sendo como um direito sagrado como ensina Jorge Miranda (1990, p. 54) ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir evidentemente e sob condição de justa e previa indenização.

O status de ser a propriedade um direito inviolável e sagrado do homem ganhou tutela no Código de Napoleão, como menciona Caio Mario da Silva Pereira (2004, P. 83) a Revolução Francesa pretendeu democratizar a propriedade, aboliu privilégios, cancelou direitos perpétuos, concentrando sua atenção na propriedade imobiliária e o Código Napoleão por ele gerado, que protegia o individualismo da propriedade, deixando de estar entre os direitos políticos e passando a estar entre os direitos sociais.

Diante da exclusividade da propriedade pós-Revolução Francesa e mediante seu crescimento na Revolução Industrial, constata-se que essa proteção atingia somente uma irrisória parcela da população, dos quais os burgueses, pois somente eles tinham acesso à

16

propriedade; logo, em nada significava a proteção da propriedade individual, uma vez que a maioria da população estava afastada do exercício desse direito.

Nesse sentido, posicionaram-se Karl Marx e Friederich Engels, responsáveis pela doutrina que culminaria na Revolução Russa de 1917:

O comunismo se caracteriza pela abolição da propriedade burguesa e não pela abolição da propriedade em geral. (...) Causamos horror falar em abolir a propriedade privada. Mas a propriedade privada na atual sociedade já está abolida para nove décimos da população. Se ela ainda existe para um grupo reduzido é justamente porque deixou de existir para esses nove décimos. Portanto, vossa acusação contra nós é a de nós propormos abolir uma forma de propriedade que, para subsistir, tem de privar a imensa maioria da população de qualquer tipo de propriedade. Em uma palavra, vós nos acusais de queremos abolir vossa propriedade. Tendes razão, é justamente esse o nosso objetivo. (MARX, ENGELS, 1986).

A propriedade socialista apresenta concepção diversa da propriedade individual e absoluta. A partir do século XIX, a socialização da propriedade imobiliária e as formas de intervenção permitidas ao Estado ensejaram a superação de que o direito de propriedade era perpétuo absoluto e natural.

Nesse período a propriedade individual passou por transformações que partiram do absolutismo rumo ao aspecto mais social da propriedade.

Em meio a Revolução Industrial que mudou drasticamente as relações de trabalho, acentuando as desigualdades sociais, a propriedade passou a ser considerada como um bem de produção, não podendo ficar concentrada na mão de poucas pessoas:

Neste período ocorre o choque da concepção subjetivista e individualista da propriedade frente os movimentos de caráter coletivo, simultaneamente ao desenvolvimento tecnológico e cientifico que vão dando lugar as novas formas de propriedade. (PAGANI, 2009. p. 43).

Desse modo, a propriedade individual, absoluta e exclusiva se torna um grande obstáculo para a atuação ativa do Estado para promover garantias sociais, havendo assim, a necessidade de uma relativização desse conceito liberal de propriedade. Isso não ocorreu de forma imediata, mas sim por via de um lento processo, marcado por lutas operárias e interesses burgueses, cujo resultado culminaria em uma nova configuração do direito de propriedade, denominado função social da propriedade.

**1.2 Direito de Propriedade no Ordenamento Jurídico Brasileiro**

17

A propriedade privada é um instituto que esta em constante mudança, sendo alvo de disputas econômicas e sociais, como entre o Estado e o proprietário do imóvel.

No Brasil a propriedade sempre foi preservada pelas constituições. A partir das Constituições do Brasil de 1824 e 1891 retra-se o caráter absoluto e perpétuo do direito subjetivo de propriedade, presente no “Código Napoleônico”.

Constituição Federal de 1891, em seu mencionava que tange ao direito de propriedade, aperfeiçoou sua técnica legislativa, pois o art. 72, § 17 previa que somente será permitida a desapropriação nos casos de necessidade ou utilidade pública, sempre mediante indenização prévia.

Na Constituição Federal de 1934 em seu art. 113, § 17 fora mantido a possibilidade de desapropriação por necessidade ou utilidade pública mediante prévia indenização, acrescentando que o Poder Público poderia usar a propriedade particular nos casos de perigo iminente, sendo que, nesse caso, a indenização seria após o uso dela.

Após a Carta 1937, retrocedeu quanto ao mínimo caráter social que se tinha na propriedade, retomando um caráter absoluto e individual. A Constituição Federal de 1946 foi um marco inicial do caráter social emprestando das Constituições brasileiras, superando o caráter absoluto e individual que fora prevalecido durante séculos.

Fora tratado na Constituição Federal de 1946 a possibilidade de desapropriação por interesse social, sendo disciplinado tal assunto em seu art. 146, § 16. Mas no art. 146 que foi condicionado o uso da propriedade de acordo com o bem-estar social, estabelecendo que o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social.

A partir daí o caráter social atribuído a propriedade foi mantido, inserindo inclusive a função social da propriedade como um principio da ordem econômica, como meio para atingir a justiça social.

Na Carta de 1988 o constituinte estabeleceu a propriedade privada e a função social da propriedade como princípios da “Ordem Econômica e Financeira”.

A Constituição Federal de 1988 manteve o direito de propriedade como um direito fundamental e a confirmação dos direitos e garantias individuais protegidos constitucionalmente, fora garantido o direito de propriedade em diversos artigos, no entanto, eles estão limitados ao atendimento da função social.

A função social da propriedade assumiu uma posição relevante, devendo ser cumprida independente do objeto que recair a propriedade:

18

Concebida como um direito fundamental, a propriedade não é, contudo, um direito absoluto, estando ultrapassada a afirmação constante da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, considerando-a sagrada. (CARVALHO, 2013, p. 126).

Como foi observado anteriormente, o direito de propriedade com o passar do tempo teve sua concepção modificada, ocorrendo a mitigação do seu caráter absoluto, perpétuo e exclusivo, para assumir uma aparência limitada, precária e social, diante da função social da propriedade.

Neste contexto a Constituição Federal de 1988 apresenta grandes avanços no tocante ao direito de propriedade, segundo ao qual a propriedade deve ser usada de forma condizente com os fins sociais ao qual está vinculada.

O art.5º da Constituição Federal de 1988, ao assegurar a todos a igualdade perante a lei, garante também entre outros direitos fundamentais, o direito a propriedade.

O regime jurídico da propriedade tem seu fundamento na Constituição Federal, pois no artigo 5°, XXII cita que “é garantido o direito de propriedade”, e no inciso XXIII em contrapartida menciona “e a propriedade atenderá a sua função social”.

A CRFB autoriza o direito de propriedade, no entanto estabelece uma consequência a esta garantia que somente será concedida desde que seja atendida a função social, restando demonstrada a autoridade do Estado frente ao particular que se vê obrigado a dispor de seu direito para atender ao interesse social.

Assim a Constituição Federal garante o direito de propriedade, logo depois impõe que a propriedade atenderá a sua função social, não há como escapar ao sentido de que só garante o direito da propriedade se a mesma atender a função social, sendo esta defendida pela Constituição Federal, neste sentido dispõe o autor:

Restrições a propriedade são, pois, condicionamentos a essas faculdades do seu caráter absoluto. Porque existem essas restrições é que se costuma dizer que não existe mais o direito absoluto da propriedade. Existem restrições a faculdade de fruição, que condicionam o uso e a ocupação da coisa, restrições a faculdade de modificação da coisa, restrições a alienabilidade da coisa. (SILVA, 2011, p. 280).

O direito de propriedade é garantido constitucionalmente, porém não é absoluto. Diz que é proprietário aquele que detém o poder de usar, gozar e dispor da coisa e ainda protege - lá de quem quer que injustamente a detenha. No entanto tal direito se encontra limitado sob o fundamento do bem estar coletivo, podendo o Estado intervir com o argumento da supremacia do interesse publico, para satisfazer as exigências da coletividade reprimindo a conduta do indivíduo proprietário em prol da sociedade.

19

O direito de propriedade é um dos direitos fundamentais garantido no artigo 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil, sendo um direito protegido na forma relativa.

Os elementos clássicos do direito de propriedade presentes no Código Civil de 1916 continuam dispostos na nova legislação civil instituída em 2002. O Código Civil de 2002, assumindo a tendência de socialização do instituto da propriedade e seguindo os preceitos da nova ordem constitucional que se instaurou a partir de 1988, estabeleceu em seu texto que a existência dos direitos de usar, gozar e dispor da coisa está condicionada a finalidades econômicas e sociais, dentre elas, a proteção ambiental, além da proibição de atos que possam acarretar prejuízo a outros e a previsão da possibilidade de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou interesse social.

O Código Civil em seu artigo 1.228 §1º cita que o direito de propriedade deverá ser exercido em consonância com as finalidades econômicas e sociais, acrescenta-se o §2º que também impõe a proibição dos atos que trazem prejuízos a outrem, do mesmo modo tal artigo se encontra em harmonia com o art. 187 da mesma lei que proíbe qualquer ato de abuso ao direito de propriedade. Por isso o proprietário antes de exercer seu direito deverá verificar a legitimidade de seu interesse, a fim de evitar qualquer prejuízo a terceiros.

O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

O primeiro elemento constitutivo da propriedade é o direito de usar, que consiste em uma faculdade que o proprietário tem de utilizar a coisa da maneira que entender mais conveniente, Maria Helena Diniz nos ensina que:

O direito de usar a coisa é o de tirar dela todos os serviços que ela pode prestar, sem que haja modificação em sua substância. O titular do *jus utendi* pode empregá-lo em seu próprio proveito ou no de terceiro, bem como deixar de utilizá-lo, guardando-o ou mantendo-o inerte. Usar do bem não é apenas retirar vantagens, mas também ter o bem em condições de servir. (DINIZ, 2011, p. 128).

No entanto o *jus utendi* é o direito de usar a coisa, dentro das restrições legais limitando apenas ao atendimento do bem estar da coletividade.

Ademais, o direito de gozar ou fruir se refere ao poder de perceber os frutos naturais ou civis, ou seja, aproveitar o imóvel economicamente, reforça esse atributo o art. 92 do Código Civil a existência do acessório supõe a do principal e no art. 1.232 o dono do principal sê-lo-á do acessório, pois “os frutos e mais produtos da coisa pertencem, ainda

20

quando separados, ao seu proprietário, salvo se, por preceito jurídico especial, couberem a outrem”.

O direito de dispor consiste no direito de aliená-la a título oneroso (venda) ou gratuito (doação), abrangendo o poder se gravá-la de ônus (penhor, hipoteca, servidão etc.) ou submetê-la ao serviço de outrem e o direito de reaver a coisa significa poder reivindicá-la de quem a possua injustamente.

A propriedade é um direito primário ou fundamental, ao passo que os demais direitos reais nele encontram a sua essência. Encontrando- se em mãos do proprietário todas as faculdades inerentes ao domínio, o seu direito se diz absoluto ou pleno no sentido de usar, gozar e dispor da coisa da maneira que lhe aprouver, podendo dela exigir todas as utilidades que esteja apta a oferecer, sujeito apenas a determinadas limitações impostas no interesse público. (GONÇALVES, 2011, p. 242 e 243).

Embora a propriedade plena seja também considerada ilimitada e absoluta, ao longo dos anos tal direito vem sofrendo mudanças, das quais limitações e restrições, impondo ao proprietário a diminuição dos direitos de propriedade.

Foi afastado o individualismo e o uso abusivo da propriedade, inserindo-a no contexto de utilização para o bem comum, utilizando a propriedade adequadamente respeitando os aspectos de proteção a fauna e da flora e para sublimação do patrimônio artístico e histórico.

Maria Helena Diniz (2011.p. 129) atribui que o direito de propriedade não deve ser entendido como um direito absoluto, como foi titulado no direito romano, pois deve ser entendido dentro do âmbito em que a norma jurídica permite seu movimento e desenvolvimento, neste sentido o Código Civil cita em seu artigo 1.321 que “a propriedade se presume plena e exclusiva, até prova em contrário”.

Entende-se que o direito de propriedade é uma garantia restringida a interesses públicos e sociais e diante disso percebe-se que a função social da propriedade é garantida no ordenamento jurídico brasileiro, após uma intensa relativização do caráter absoluto, exclusivo e perpetuo da propriedade.

Portanto, o direito de propriedade se configura como um dos direitos fundamentais tutelado pela Constituição Federal, no entanto, a propriedade se socializou e deve atender a sua função social.

Trata- se de um direito relativo, uma vez que inexiste no nosso ordenamento jurídico direito de ordem absoluta.

21

**1.3 Função social da Propriedade e Supremacia do Interesse Público**

Passada aquela concepção individualista da propriedade, predominando atualmente a visão de que o instituto é muito mais que um fim, se configura como um meio de alcançar o bem estar social.

Destaca-se que o Estado não defende o fim da propriedade privada, mas apenas que tal atenta a sua função social.

Essa concepção teve início quando o homem vivente em sociedade teve que empregar esforços para contribuir com o bem-estar da sociedade em detrimento de seus interesses individuais. Neste sentido o indivíduo passou a ter o dever de desempenhar suas atividades consubstanciadas no cumprimento da função social.

Nesse contexto a teoria da função social fora trazido para o âmbito do direito de propriedade, evocando o dever do proprietário em fazer uso do seu imóvel de forma a cumprir a sua função social, ou seja, de forma que o exercício do direito de propriedade obedeça os parâmetros legais estabelecidos, contribuindo assim para o interesse coletivo.

Dessa forma a Constituição Federal de 1988 institui no seu artigo 5°, XXIII que a propriedade atenderá a sua função social, reafirmando no artigo 170, II e III que a propriedade privada e sua função social atenderão os princípios da ordem econômica. Carvalho Filho nos ensina que:

O texto constitucional revela a existência de um direito contraposto a um dever jurídico. Dizendo que a propriedade deve atender a função social, assegura o direito do proprietário, de um lado, tornando inatacável a sua propriedade se consonante com aquela função, e, de outro, impõe ao Estado o dever jurídico de respeitá-la nessas condições. Sob outro enfoque, o dispositivo garante ao Estado a intervenção na propriedade se descompassada com a função social, ao mesmo tempo em que faz incidir sobre o proprietário o dever jurídico de mantê-la ajustada a exigência constitucional. (CARVALHO FILHO, 2011, p. 717).

O principal interesse do constituinte é que a propriedade possa cumprir sua função social, de modo que, esteja garantindo o bem estar social.

Cumpre destacar que tais direitos se encontram condicionados aos limites legais da função social da propriedade. Nesse sentido, Eros Graus defende que a função social importa numa ação ativa, em condutas positivas; a propriedade, compatível com o Art. 170, III, é aquela que desenvolve mais que o atendimento ao interesse individual. Acrescenta o autor:

22

* propriedade dotada de função individual respeita o art. 5º, XXII do texto constitucional; de outra parte a „propriedade que atenderá a sua função social‟, a que faz alusão ao inciso seguinte – XXIII – só pode ser aquela que exceda o padrão qualificador da propriedade como dotada da função individual. À propriedade-função social, que diretamente importa à ordem econômica – respeita o princípio inscrito no art. 170, III. No mais, quanto à inclusão do princípio da garantia da propriedade privada dos bens de produção entre os princípios da ordem econômica, tem o condão de apenas afetá-los pela função social – conúbio entre os incisos II e III do art. 170, mas, além disso, de subordinar o exercício em instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna.(GRAU, 1990, p.243).

Os preceitos da Ordem Econômica e Financeira têm como fundamento a existência digna e a justiça social assim reforçam a idéia de socialização da propriedade. A função social da propriedade se reflete no ponto de convergência resultante da evolução do conceito de propriedade. Assim, deve ser aplicado lado a lado com os interesses da coletividade.

A função social da propriedade, que corresponde a uma concepção ativa e comissiva do uso da propriedade, faz com que o titular do direito seja obrigado a fazer, a valer-se de seus poderes e faculdades, no sentido do bem comum: enquanto as obrigações de não fazer impostas ao proprietário se acham ligadas ao poder de policia, as obrigações de fazer decorrem de uma função social. (CARVALHO, 2013, p.127).

O fundamento da função social recai no abuso de direito, pois ele limita o direito de propriedade, pois limita seu uso, não podendo o proprietário usufruir de todos os direitos inerentes a propriedade.

Em relação à função social da propriedade, é oportuno destacar a Lei 10.257/01(Estatuto da Cidade), que regulando as disposições dos artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabeleceu normas de ordem pública, para regular o uso urbano da propriedade conforme o interesse coletivo.

Trata-se de uma lei importante já que nem todos os municípios possuem leis locais, contendo disposições que regulam política urbana para o crescimento da cidade e seu desenvolvimento.

O art. 2º da lei 10.257/01(Estatuto da Cidade) dispõe que a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das suas funções sociais da cidade e da propriedade urbana. Percebe- se que o legislador se preocupou com o cumprimento da função social da propriedade, de modo que a sociedade se beneficie, resultando no desenvolvimento social da cidade.

Ademais, dispõe o art. 182 da Constituição Federal de 1988 que a política de desenvolvimento urbano executado pelo Poder Público do município, conforme diretrizes fixadas em lei.

23

Ao analisar o art. 182, **§§**1º, 2º e 4º, incisos I, II e III da Constituição Federal a função social da propriedade dispõe que serão utilizados os meios necessários a serem utilizados para o correto desenvolvimento da função social da cidade, de forma a propiciar aos seus habitantes uma existência digna, sendo assim, deve estar adequada as políticas publicas de desenvolvimentos urbano e que tenha como propósito a efetivação da função social da cidade.

* inviável que uma cidade cumpra a sua função social, sem que a propriedade enquanto elemento formador da cidade não faça parte das diretrizes fixadas em lei, pois isso deve conduzir a se trabalhar paralelamente a cidade e a propriedade.

Di Pietro esclarece que a função social da propriedade é ligada ao interesse público, sendo eles primordiais e por isso entram em conflito com vários outras como, por exemplo, o particular, assim:

Não nos parece procedente a critica, tendo em vista que o dispositivo só autoriza o cancelamento em por motivos de interesses públicos, o que exige motivação, constatável perante o Judiciário, por parte do Presidente da Republica. Se for verdade que a proteção do patrimônio cultural é dever do Estado precisamente pelo seu interesse público, não é menos verdade que esse interesse pode, em determinado momento, conflitar com outros, também relevantes e merecedores de proteção, um deles terá que ser sacrificado, a critério da autoridade a quem a lei conferiu o poder de decisão. (DI PIETRO, 2014, p. 151).

Cumpre destacar que o direito fundamental da propriedade continua sendo protegido, ocorre que esse direito pode sofre algumas limitações resultantes no modo de fruição da propriedade.

As atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para beneficio da coletividade. Mesmo quando age em vista de algum interesse estatal imediato, o fim último de sua atuação deve ser voltado para o interesse público. E se, como visto, não estiver presente esse objetivo, a atuação estará inquinada de desvio de finalidade. (CARVALHO FILHO, 2011, p. 29).

Desde modo, o Estado está dedicado a atender o interesse social, dado a supremacia do interesse público. Logicamente vão ensejar vários conflitos entre interesse público e o interesse particular, mas, ocorrendo esse conflito, há de prevalecer o público, no entanto, não se pode aceitar que a particular saia prejudicado, deve- se haver uma ponderação entre as partes.

Trata-se, de fato, do primário interesse público. O individuo tem que ser visto como integrante da sociedade, não podendo os seus direitos, em regra, ser equiparados aos direitos sociais. Vemos a aplicação do princípio da supremacia do interesse público, por exemplo, no Tombamento, em que o interesse público suplanta o do

24

proprietário; ou no poder de polícia do Estado, por força do qual se estabelecem algumas restrições às atividades individuais. (CARVALHO FILHO, 2011, p. 29).

Quando o particular sofre a imposição interventiva do Estado, sua reação natural é a insatisfação, mas toda a intervenção visa ao atendimento de uma situação de interesse público desse modo menciona autora:

Para autorizar a intervenção na propriedade, é possível a utilização de dois grandes fundamentos. O primeiro é a supremacia do interesse publico e, em segundo lugar, há de ser verificada a prática de uma ilegalidade. Para alguns autores haveria a necessidade de apontar ainda um terceiro fundamento, que é a obediência a função social da propriedade. (MARINELA, 2011, p.841).

Portanto, o direito de propriedade está restrito a algumas condições impostas pelo Estado, entre elas, o Tombamento que impõe ao proprietário a limitações em seu imóvel caso este seja tombado, sofrendo este, obrigações positivas e negativas em face ao referido bem.

As atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado em beneficio da coletividade, devendo realizar suas condutas sempre velando pelo interesse da coletividade. A administração pública não pode transferir suas tarefas a terceiros a sua tarefa de zelar, proteger e vigiar o bem:

Desse modo, não é o indivíduo em si o destinatário da atividade administrativa, mas sim o grupo social num todo. Saindo da era do individualismo exacerbado, o Estado passou a caracterizar- se como o WelfareState (Estado/bem-estar), dedicado a atender ao interesse público. Logicamente, as relações sociais vão ensejar, em determinados momentos, um conflito entre o interesse público e o interesse privado, mas ocorrendo conflito, há de prevalecer interesse público. (CARVALHO FILHO, 2011, p.24).

Trata- se de fato de interesse público, assim observa-se a aplicação da supremacia do interesse público, por exemplo, quando o Estado realiza o tombamento em determinado bem imóvel, em que o interesse público é maior que o do particular proprietário do imóvel, estabelecendo então restrições aos exercícios do direito de propriedade.

Percebe-se que a propriedade pertence mais ao direito público do que a do privado, tendo em vista a criação de condições para que seja economicamente útil e produtiva e que seu exercício acompanhe sua função social no sentido de que a ordem jurídica confere ao seu titular um poder que está limitado aos interesses do Estado ou social.

Portanto, toda vez que o interesse público colite com o interesse particular, é aquele que deverá prevalecer, isso se chama supremacia do interesse público sobre o particular, retratando assim a intervenção do Estado na propriedade.

25

1. **UMA ANÁLISE DO INSTITUTO DO TOMBAMENTO 2.1 Conceito, Natureza Jurídica e Espécies de Tombamento**

O conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens, móveis e imóveis, existentes no País, cuja sua conservação tenha interesse público, pois tem relações a fatos históricos do seu País ou por seu valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico ou ambiental.

A palavra Tombamento tem origem portuguesa e significa fazer um registro de um patrimônio de alguém em livros específicos num órgão do Estado que cumpre tal função, ou seja, é reconhecido o valor histórico de um bem, que se transforma em patrimônio oficial e institui regime jurídico especial de propriedade, levando em conta sua função social.

Nesse sentido ensina Meirelles (2006, p. 574) que o Tombamento é a declaração pelo Poder Público do valor histórico, artístico, paisagístico, turístico, cultural ou cientifico de coisas ou locais que, por essa razão, devam ser preservados de acordo com a inscrição em livro próprio.

Um bem histórico é "tombado" quando passa a figurar na relação de bens culturais que tiveram sua importância histórica, artística ou cultural reconhecida por algum órgão que tem essa atribuição. O autor esclarece o sentido do Instituto do Tombamento:

Tombamento é a forma de intervenção na propriedade pela qual o Poder Público procura proteger o patrimônio cultural brasileiro. Quando o Estado intervém na propriedade privada para proteger o patrimônio cultural, pretende preservar a memória nacional. É o aspecto histórico de um país, como por todo reconhecido, que faz parte da própria cultura de um povo e representa a fonte sociológica de identificação dos vários fenômenos sociais, políticos e econômicos existentes na atualidade. (CARVALHO FILHO, 2011. p. 734).

O proprietário não pode, em nome de interesses egoísticos, usar e fruir livremente da sua propriedade, pois o uso da propriedade está atrelado a fatores históricos, artísticos, culturais, científicos, turísticos e paisagísticos.

O tombamento também é um instrumento de defesa de uma comunidade contra o excesso de demanda do capital ou das pressões demográficas.

Ademais, o instituto do tombamento visa proteger o patrimônio cultural brasileiro, sendo relevante para a memória nacional.

Na Constituição Federal de 1988, nota-se a preocupação do constituinte com a tutela do patrimônio cultural brasileiro, constituído pelos bens de natureza material e

26

imaterial, adotando um conceito abrangente do que seja patrimônio histórico, artístico e cultural. Definindo também instrumentos para efetivar a defesa pelo Estado destes:

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:I - as formas de expressão;II - os modos de criar, fazer e viver; III - viver;as criações científicas, artísticas e tecnológicas;IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

O tombamento é um procedimento administrativo, pois não se realiza em um único ato. Mas numa sucessão de atos preparatórios sujeitos a validade do ato final que é a inscrição no Livro de Tombo.

A natureza jurídica do Tombamento não é uma matéria pacificada, pois existem três correntes defendidas por diferentes doutrinadores do direito administrativo.

A primeira corrente defendida pelo doutrinador Hely Lopes Meirelles(2006, p.574) é que a natureza jurídica do Tombamento é uma espécie de intervenção do Estado de ordem restritiva, respaldado pelo exercício do Poder de Polícia da Administração Pública. No entanto, tal entendimento é genérico, pois é direcionada a uma coletividade de pessoas na mesma situação, já o Tombamento é direcionado a proteger um bem que se tornou um patrimônio histórico e cultural.

A segunda corrente defendia pelo doutrinador Celso Antonio Bandeira de Mello menciona que o Tombamento possui natureza jurídica de servidão administrativa. (2003, p. 774).

No entanto a servidão administrativa é ônus real de uso, imposto especificamente pela Administração a determinados imóveis particulares, para possibilitar a realização de obras e serviços públicos e não oneram ao proprietário o dever de conservam o bem, como acontece no tombamento.

Ademais, a mesma possui três características: ônus real incide sobre um bem particular e finalidade de permitir a utilização pública.

Sua principal característica é que ela incide sobre determinado bem, o que se difere da limitação administrativa, em que sua incidência é genérica e abstrata.

A terceira corrente sobre a natureza jurídica do Tombamento é defendida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro que a analisa em dois aspectos, o primeiro é se o ato do tombamento é discricionário ou vinculado, segundo, se a restrição que resulta o tombamento

27

constitui servidão administrativa ou limitação administrativa a propriedade, para a doutrinadora tombamento é uma categoria própria:

O tombamento tem em comum com a limitação administrativa o fato de ser imposto em beneficio 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 se difere porque falta a coisa dominante, essencial para caracterizar qualquer tipo de servidão, seja de direito público ou privado. Preferimos, por isso, considerar 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 de servidão administrativa. (DI PIETRO, 2014, p. 155).

Assim como Di Pietro, o doutrinador Jose dos Santos Carvalho Filho (2009, p.

1. defende que a natureza jurídica do Tombamento é uma forma especial de intervenção do Estado na propriedade privada. Não há que se falar de limitação ou servidão administrativa, pois esses institutos de assemelham, mas não podem em razão de suas similitudes servirem de natureza jurídica do Instituto.

Parece ser mais coerente a última corrente, pois embora a servidão administrativa se recaia sobre determinado bem sob fundamento de interesse público, tal categoria não pode ser considerada natureza jurídica do Tombamento, pois o mesmo é instituído por lei, o que difere do Tombamento.

Categoria própria por estabelecer interesses em prol da coletividade, tendo em vista que visa proteger o patrimônio histórico nacional, individualizando um bem e o impondo as mesmas características próprias.

Portanto, o instituto do tombamento é uma forma especial de intervenção do Estado na propriedade privada, pois o mesmo é uma categoria própria contendo normas próprias de controle.

Este tema diz respeito a limites impostos ao direito de propriedade decorrentes de atuações administrativas. Algumas figuras que expressam tais limites também são utilizadas para fins precipuamente urbanísticos.

As espécies de tombamento podem ser definidas levando em consideração a manifestação da vontade ou a eficácia do ato, podendo ser voluntário ou compulsório, conforme Decreto-lei nº 25/37:

Art. 7º Proceder-se-à ao tombamento voluntário sempre que o proprietário o pedir e a coisa se revestir dos requisitos necessários para constituir parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional, a juízo do Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ou sempre que o mesmo proprietário anuir, por escrito, à notificação, que se lhe fizer, para a inscrição da coisa em

28

qualquer dos Livros do Tombo. Art. 8º Proceder-se-á ao tombamento compulsório quando o proprietário se recusar a anuir à inscrição da coisa. (Decreto-lei nº 25/37, arts, 7º e 8º).

Ademais o Tombamento, quanto a sua eficácia, poderá ser provisório ou definitivo, destaca José dos Santos Carvalho Filho (2011, p. 739) que é provisório enquanto está em curso o processo administrativo instaurado pela notificação, e definitivo quando, após concluído o processo, o Poder Público procede a inscrição do bem no livro do Tombo.

Para Odete Medauar um dos principais efeitos do tombamento é sua imodificabilidade, no qual é declarado o valor histórico de um bem, por isso, devem ser preservados, assim cita:

Tais limitações baseiam- se ou no direito privado, preponderamente, ou no direito público. Dentre as últimas, figuram as limitações tratadas pelo direito administrativo (...). O objetivo das limitações administrativas situa-se no entendimento do interesse público, que poderá revestir-se de conotação específica, por exemplo, ao se invocar iminente perigo público, ao se mencionar o interesse social. Tendo em vista que o direito de propriedade recebe garantia constitucionais, as inflexões a esse direito dêem ter respaldo na própria Constituição Federal ou na lei. (MEDAUAR, 2012, p.378 e 379).

* por esse motivo que ainda em relação ao presente instituto, como já, visto, garante o direito de propriedade desde que atenda a função social, assim a supremacia do interesse público está vinculada a garantir o interesse social.

O reconhecimento do valor histórico de um bem o transforma em patrimônio oficial e institui regime jurídico especial de propriedade, levando em conta sua função social.

Desse modo, podemos considerar que o tombamento é fundado na necessidade de adequação da propriedade a correspondente função social, sendo imposto ao proprietário do imóvel a se sujeitar algumas restrições advindas do Estado concernentes ao uso de seu bem, e consequentemente a propriedade estará atendendo a sua função social.

Portanto o instituto do tombamento apresenta- se como um instrumento especial de intervenção do Estado na propriedade privada, com a finalidade de preservação do patrimônio histórico, artístico e cultural brasileiro que visa sempre atender a função social e o interesse público, ou seja, estrutura o direito de propriedade ante a sua funcionalização social, percebida e protegida pelo Estado pelo instituto do tombamento.

**2.2 Competência e Procedimento Administrativo do Tombamento**

29

A competência para proceder à intervenção na propriedade se dá através da Constituição Federal de 1988, que em diversos dispositivos traça as competências entre as pessoas federativas.

A competência para fazer o Tombamento é da União através do Instituto de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, pelo governo Estadual, através do Instituto de Patrimônio Histórico e Artístico do Estado, pelo Conselho Estadual da Cultura, ou pelas administrações municipais, utilizando de leis especificas ou a legislação federal.

Diferente da competência para legislar sobre essas matérias é a competência para legislar sobre as restrições e os condicionamentos ao uso da propriedade. Essa competência se reparte entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tudo em conformidade com o sistema de divisão de atribuições estabelecido na Constituição. (CARVALHO FILHO, 2011, p. 714).

Além da competência legislativa, as pessoas políticas dispõem de competência administrativa, que é consubstanciada através de atos administrativos.

O primeiro ponto a considerar é aquele que é o de que toda a atividade administrativa há de ser suporte na lei, porque assim impõe o principio da legalidade. Sendo assim, a competência administrativa estará condicionada a competência de legislar sobre a matéria. Se o município, para exemplificar, tem competência para legislar sobre as restrições a atividade de construção (que implica modo interventivo na propriedade), terá, *ipso facto*, competência para praticar os atos administrativos necessários á execução da lei que editou. (CARVALHO FILHO, 2011, p. 715).

Desse modo, tais atos administrativos se demonstram como o exercício poder de polícia da Administração Pública, seguindo os parâmetros legais,concretiza as restrições autorizadas por lei e fiscaliza seu cumprimento.

O tombamento é o ato final do processo do processo administrativo, pois a lei exige que se apure uma série de aspectos que conduzem a necessidade de intervenção do Estado na propriedade privada.

O ato de tombar determinado imóvel é um ato final de um processo administrativo que se faz necessário para o fim de apurar detalhadamente os aspectos que conduzem a necessidade da intervenção do Estado na propriedade privada com intuito de defender a mesma em prol da coletividade. O doutrinador Hely Lopes Meirelles ensina sobre a competência:

Não há de se confundir, portanto, a competência para praticar o ato de intervenção com a competência pra praticar o ato de intervenção, ou a medida simplesmente condicionadora do uso da propriedade ao bem- estar social, já autorizada pelo art. 170, III, da CF. As normas de intervenção na propriedade privativas da União; os

30

atos executivos ou regulamentares do uso da propriedade podem ser do Estado-membro ou do Município, nos limites de sua competência territorial e institucional. (MEIRELLES, 2006, p. 599).

A abertura do processo administrativo de tombamento de um bem cultural ou natural pode ser solicitada por qualquer cidadão, pelo proprietário, por uma organização não governamental, por um representante de órgão público ou privado, por um grupo de indivíduos por meio de abaixo assinado e por iniciativa da própria Coordenadoria do Patrimônio Cultural.

De qualquer modo, se torna fundamental que o solicitante descreva o máximo possível a localização ou dimensões e características do bem e uma justificativa do porque está sendo solicitado que o imóvel seja tombado.

O que é importante assinalar neste passo é a absoluta necessidade de ser observado o principio fundamental do devido processo legal, no qual se assegura ao proprietário o direito ao contraditório e a ampla defesa, incluindo, os meios de prova que visem a demonstrar a inexistência de relação entre o bem a ser tombado e a proteção ao patrimônio histórico cultural. Aplica-se, pois a norma do art. LV, da CF.(CARVALHO FILHO, 2011, p. 743).

Qualquer pessoa pode requerer o pedido de tombamento de bens que deverá ser encaminhado ao Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), no caso do tombamento federal. Depois do pedido de avaliação técnica cultural será aberto o processo de tombamento e sucessivamente a notificação do proprietário do referido imóvel sujeito ao tombamento como menciona o autor.

O processo não tem rito predefinido, podendo sua tramitação e os atos que o compões variar conforme a espécie de tombamento. Há, porém, alguns atos que devem integrá-lo necessariamente. Um deles é o parecer do órgão técnico cultural. Outro é a notificação ao proprietário. Este, por sua vez, se manifesta anuindo no tombamento ou impugnando a intenção de deretá-lo. O Conselho Consultivo da pessoa incumbida do tombamento, após as manifestações dos técnicos e do proprietário, define o processo, podendo anulá-lo, se houver ilegalidade, rejeitar a proposta do órgão técnico, ou homologá-la, se necessário o tombamento. Este se torna definitivo com a inscrição no respectivo Livro de Tombo. (CARVALHO FILHO, 1011, p. 742).

Percebe- se que o importante neste passo é observar o devido processo legal no qual é assegurado ao proprietário do imóvel sujeito ao tombamento o direito do contraditório e a ampla defesa, incluindo também os meios de provas que visão demonstrar a inexistência de relação entre o bem a ser tombado e a proteção do patrimônio histórico, artístico ou cultural.

31

Di Pietro demonstra as fases do Tombamento quando de iniciativa do Ministério

Público.

1.Manifestação do órgão técnico sobre o valor do bem para fins de tombamento.2.notificação ao proprietário para anuir ao tombamento dentro do prazo de 15 dias, a contar do recebimento da notificação para responder.3se o proprietário anuir, por escrito, a notificação ou não impugnar tem-se o tombamento voluntário, com a inscrição do Livro de Tombo.4.havendo impugnação, será dada vista, no prazo de mais 15 dias, ao órgão que estiver tomada a iniciativa do tombamento, a fim de sustentar as suas razões.5.a seguir, o processo será remetido ao IPHAN, que proferirá decisão a respeito, no prazo de 60 dias a contar do recebimento.6.se a decisão for contraria ao proprietário, será determinada a inscrição no Livro do Tombo, se favorável, o processo será arquivado.(DI PIETRO, 2015, p. 149).

No caso do imóvel ser decretado com um bem imóvel tombado, após ser respeitado o devido processo administrativo. Este ato se resulta em alguns efeitos no que toca o uso e a alienação do mesmo, assim nos ensina Carvalho Filho:

Como o tombamento importa em restrição ao uso da propriedade privada, deve esse fato ser levado a registro no Ofício de Registros de Imóveis respectivo, sendo averbado ao lado da transcrição do imóvel. Se bem for alienado, o adquirente tem a obrigação de levar ao Registro de Imóveis a escritura pública, ou o termo de contrato, se for o caso, tendo o prazo de trinta dias para fazê-lo sob pena de multa correspondente a dez por cento do valor no negócio jurídico, bem como para comunicar a transferência ao órgão público cultural competente. (CARVALHO FILHO, 2011, p. 743).

Por seguinte o Conselho Consultivo terá que ser apreciada pelo Ministério Público da cultura, o qual poderá examinar todo o procedimento, anulando-o, se houver ilegalidade, ou revogando a decisão do órgão técnico, assim se for ao contrário do interesse público, ou, finalmente, apenas homologando. Assim concluído o tombamento definitivo do imóvel, deverá ser comunicado ao registro imobiliário competente.

Art. 13. O tombamento definitivo dos bens de propriedade particular será, por iniciativa do órgão competente do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, transcrito para os devidos efeitos em livro a cargo dos oficiais do registro de imóveis e averbados ao lado da transcrição do domínio. ( Decreto-lei 25/37, art. 13).

Há quem entenda que colocando os bens tombados sob a proteção do poder público, a autoridade competente para determinar o tombamento não pode deixar de fazê-lo quando o parecer do órgão técnico reconhecer o valor cultural do bem para fins de proteção. Neste sentido Di Pietro explica que:

Ocorre que o patrimônio cultural não é o único bem que compete ao Estado proteger. Entre dois valores em conflito, a Administração terá que zelar pela

32

conservação daquele que de forma mais intensa afete os interesses da coletividade. Essa apreciação terá que ser feita no momento da decisão, diante do caso concreto, evidentemente, se nenhuma razão o interesse público obstar o tombamento, este deve ser feito, por isso mesmo, a recusa em fazê-lo há de ser motivada, sob pena de transformar- se a discricionariedade em arbitro que afronta a própria Constituição, na parte em que protege os bens de interesse público. (DI PIETRO, 2011, p. 161).

Cabe destacar que o Tombamento é resultante de uma vontade expressa do Poder Público, proveniente de um interesse sócia, para que no fim tragam benefícios para toda sociedade.

Assim se um bem em uma cidade é tombado é porque ao longo de sua história, foi reunindo uma serie de características que o fizeram um exemplar único e notável para a memória de uma região, seu Estado ou pra toda a nação brasileira, além dos valores que possui para seus membros.

Portanto, quando um bem é tombado pelo poder público, tal esta sendo valorizado e reconhecido, e todos, materiais ou não, devem ser protegidos, conservados e divulgados visando à função social na qual a propriedade é vinculada.

**2.3 Formas de Controle do Patrimônio Histórico e Cultural**

Cabe ao órgão que efetuou o tombamento estabelecer os limites e as diretrizes para as possíveis interações sociais nas áreas próximas ao bem tombado.

Segundo o art. 9º, inciso III, do Decreto-lei 25/37 a abertura do processo de tombamento, por deliberação do órgão competente, assegura a preservação do bem até a decisão final, a ser proferida dentro de sessenta dias, ficando sustada desde logo qualquer modificação ou destruição.

* o que se denomina de tombamento provisório, cujos efeitos é comparado ao definitivo, salvo quando registrado em cartório imobiliário e ao direito de preferência reservado ao Poder Público.

Tal decreto veio pra organizar a proteção do patrimônio histórico, artístico e cultural brasileiro, instituindo o Tombamento com instrumento principal para a atuação do poder público, definindo regras, efeitos jurídicos e restrições ao uso normal da propriedade privada.

A Constituição Federal no seu artigo 30 inciso IX permite que os municípios realizem a proteção do patrimônio histórico cultural local, desde que observe a legislação federal e estadual.

33

Desse modo o Decreto-Lei nº 25 de 30 de novembro de 1937, que regula o tombamento estabelece que o bem que se submete ao tombamento adquire um regime jurídico especial, incumbi ao proprietário a obrigação de conservá-lo, mantê-lo dentro de suas características culturais, sob orientação e supervisão do órgão técnico do IPHAN.

Tal decreto veio pra organizar a proteção do patrimônio histórico, artístico e cultural brasileiro, institui o Tombamento com instrumento principal para a atuação do poder público, definem regras, efeitos jurídicos e restrições ao uso normal da propriedade privada.

O tombamento diz respeito tanto aos limites impostos pela Constituição Federal e pelo Código Civil quanto às decorrentes de atuações administrativas, sendo observado também o Decreto- lei n° 25, de 10 de Novembro de 1937 que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional.

A Constituição Federal no seu artigo 216 estabelece que “é função da União, do Estado e dos Municípios, com o apoio da comunidade, preservar os bens culturais e naturais brasileiros, dando especial atenção aos sítios arqueológicos.”

Ademais o artigo 23, inciso III, da Constituição Federal de 1988 incluem entre as funções de competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a proteção dos bens de valor histórico, artístico e cultural, tais como os imóveis tombados pela própria administração pública, sendo ainda estabelecido no artigo 24, inciso VII o exercício da competência concorrente a União, aos Estados e ao Distrito Federal, o que significa que a União limita-se em estabelecer normas gerais, exercendo os Estados à competência suplementar de acordo com os § §1° a 4° do artigo 24.

Já aos municípios foi dada a atribuição de promover a proteção de patrimônio histórico-cultural local, sendo observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

Como todo ato administrativo, o ato de Tombamento está sujeito ao controle, cabe o controle judicial quando cingir-se a apreciação de questões concernentes a legalidade do ato, ou seja, se houver vício no procedimento administrativo previsto em lei, o que derivará desvio de finalidade por estar contaminado de vícios de legalidade quanto a formalização exigida para sua validade:

Primeiramente, é possível o controle administrativo, exercido pelo presidente de entidade pública cultural ou, como visto, pelo Presidente da República. O controle aqui pode ser de legalidade ou de conveniência. Será de legalidade quando se vislumbrar vício relativo aos requisitos de validade do ato, como a competência, a forma, a finalidade. De conveniência (ou de mérito) quando, por razões de interesse público aferíveis apenas pela Administração, for rejeitada a proposta de tombamento ou for cancelado o próprio ato de tombamento. (CARVALHO FILHO, 2011, p. 745).

34

O proprietário do bem tombado deverá preservar e manter as características do mesmo, entretanto, não é vedado sua alienação, desde que o Poder Público seja devidamente notificado e exerça seu direito de preferência na compra do bem. Entretanto, as possíveis obras realizadas para a conservação do bem deverão ser previamente aprovadas pelo órgão que efetuou o tombamento. A aprovação está vinculada ao nível de conservação do bem.

Da mesma forma será possível o controle judicial, tal deverá abranger a apreciação de questões relacionadas à legalidade do ato, já no que se refere a não necessidade de intervenção do Estado na propriedade, este ato é eivado de vicio que poderá ser invalidado judicialmente, como observa José dos Santos Carvalho Filho (2011, p. 745) não cabendo, porém nessa via discutir dois aspectos administrativos que conduzem a valoração do bem no sentido cultural do bem e a necessidade de sua proteção, pois essa parte do ato é insidicável pelo Judiciário.

Outro meio de controle é a ação popular, cuja previsão está no inciso LXXIII do artigo 5° da Constituição Federal de 1988, sendo cabível para a anulação de atos lesivos ao patrimônio público e, especificamente, ao patrimônio histórico e cultural.

A ação é regulada pela Lei n° 4.717, de 29 de junho de 1965, dependendo de observância de uma condição especial: a legitimação ativa para a causa é privativa do cidadão:

Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinqüenta por cento do patrimônio ou da receita ânua, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.§ 1º - Consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.

Importante instrumento protetivo é a ação civil pública, instituída pela Lei N° 7347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

O tombamento como já visto é uma das formas possíveis de serem tomadas para a preservação dos bens histórico, artísticos e culturais, na medida em que impede legalmente a sua destruição e sua descaracterização.

35

* necessário deixar claro que aquele que ameaçar ou destruir um bem tombado está sujeito a processo legal que poderá fixar multas, medidas compensatórias ou até mesmo a reconstrução do bem como estava na data do tombamento dependendo da sentença final do processo.

Conforme o art. 17 do Decreto-lei 25/37 as coisas tombadas embora permaneçam no domínio e posse de seus proprietários, não poderão em caso algum ser demolidas, destruídas ou mutiladas e nem pintadas sem previa autorização do IBCD, sob pena de multa de cinqüenta por cento do dano causado.

Assim fora determinado que o tombamento seria o instituto principal de atuação da tutela do patrimônio cultural, estabelecendo mecanismos de controle ou de caráter repressivo, vale lembrar que o citado decreto esta em vigor até a presente data, mas vêem sofrendo alterações ao longo do tempo para se adaptar as mudanças no quadro cultural brasileiro.

Ressalta- se que quando um bem imóvel for considerado um bem tombado após todo o processo administrativo a que ele se sujeita, o mesmo deverá ser registrado no respectivo Livros do Tombo.

Portanto, se o proprietário do imóvel tombado provar que inexiste qualquer fator que implique a necessidade da intervenção do Estado na propriedade como meio de proteção, o ato estará eivado de vício e poderá ser invalidado na via judicial.

36

**3 DEVER DO ESTADO DE INDENIZAR O PROPRIETÁRIO FRENTE AS LIMITAÇÕES IMPOSTAS PELO TOMBAMENTO**

**3.1 Tombamento: Uma Desapropriação Indireta**

A desapropriação indireta ocorre em situações em que o Poder Público invade o bem privado sem respeitar o procedimento administrativo inerente a desapropriação, sendo reconhecida pela doutrina como um irregular apossamento:

Desapropriação indireta é a designação dada ao abusivo e irregular apossamento do imóvel particular pelo Poder Público, com sua conseqüente integração no patrimônio público, sem obediência as formalidades e cautelas do procedimento expropriatório. (BANDEIRA MELLO, 2010, p.897).

* comum se deparar com a desapropriação indireta nos casos em que o Estado disfarça a retirada de um bem, alegando que somente está fazendo uma intervenção restritiva na propriedade, mas tal intervenção impede o uso normal do bem pelo seu proprietário.

De acordo com Meirelles (2006, p. 587) a intervenção restritiva na propriedade é todo o ato do Poder Público que compulsoriamente retira ou restringe direitos privados, afeta cada uma seu modo o direito de propriedade, pois tem características que acarretam maiores ou menores prejuízos ao proprietário.

Desse modo o Estado restringe o uso da propriedade quando o mesmo intervêm retirando a propriedade privada do particular e dar-lhe destinação pública ou interesse social, como exemplo através do Tombamento, que está disfarçado em uma verdadeira desapropriação indireta.

O Poder Público, conquanto reconheça e assegura a propriedade privada, condiciona o uso dessa mesma propriedade e o exercício da atividade econômica ao bem estar social.

Se para proteger o bem, o Poder Público tiver que impor restrição total, de modo que impeça o proprietário do exercício de todos os poderes inerentes a propriedade, neste caso deverá desapropriar o bem e não efetuar o tombamento, pois uma vez que as restrições possíveis, nesta última medida, são apenas as que constam da lei, e nela não consta a previsão de qualquer imposição retira totalmente o direito de propriedade.

Existem duas formas básicas de intervenção do Estado na propriedade, das quais: intervenção restritiva e supressiva, como ensina o doutrinador Jose dos Santos Carvalho Filho:

37

A intervenção restritiva é aquela que o Estado impõe restrições e condicionamentos ao uso da propriedade, sem, no entanto, retirá-la de seu dono. Este não poderá utilizá-la a seu exclusivo critério e conforme compensação conservará a propriedade em sua esfera jurídica. (CARVALHO FILHO, 2011, p. 717).

Na intervenção restritiva existe apenas a limitação de uso e gozo, tais como acontece no tombamento, servidão administrativa, ocupações temporárias e requisições administrativas. Já a intervenção supressiva se refere à perda total da propriedade quando houver interesse público, tal modalidade de intervenção é a desapropriação:

Intervenção supressiva, a seu turno, é aquela em que o Estado, valendo- se da supremacia que possui em relação aos indivíduos, transfere coercitivamente para si a propriedade de terceiro, em virtude de algum interesse público previsto na lei. O efeito, pois, dessa forma interventiva é a própria supressão da propriedade das mãos de seu antigo titular. (CARVALHO FILHO, 2011, p. 717).

Neste sentido, imagina- se que um ato de Tombamento impõe que o patrimônio do particular deva integrar o patrimônio histórico do município expropriante, sujeito a visitação popular e exigência de que os bens do proprietário sejam retirados do imóvel tombado, caracterizando assim uma impossibilidade de utilização do bem pelo particular, correndo de fato uma desapropriação indireta.

O Tombamento é o ato em que se reconhece o valor histórico de um bem, que o transforma em patrimônio oficial e institui regime jurídico especial de propriedade, levando em conta sua função social. Um bem histórico é tombado a partir do momento em que se passa a ter uma importância histórica, artística ou cultural que é oficializado perante um órgão que tem essa atribuição. Neste sentido o artigo 1° do Decreto-lei n° 25, de 30 de Novembro de 1937, específica:

Art. 1º Constitui o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interêsse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico. § 1º Os bens a que se refere o presente artigo só serão considerados parte integrante do patrimônio histórico o artístico nacional, depois de inscritos separada ou agrupadamente num dos quatro Livros do Tombo, de que trata o art. 4º desta lei.

Nesse sentido, quando se determina que o bem tombado passará a fazer parte do patrimônio público, qual seja do município expropriante, que ficará sujeito a visitação popular, com a exigência da desocupação do bem pelo particular, para que seja garantida a manutenção do patrimônio, de fato o Poder Público formalizou o tombamento, mas o que ocorreu de fato foi uma desapropriação indireta.

38

Ademais, o bem Tombado só pode ser desapropriado para manter o tombamento como ensina o doutrinador Hely Lopes Meirelles:

Os bens tombados só podem ser desapropriados para manter-se o Tombamento, jamais para outra finalidade. Nem mesmo as entidades estatais maiores poderão expropriar bens tombados pelas menores enquanto não for cancelado o tombamento pelo órgão competente. Se assim não fosse, nada valeria o tombamento pelo Estado ou pelo Município se a expropriação proviesse da União. (MEIRELLES, 2006, p.585).

Assim como no tombamento, a desapropriação indireta é um fato administrativo pelo qual o Estado se apropria de um bem particular, sem observar os requisitos da prévia indenização:

Trata-se de situação que causa tamanho repúdio que, com regra, os estudiosos a têm considerando verdadeiro esbulho possessório. Com efeito, esse mecanismo, a despeito de ser reconhecido na doutrina e jurisprudência, e mais recentemente até por ato legislativo, não guarda qualquer relação com os termos em que a Constituição e a lei permitem o processo de desapropriação. Primeiramente porque a indenização não é previa como exige a Lei Maior. Depois, porque o Poder Público não emite como deveria a necessária declaração indicativa de seu interesse. (CARVALHO FILLHO, 2011, p. 798).

O direito de propriedade é uma garantia constitucional, como fora observado, sendo um dos fundamentos basilares do ordenamento jurídico brasileiro, no entanto o instituto do tombamento é uma força do Estado que será usada sempre que houver maior interesse da coletividade, visando a atender a função social da propriedade.

Desse modo o Estado intervirá na propriedade privada sempre que esta não tiver atendendo sua função social, sustentando assim a idéia de supremacia do Estado frente aos interesses particulares, mas vale ressaltar que o particular encara uma serie de prejuízos com o tombamento, pois o mesmo na verdade impõe ao particular restrições quanto ao modo de uso da propriedade acarretando em perdas econômicas.

Portanto, observa- se que o tombamento é uma desapropriação indireta que se disfarça no processo administrativo do tombamento, no qual se impõe varias restrições perante o proprietário do imóvel, que passará a integrar o patrimônio histórico do município expropriante.

**3.2 Ônus suportado pelo Proprietário do Imóvel Tombado**

39

São muitas e cada vez mais numerosas as leis que interferem na propriedade. Tal exigência é necessária para regular as relações dos indivíduos e da sociedade frente à propriedade.

As limitações administrativas abrangem as restrições que afetam o caráter absoluto do direito de propriedade, dentre as quais sobre a faculdade de uso, ocupação e modificação da propriedade, para atendimento do interesse público. Podendo implicar uma obrigação de fazer, de se abster de algo ou deixar de fazer.

Tais limitações têm como objetivo o atendimento do interesse público, que poderá resistir-se de conotação específica, como no caso o instituto do tombamento.

As restrições ao direito de propriedade podem decorrer de ato voluntário, como a imposição das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade em doações ou testamento, conforme nos ensina o doutrinador Sílvio de Salvo Venosa:

Destarte, são inúmeras as restrições de ordem administrativa. Protege-se o patrimônio histórico, a fauna, a flora, o equilíbrio ecológico etc. Há leis especiais que cuidam expressamente dessas questões, restrições direcionadas a propriedade urbana e rural. Há restrições de ordem militar que dizem respeito a segurança nacional, disciplinando, por exemplo, a requisição de bens particulares necessários ás forças armadas nos casos de urgência e defesa nacional. No Código Eleitoral, também se dispõe sobre o uso da propriedade privada, quando se permite a requisição de bens para as realizações de eleições. (VENOSA, 2014, p. 177).

Existem inúmeras interferências ao exercício do direito de propriedade, além do instituto do tombamento que é apenas um dos mecanismos de restrições ao direito de propriedade. O estudo acerca sobre a proteção do patrimônio histórico, artístico e cultural nos permitiu a constatação de que o tombamento foi institucionalizado como um instrumento Especial de Proteção ao Direito de Propriedade.

A lógica do Tombamento assenta-se sob dois aspectos: de um lado, o Poder Público com poderes para garantir o interesse público e, de outro, o particular que tem seu imóvel tombado pelo Estado sofrendo limitações em seu uso.

O direito de propriedade, é um dos mais amplos direitos subjetivos concedidos ao homem no campo patrimonial, sofre inúmeras restrições ao seu exercício, impostas não só no interesse individual, senão também no interesse coletivo:

Da ordem econômica e social, que tem por escopo realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social com base nos seguintes princípios: liberdade de iniciativa; valorização do trabalho como dignidade humana; função social da propriedade, harmonia e condição da dignidade humana, função social da propriedade, harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção, repressão não só ao abuso do poder econômico, caracterizando pelo domínio dos mercados, como também á

40

eliminação da concorrência e ao aumento ao arbitrário dos lucros e expansão das oportunidades de emprego produtivo. (DINIZ, 2011, p. 279).

Tudo que foi citado são limitações ao exercício do direito de propriedade e dentre essas restrições impostas o Tombamento se destaca por ser uma forma especial de restrição ao direito de propriedade

Fora observado na Constituição Federal de 1988 a preocupação do Constituinte com a tutela do patrimônio cultural brasileiro sendo o Tombamento uma forma de intervenção administrativa do Estado na propriedade privada para a conservação do bem vinculado ao interesse público, pois a propriedade deve atender a questão social a qual esta vinculada, visando proteger bens históricos, artísticos e culturais.

A doutrinadora Maria Sylvia Di Pietro (2011.p.132) esclarece que, o Tombamento

* uma das limitações administrativas impostas pelo ente Público, constituem objeto do direito público, mais especificamente no direito Administrativo, pois cabe a Administração Pública o exercício dessa atividade de restrição ao domínio privado, por meio do poder de polícia fundado na supremacia do interesse público sobre o particular.

José dos Santos Carvalho Filho traz o seguinte conceito acerca do Instituto do Tombamento:

* + a forma de intervenção na propriedade privada pelo qual o Poder Público procura proteger o patrimônio cultural brasileiro. Quando o Estado intervém na propriedade privada para proteger o patrimônio cultural, pretende preservar a memória nacional.
  + o aspecto histórico de um país, como por todos reconhecido, que faz parte da própria cultura do povo e representa a fonte sociológica de identificação dos vários fenômenos sociais, políticos e econômicos existentes na atualidade. (CARVALHO FILHO, 2011, p. 734).

Limita-se o direito de propriedade quanto a intensidade de seu exercício em razão do princípio geral que proíbe ao indivíduo um comportamento que venha a exercer o uso normal da propriedade, o que de certa forma ocasionaria prejuízo ao proprietário do imóvel, bastando somente o ato de tombar para que o proprietário do imóvel seja lesado e tenha o direito a indenização em razão das limitações já impostas pela Administração Pública.

Neste sentindo o autor Pedro Lenza afirma que o direito de propriedade não é absoluto visto que:

Esse direito não é absoluto, visto que a propriedade poderá ser desapropriada por necessidade ou utilidade pública e desde que esteja cumprindo a sua função social, será paga justa e prévia indenização em dinheiro. Por outro lado, caso a propriedade não esteja atendendo a sua função social, poderá haver a chamada desapropriação sanção pelo Município com pagamentos em títulos da divida pública ou com títulos da dívida agrária, pela União Federal, para fins de reforma agrária, não abrangendo,

41

nesta ultima hipótese de desapropriação para fins de reforma agrária, a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, e não tendo seu proprietário outra, e a propriedade produtiva. (LENZA, 2011, p.895).

O Decreto-lei nº 25/37 dedica no seu capítulo III aos efeitos do tombamento, nos quais se resultam ao proprietário do bem tombado obrigações positivas (de fazer) e negativas (não fazer) e de suportar (deixar fazer).

Dentre as obrigações positivas os artigos 11, 19 e 22 do Decreto-lei nº 25/37 dos quais mencionam:

Art. 11. As coisas tombadas, que pertençam à União, aos Estados ou aos Municípios, inalienáveis por natureza, só poderão ser transferidas de uma à outra das referidas entidades. Art. 19. O proprietário de coisa tombada, que não dispuser de recursos para proceder às obras de conservação e reparação que a mesma requerer, levará ao conhecimento do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional a necessidade das mencionadas obras, sob pena de multa correspondente ao dobro da importância em que for avaliado o dano sofrido pela mesma coisa. Art. 22. Em face da alienação onerosa de bens tombados, pertencentes a pessoas naturais ou a pessoas jurídicas de direito privado, a União, os Estados e os municípios terão, nesta ordem, o direito de preferência.

Sendo assim o tombamento origina uma obrigação para o proprietário do bem tombado e para o Estado agir, com a colaboração da sociedade, contudo o Estado tem a maior capacidade de proteger esse patrimônio. Porém, na pratica se verifica que a proteção do imóvel fica a cargo do proprietário, das quais: o proprietário deve promover obras necessárias para a sua conservação e reparação do bem e sempre que houver necessidade de reparação, o órgão competente deve ser informado para que seja autorizado. O proprietário deve sempre agir para conservar o imóvel e repará-lo nos impostos pelo órgão competente.

As obrigações negativas são aquelas que o proprietário terá que suportar (deixar de fazer), não podendo destruir,mutilar ou demolir coisas tombadas, sem prévia autorização do IPHAN, ficando sujeito a fiscalização do bem pelo órgão técnico competente, sob pena de multa em caso de opor obstáculos indevidos a vigilância, não podendo inclusive repará-la, pintá-la ou restaurá-la ou não fazer outra obrigação negativa que se verifica nos artigos 14, 15 e 17 do Decreto-lei nº25/37:

Art. 14. A. coisa tombada não poderá sair do país, senão por curto prazo, sem transferência de domínio e para fim de intercâmbio cultural, a juízo do Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Art. 15. Tentada, a não ser no caso previsto no artigo anterior, a exportação, para fora do país, da coisa tombada, será esta seqüestrada pela União ou pelo Estado em que se encontrar. § 1º Apurada a responsabilidade do proprietário, ser-lhe-á imposta a multa de cinqüenta por cento do valor da coisa, que permanecerá seqüestrada em garantia do pagamento, e até que este se faça. § 2º No caso de reincidência, a multa será elevada ao dobro. § 3º A pessoa que tentar a exportação de coisa tombada,

42

alemde incidir na multa a que se referem os parágrafos anteriores, incorrerá, nas penas cominadas no Código Penal para o crime de contrabando. Art. 17. As coisas tombadas não poderão, em caso nenhum ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de cinqüenta por cento do dano causado.

Deste modo o tombamento gera a obrigação de mandar executar obras de conservação do bem quando o proprietário não puder fazê-lo, exercer permanente vigilância, e providenciar, no caso de imóveis, a transcrição do tombamento no Registro de Bens Imóveis.

O tombamento acaba sendo um ônus ao proprietário do imóvel tombado, pois impõe ao mesmo restrições e obrigações, uma vez que em nome da coletividade o particular suporta todos os encargos.

Portanto, a partir do momento em que o imóvel é Tombado serão tomadas medidas para preservação da propriedade impedindo legalmente sua destruição, caso isso não seja observado poderá ser aplicado pelo Estado multa ao sujeito que não respeitar tais medidas. O artigo 216 da Constituição Federal estabelece é função da União, Estados e municípios com o apoio da sociedade para preservar os respectivos bens tombados. No entanto, na pratica o maior ônus é do proprietário que além de sofrer restrições na sua propriedade, não podendo mais perceber os dos frutos da mesma, sacrificando seus direitos, se deparando também com várias obrigações para com o bem tombado, em prol da coletividade.

**3.3 O Dever do Estado de Indenizar o Proprietário do Imóvel Tombado**

Existe uma enorme polêmica entre a questão indenizatória, ocorrendo divergências doutrinárias em relação ao tombamento, se o Estado tem o dever ou não de indenizar o proprietário do imóvel tombado.

O tombamento de imóvel é reconhecido como um ato de força do Estado que limita e restringe o uso normal da propriedade privado pelo seu proprietário, causando diminuição econômica.

Considerando que a depender da natureza jurídica do tombamento, tal pode gerar indenização. Como se defende que a natureza jurídica do Tombamento é de tombamento, não caberia direito indenizatório pelo simples fato de tombamento, salvo justo prejuízo sofrido pelo proprietário do imóvel.

43

Existem duas correntes a cerca da questão indenizatória, para a doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, tal instituto pode ser definido como um procedimento administrativo pelo qual o Poder Público sujeita restrições parciais, não ensejando indenização:

O tombamento é sempre uma restrição parcial, não impedindo ao particular o exercício dos direitos inerentes ao domínio; por isso mesmo, não dá, em regra, direito a indenização; para fazer jus a uma compensação pecuniária, o proprietário deverá demonstrar que realmente sofreu algum prejuízo em decorrência do tombamento. Se para proteger o bem, o Poder Público tiver que impor restrição total, de modo que impeça o proprietário do exercício de todos os poderes inerentes ao domínio, deverá fazer uma desapropriação e não efetuar tombamento. (DI PIETRO, 2011, p. 141).

A doutrinadora defende que o dever de indenizar do Estado não é a regra, pois o instituto do tombamento não traz prejuízos ao proprietário, no entanto traz restrições ao exercício de alguns dos poderes inerentes a propriedade, resta demonstrada que se houver efetivo prejuízo poderá o proprietário do imóvel fazer jus a uma compensação pecuniária, não bastando o simples ato de tombar.

Sobre o aspecto indenizatório, o instituto do tombamento por resultar em restrições administrativas impostas pelo Poder Público para que o proprietário do imóvel tombado mantenha as características para a proteção do patrimônio histórico e cultural não gera qualquer indenização ao proprietário, no entanto, se este comprovar que o ato do tombamento lhe causou prejuízos poderá fazer jus à indenização.

No entanto, outra corrente defendida pelo doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello sobre a questão indenizatória é a mais acertada, pois o mesmo afirmar que é de rigor o ato de tombar ser indenizado por trazer manifesto esvaziamento econômico na maioria dos casos:

Como regra, o tombamento exige uma indenização ao particular cujo bem seja dessarte afetado. Sem embargo, quando abrange toda uma cidade ou quase toda, como ocorreu com Parati ou Ouro Preto, os imóveis não se desvalorizam e o tratamento a que se sujeitam os administrados é uniforme, inexistindo razão para que sejam indenizados, até porque, em muitos casos, ocorrerá valoração dos imóveis atingidos. Pelo contrário, na esmagadora maioria dos casos de tombamento pelo Patrimônio Histórico, quando são atingidos algum ou alguns especificados bens há uma individualização do bem objeto de ato imperativo da Administração, que traz consigo um prejuízo econômico manifesto, para o proprietário e, assim sendo é de rigor que seja indenizado. (BANDEIRA MELLO, 2010, p. 918 e 919).

Considerando que o tombamento é uma verdadeira desapropriação indireta, e que o mesmo se consuma com a incorporação do bem ao patrimônio publico, fato esse que ocorre no tombamento devido à perda do domínio útil e, portanto a perda indireta do imóvel para o

44

Poder Público. O art. 35 do Decreto-lei 3.365/41 fundamenta a desapropriação indireta, ensejando o procedimento administrativo em perdas e danos para com o prejudicado:

O pedido a ser formulado, portanto, pelo prejudicado é o de indenização pelos prejuízos que lhe causou a perda da propriedade. Há quem denomine a referida demanda de ação de desapropriação indireta, mas essa denominação se nos afigura nitidamente imprópria. Na verdade, a desapropriação indireta é um fato administrativo e como tal, constitui um dos elementos da causa de pedir da ação. O pedido do autor é o de ser indenizado pela perda da propriedade, de modo que sua pretensão deverá ser formalizada por meio de simples ação de indenização, cujo fato provocador, este sim, foi a ocorrência da desapropriação indireta.(CARVALHO FILHO, 2011, p. 800).

O dever de não indenizar ocorre em raras hipóteses, que é quando ocorre o tombamento em uma toda uma cidade ou em grande parte dela, pelo seu valor histórico, artístico e cultural, como ocorreu em Ouro Preto, Diamantina, Olinda, Parati e São Luiz do Paraitinga.

No geral o tombamento gera esvaziamento econômico do bem, não é justo que além de sofrer restrições em sua propriedade o mesmo tenha que arcar com ônus de conservá-la em benefício da coletividade:

Em decorrência do Tombamento os poderes inerentes ao titular do bem afetado ficam parcialmente elididos, uma vez que poderá usar e gozar o bem, mas não alterá-lo, para não desfigurar o valor que se quer guardar, além de ficar constituído no dever de mante-lo em boa conservação, o que terá de fazer a expensas próprias, salvo se não dispuser recurso para tanto. (BANDEIRA MELLO, 2010, p. 918).

A Constituição Federal (art. 216 § 1º, CF) garante que quando o tombamento esvazia por completo o potencial econômico do bem, o Estado deve efetuar a desapropriação.

Em decorrência do Tombamento os poderes inerentes ao titular do imóvel ficam afetados, uma vez que ele não poderá alterá-lo, além de ficar constituído o dever de mantê-lo em boa conservação:

O que terá de fazer a expensas próprias, salvo se não dispuser de recursos para tanto, caso em que, a teor do art. 19 do Decreto-lei 25/37, solicitará ao Poder Público o custeio de despesas. Tudo isto se o Poder Público não entender conveniente despojar, de vez, o *dominus* da senhoria sobre a coisa, desapropriando-a e adquirindo-a para si, todavia, desfazer a sujeição do bem a utilidade pública que comandou sua desapropriação. (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p.918).

A regra geral é que o tombamento não obriga a indenização, mas o que ocorre na maioria dos casos é a devida indenização, pois o proprietário tem que conservar o bem, existe interdição do bem, o que prejudica sua normal utilização suprimindo assim seu valor econômico.

45

**3.4 Uma Análise Jurisprudencial Acerca da Questão Indenizatória**

O tombamento gera um esvaziamento econômico dado as restrições impostas ao proprietário do imóvel, que só poderá alugar, vender ou comercializar o bem caso respeite tais restrições, desse modo, é fato que isso gerará uma maior dificuldade para se auferir ganhos, ocorrendo à desvalorização do bem.

Um caso polêmico foi em torno do casarão situado na Avenida Paulista, no centro de São Paulo, o mesmo foi construído em 1905, em 1992 o mesmo foi tombando pela Secretaria de Estado da Cultura. Em dezembro do corrente ano, os proprietários ajuizaram uma ação de desapropriação indireta, ou seja, de transferência da propriedade para o Estado, alegando que o tombamento impediu que o imóvel fosse destinado a projetos imobiliários de grande porte, assim pediram indenização no valor apurado na pericia, mais juros.

Por unanimidade, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal negou provimento ao agravo regimental interposto pelo Estado de São Paulo no Recurso Especial 261127:

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.(STF - RE: 361127 SP , Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 15/05/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-150 DIVULG 31-07-2012 PUBLIC 01-08-2012).

Assim a Justiça Paulista julgou a ação procedente, por entender que o tombamento aniquilou o valor econômico do bem, pelo fato do casarão estar localizado no centro econômico e financeiro de São Paulo, sendo um fator determinante para que ensejasse a indenização.

Outro julgado em sede de Agravo de Instrumento, no TJ/SP também concedeu a indenização, devido à desapropriação indireta, pois as restrições impediram a exploração econômica da propriedade:

Liquidação de sentença. Desapropriação indireta. Pretensão da Fazenda estadual de afastar a incidência de juros compensatórios sobre a indenização fixada na sentença, sob argumento de que não houve apossamento da área e de que o imóvel é inaproveitável, por estar localizado em terreno íngreme e montanhoso. Descabimento. Restrições decorrentes do tombamento que impediram a exploração econômica da propriedade pelos autores. Decisão agravada mantida. Recurso

46

desprovido.(TJ-SP - AI: 22178688520148260000 SP 2217868-85.2014.8.26.0000,

Relator: Nogueira Diefenthaler, Data de Julgamento: 04/02/2015, 5ª Câmara de

Direito Público, Data de Publicação: 05/02/2015).

O Tombamento grava de forma muito onerosa o patrimônio do particular, de forma que gera prejuízos econômicos e o esvaziamento do conteúdo econômico do imóvel, desta forma é cabível a indenização em razão de ter ocorrido uma real desapropriação indireta, no entanto o STJ negou a indenização em sede de recurso de apelação alegando que somente é uma limitação do direito de propriedade e não um apossamento administrativo, pois tratou-se de um dever de abstenção, ou seja, limitação e para que seja cabível a indenização, a restrição ao direito de propriedade haveria de ser tamanha que resultaria ele, na essência, inteiramente esvaziado:

TOMBAMENTO. Ação de anulação de ato administrativo. Resolução nº 01/2006 do Conselho Municipal de Preservação do Patrimônio Histórico, Cultural e Ambiental da Cidade de São Paulo - CONPRESP - com pedido subsidiário de indenização. Sentença de procedência. Conceito de "patrimônio histórico" conforme a Constituição Federal de 1988. Ato administrativo devidamente motivado. Pedido de indenização pela limitação do direito de propriedade. Imposição genérica ou abstrata que implica um dever de abstenção Hipótese de limitação administrativa e não de apossamento administrativo. Necessidade de comprovação do prejuízo sofrido. Nega-se provimento ao agravo retido e dá-se provimento à apelação da

Municipalidade.(TJ-SP , Relator: Magalhães Coelho, Data de Julgamento:

08/09/2014, 7ª Câmara de Direito Público).

Desse modo, fora entendido por esse tribunal que somente em situações extremas de esvaziamento completo dos poderes inerentes ao domínio é que subsistiria o direito a indenizar.

No entanto, o tombamento traz prejuízos ao proprietário, pode ser concedida a indenização através da desapropriação indireta. O tombamento para ensejar indenização deve-se ter gerado esvaziamento econômico, tendo que comprovar tal, o que na prática se torna complicado. O tombamento gera ao proprietário restrições que por si só tinham que se presumir o esvaziamento econômico.

Exige-se a comprovação o esvaziamento econômico, sob pena de não garantir a indenização. Neste sentido cita o TJ em sede de apelação:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO

ADMINISTRATIVO. PEDIDO INDENIZATÓRIO ALTERNATIVO. TOMBAMENTO. ALEGADA MÁCULA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO. INOCORRÊNCIA. PLEITO INDENIZATÓRIO. NÃO-DEMONSTRAÇÃO DO

ESVAZIAMENTO ECONÔMICO DO IMÓVEL. IMPROCEDÊNCIA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. I. Ressaindo dos autos a legalidade do questionado processo administrativo de tombamento, permeado que foi pela franquia hierática do contraditório e da ampla defesa, mantida deve ser a

47

decisão que reconheceu a sua higidez. II. "Constatando-se [...] que a indenização nos casos de tombamento apenas é devida quando as limitações impostas pelo Poder Público acarretam o esvaziamento do valor econômico do imóvel, situação não verificada na presente 'actio', o pedido de indenização [...] não merece acolhimento".(TJ-SC - AC: 20100277004 Capital 2010.027700-4, Relator: João Henrique Blasi, Data de Julgamento: 08/07/2014, Segunda Câmara de Direito Público).

Nesse mesmo sentido outro Tribunal de Justiça negou o pedido de indenização:

Desapropriação Indireta Tombamento Resolução nº 40/85 Serra do Mar Indenização pelas restrições impostas à propriedade - Hipótese de mera restrição ao uso - Limitação administrativa que não se confunde com apossamento administrativo e/ou desapropriação indireta Inexistência do dever de indenizar Possibilidade de utilização econômica do imóvel Ademais, dever de preservar que decorre da função social da propriedade Sentença de improcedência mantida - Recurso improvido.(TJ-SP - APL: 01413214820088260000 SP 0141321-48.2008.8.26.0000, Relator: Luis Fernando Camargo de Barros Vidal, Data de Julgamento: 10/03/2014, 4ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 12/03/2014).

O Superior Tribunal de Justiça julgou uma Ação de Indenização por Desapropriação Indireta em razão do ato de tombamento, no qual fora negado o pedido de indenização, em face da ausência de prejuízos ao particular:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ART. 105, III, A E C, DA

CF/1988. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. RESOLUÇÃO N.º 66, DE 10 DE DEZEMBRO DE 1985, DA SECRETARIA DA CULTURA DE SÃO PAULO, QUE DETERMINOU O TOMBAMENTO DE BENS NATURAIS DE RELEVANTE INTERESSE ECOLÓGICO, PAISAGÍSTICO E TURÍSTICO. LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS DE CARÁTER GERAL. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. IMPOSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ - ERESP 209.297/SP, DJ. 13.08.2007. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 458 E 535, DO CPC. INOCORRÊNCIA. 1. As limitações administrativas preexistentes à aquisição do imóvel não geram indenização pelo esvaziamento do direito de propriedade, máxime quando o gravame narrativo é antecedente à alienação e da ciência do adquirente (Precedentes: AgRg no REsp 769.405/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 06/04/2010, DJe 16/04/2010; EAg 404.715/SP, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Seção, julgado em 11/05/2005, DJ 27/06/2005 p. 215). 2. A determinação contida na Resolução n.º 66, de 10 de dezembro de 1985, da Secretaria da Cultura de São Paulo, consoante assentado no aresto recorrido, não acrescentou qualquer limitação àquelas preexistentes engendradas em outros atos normativos (Código Florestal, Lei do Parcelamento do Solo Urbano), que já vedavam a utilização indiscriminada da propriedade. 3. Consectariamente, à luz do entendimento predominante desta Corte, revela-se indevida indenização em favor de proprietários de terrenos atingidos por atos administrativos, como no caso sub examine, salvo comprovação pelo proprietário, mediante o ajuizamento de ação própria, em face do Estado de São Paulo, que o mencionado ato acarretou limitação administrativa mais extensa do que aquelas já existentes à época da sua edição. 4. In casu, a sentença consignou que "preexistentes o ato de tombamento e também as limitações impostas pela legislação ambiental - afinal quase 80% da área é floresta Ombrófila (cf. laudo pericial)" (fl. 127), sendo certo que o aresto recorrido assentou,verbis (fl. 202): "Os apelantes adquiriram o imóvel em 23.05.86 (fls. 13v), ou seja, após a edição da Resolução nº 66/85, já estando cientes, portanto das restrições administrativas existentes, bem como da topografia montanhosa e da Floresta Ombrófila presentes

48

na área, sob proteção do Código Florestal e do Decreto nº 750, de 10.02.93, tendo pagado por essa área preço condizente com a existência de tais limitações de uso, legalmente estabelecidas." 5. É inadmissível a propositura de ação indenizatória na hipótese em que a aquisição do imóvel objeto da demanda tiver ocorrido após a edição dos atos normativos que lhe impuseram as limitações supostamente indenizáveis, como ocorrera, in casu, com a Resolução n.º 66, de 10 de dezembro de 1985, da Secretaria da Cultura de São Paulo. (EREsp 254.246/SP, Rel. p/ Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Primeira Seção, julgado em 12/12/2006, DJ 12/03/2007 p. 189) 6. Mutatis mutandis, os seguintes precedentes desta Corte: AgRg nos EREsp 257.970/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 11/11/2009, DJe 19/11/2009; REsp 1.059.491/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 15/09/2009, DJe 30/09/2009; EREsp 209.297/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 13/06/2007, DJ 13/08/2007 p. 318. 7. Inexiste ofensa dos artigos 458 e 535, do CPC, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, mercê de o magistrado não estar obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 8. Recurso especial conhecido e desprovido.(STJ - REsp: 1168632 SP 2008/0265726-7, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 17/06/2010, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/07/2010).

Como citado, os atos de tombar um imóvel por si só geram prejuízos ao proprietário diante das limitações já impostas pelo Estado impossibilitando o uso normal do bem, no entanto, a jurisprudência dominante não aceita que somente esse ato gere o direito a indenização, tendo o particular comprovar o esvaziamento econômico.

Seria mais correto ao invés do Poder Publico instituir o tombamento em um imóvel deveria o proprietário voluntariamente querer tombar o mesmo em razão de benefícios, assim o particular se interessaria em tombar seu imóvel e preservá-lo, devido as vantagens do tombamento, assim não haveria tantos imóveis tombados em situações de abandono.

Lógico que o Poder Público tem o dever de tombar os imóveis que tem os requisitos legais exigidos, mas também possui o dever de preservá-lo. O que é visto na maioria dos casos é o descaso do Estado com o particular que na maioria das vezes o Poder Público não colabora financeiramente e deixa toda responsabilidade com o proprietário que já perdeu muito com o tombamento do seu imóvel.

Desse modo, o que se vê é muitos imóveis tombados abandonados, como foi no caso do casarão na Avenida Paulista que se desvalorizou porque o proprietário não procedeu às manutenções necessárias, sendo assim houve uma consequente desapropriação indireta do imóvel.

Além disso, não se deve haver tanto sacrifício particular em benefício da coletividade, sem ao menos ter alguma compensação, assim justa é a indenização ao ato do

49

tombamento por restringir o modo de uso da propriedade e consequentemente o esvaziamento econômico da mesma.

A imposição do Estado frente ao particular no que diz respeito à preservação do imóvel em prol da coletividade, deveria ser de responsabilidade maior do Estado já que o imóvel traz benefícios à sociedade. Ademais, o bem tombado é comandado pelo município expropriante, que impõe ao proprietário uma série de restrições quanto ao uso da propriedade e ainda uma série de deveres que ocasiona gastos ao mesmo.

Portanto, nada mais justo do que a indenização frente à desapropriação indireta de um imóvel, que fora disfarçado pelo instituto do tombamento, ocorrendo a perda de direitos quanto ao uso normal da propriedade pelo particular e acarretando esvaziamento econômico do bem.

50

**CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante ao exposto na presente pesquisa, fora observado que o tombamento é uma forma de intervenção do Estado na propriedade privada que visa garantir a proteção do patrimônio histórico e cultural, resultando na supremacia do interesse público para que seja respeitado a função social da propriedade. O fundamento da função social recai no abuso do direito, pois ele limita o direito de propriedade, não podendo o proprietário do imóvel usufruir de todos os direitos inerentes a propriedade.

Pode-se concluir que existe o dever indenizatório do Poder Público em face ao proprietário do imóvel tombado, tal instituto pode estar disfarçado em uma verdadeira desapropriação indireta, visto que quando o Estado intervém na propriedade através do Tombamento esse apenas trás restrições, ou seja, apenas limita ou restringe o exercício de direito, mas se essa intervenção restritiva impedir o uso do bem pelo particular, ela não será somente uma intervenção restritiva, mas sim uma desapropriação indireta. É imperioso destacar que a conclusão reverenciada é o fruto da união de inúmeros aspectos jurídicos existentes na legislação vigente que versam acerca da matéria em questão.

O regime jurídico da propriedade tem seu fundamento na Constituição Federal, pois seu art. 5° e incisos XXII e XXIII que prevêem que é garantido o direito de propriedade, no entanto, estabelece uma consequência a esta garantia que somente será concedida desde que seja atendida a função social, restando demonstrada a autoridade do Estado frente ao particular que se vê obrigado a dispor de seu direito para atender ao interesse do Estado. O tombamento é regulado pelo Decreto-Lei n° 25 de novembro de 1937 que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, tal decreto foi criado para proteger a memória nacional, instituindo o Tombamento como instrumento principal para a atuação do poder público, definindo regras, efeitos jurídicos e restrições ao uso da propriedade privada.

O Código Civil é um meio garantidor do direito de propriedade, assegura que é proibido qualquer ato de abuso ao direito de propriedade, no entanto, deve atender as suas finalidades econômicas e sociais.

Buscando solucionar a problemática de que como o instituto do tombamento interfere no direito de propriedade e a possibilidade de indenizar o proprietário do imóvel tombado frente as decisões jurisprudenciais, restou-se comprovado que o proprietário do imóvel tem direito a indenização, desde que observado a extensão dos prejuízos que o proprietário teve com o tombamento, não podendo afrontar os direitos do particular, pois o tombamento tem como objetivo resguardar o interesse público fazendo valer a supremacia

51

deste e não com o intuito de prejudicar particulares que se caso for deverão fazer valer a justa indenização.

Por fim, diante ao exposto com fundamento nos aspectos apresentados, os mais prestigiados tribunais admitem que o proprietário do imóvel tombado receba a justa indenização desde que comprove que o imóvel sofreu esvaziamento econômico, no entanto, espera- se que de todo o modo o proprietário do imóvel tenha sua compensação por ser responsável pela manutenção do imóvel, tendo o Estado o controlo repressivo sobre o mesmo, desta maneira espera-se que tais entendimentos sejam subscritos com mais consciência.

52

**REFERÊNCIAS**

BOBBIO, Norberto, NICOLA, Mateucci, GIANFRANCO, Pasquino. **Dicionário de Política.**

V. 2, 3. Ed. Brasília: UNB, 1991.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal / Subsecretarias de Edições Técnicas, 2012.

**\_\_\_\_\_\_\_.Decreto nº 25, de 30 de novembro de 1937.**Organiza a Proteção do PatrimônioHistórico e Artístico Nacional.Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/decreto-lei/del0073.htm>. Acesso em: 10abr. 2015.

**\_\_\_\_\_\_\_.Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.**Institui o Código Civil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 de set. 2015.

\_\_\_\_\_\_\_. **Lei N° 4.717, de 29 de junho de 1965**. Regula a ação popular. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 10 abr. 2015.

\_\_\_\_\_\_\_. **Lei N° 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 10 abr. 2015.

**\_\_\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Federal.Recurso Especial** nº 361127/SP, Relator: Min.

JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 15/05/2012, Segunda Turma, Data de

Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-150 DIVULG 31-07-2012 PUBLIC 01-08-

2012. Disponível em: < http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22084889/agreg-no-recurso-

extraordinario-re-361127-sp-stf>. Acesso em: 09 out. 2015.

**\_\_\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça.Recurso Especial** n**º** 1168632 SP 2008/0265726-7,Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 17/06/2010, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/07/2010. Disponível em: <http:// http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15360860/recurso-especial-resp-1168632-sp-2008-0265726-7>. Acesso em: 29 set. 2015.

**\_\_\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo.Agravo de Instrumento** nº

22178688520148260000/SP 2217868-85.2014.8.26.0000, Relator: Nogueira Diefenthaler,

Data de Julgamento: 04/02/2015, 5ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação:

05/02/2015.Disponível em: <http:// http://tj-

sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/165437775/agravo-de-instrumento-ai-

22178688520148260000-sp-2217868-8520148260000>. Acesso em: 09 out. 2015.

**\_\_\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo.Apelação** nº 00258675020118260053/SP

50.2011.8.26.0053, Relator: Magalhães Coelho, Data de Julgamento: 08/09/2014, 7ª Câmara

de Direito Público. Data de Publicação: 08/09/2014.Disponível em: <http: http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/139202830/apelacao-apl-258675020118260053-sp-0025867-5020118260053/inteiro-teor-139202839>. Acesso em: 29 set. 2015.

53

**\_\_\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Santa Catarina.Apelação Cível** n° 20100277004 Capital2010.027700-4, Relator: João Henrique Blasi, Data de Julgamento: 08/07/2014, Segunda Câmara de Direito Público. Disponível em: <http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/155304315/apelacao-civel-ac-20100277004-capital-2010027700-4>. Acesso em: 29 set. 2015.

**\_\_\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação n°** 01413214820088260000 SP0141321-48.2008.8.26.0000, Relator: Luis Fernando Camargo de Barros Vidal, Data de Julgamento: 10/03/2014, 4ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 12/03/2014. Disponível em: <httphttp://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/123565915/apelacao-apl-1413214820088260000-sp-0141321-4820088260000>. Acesso em: 29 set. 2015.

CARNEIRO, Ruy de Jesus Marçal. **Organização da Cidade**: **Planejamento Municipal,**

**Plano Diretor, Urbanificação.** São Paulo: Max Limonad, 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 20. Ed. Belo Horizonte: DelRey, 2013.

\_\_\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional Teoria do Estado e Constituição.** 18. ed. Belo Horizonte:

DelRey, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curdo de Direito Civil**. 5ª.

edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

LENZA. Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 5.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

MARX, Karl; ENGELS, Friederich. **Manifesto do Partido Comunista.** 6. ed. São Paulo:

Global, 1986.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 16.ed.São Paulo: Editora Revista de Tribunais, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

54

PAGANI, Elaine Adelina. **O direito de propriedade e o direito a moradia: um dialógo** **comparativo entre o direito a propriedade urbana imóvel e o direito a moradia**. PortoAlegre: EDIPUCRS, 2009.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional dos Direitos Fundamentais**.

Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, José Afonso da. Curso de **Direito Constitucional Positivo**. 34.ed. São Paulo:

Malheiros, 2011.

VENOSA. Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 14. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.