

JUSTIÇA & CIDADANIA

Edição 182 • Outubro 2015

A close-up photograph of Felipe Santa Cruz, a man with dark hair, wearing a dark suit, white shirt, and a patterned tie. He is looking slightly to the right and appears to be speaking into a microphone. His right hand is raised, with fingers slightly curled, as if gesturing during a speech.

FELIPE SANTA CRUZ
PRESIDENTE DA OAB/RJ

“A ADVOCACIA ESTÁ FORTE E UNIDA PARA SUPERAR A CRISE”

Carta ao leitor: O BRASIL QUE OLHA PARA FRENTE

Tombamento

Instituto Jurídico de Preservação do Patrimônio Cultural

Ana Maria de Sant'ana | Procuradora do Estado de São Paulo

Introdução

O Estado em busca da satisfação do interesse comum por vezes instrumenta-se das coisas que compõem o domínio privado. Firmam-se, assim, as figuras jurídicas que assinalam as intervenções administrativas e, entre elas, o instituto do tombamento, que é uma das formas de intervenção do Estado no domínio da propriedade privada, para o fim de preservá-la no interesse histórico, artístico, paisagístico, cultural e estético. O tombamento, portanto, é uma medida de preservação do patrimônio urbanístico, todavia, para que sua implementação seja exequível necessita de definição de responsabilidades tanto do proprietário do bem quanto do Poder Público.

A Constituição Federal, sob esse aspecto, estatui, em seu artigo 216, § 1º, que o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventário, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. Todavia, a real proteção do patrimônio cultural ainda depende de muito empenho tanto do Poder Público quanto da sociedade.

1. O tombamento como uma das formas de intervenção estatal na propriedade privada

Com o intuito de assegurar o cumprimento do princípio constitucional da função social da propriedade, o Estado intervém na propriedade privada.

De consequente, uma das figuras desse poder interventivo que o Estado exerce sobre as coisas e locais particulares de interesse público, destaca-se o tombamento.

Hodiernamente, convém anotar que o tombamento é considerado como um conjunto legal de restrições parciais que o poder público faz a um bem particular, móvel ou imóvel, por motivos de interesse público, mencionado em lei.¹

Neste contexto, a mesma linha de raciocínio é evidenciada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao dizer que:

O tombamento é forma de intervenção do Estado na propriedade privada, que tem por objetivo a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, assim considerado pela legislação ordinária, o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico (art. 1º do Decreto-lei nº 25, de 30-11-37, que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional).²

Em sua gênese, o tombamento pode ser definido como uma declaração de vontade do Poder Público destinado a preservar o patrimônio cultural. Pelo tombamento, o Poder Público emite declaração do valor histórico, artístico, paisagístico, turístico, cultural ou científico de coisas ou locais que, por essa razão, devam ser preservados, de acordo com a inscrição em livro próprio.³

Sem embargo dos doutrinadores que se opõem à natureza jurídica do tombamento como uma servidão administrativa e acena como limitação administrativa, o fato é que o tombamento restringe o direito de propriedade e impõe encargos, expressando consequências jurídicas e



caracterizando sacrifício de direito, implicando absorção do patrimônio e do valor do bem tombado.

Nesse sentido, o tombamento configura verdadeira servidão administrativa, na medida em que o Poder Público absorve uma qualidade ou um valor já existente no bem tombado, para desfrute ou proveito da coletividade.⁴

Assim, sempre que seja necessário, um ato específico da Administração, criando uma situação nova, atingiu-se o próprio direito e, pois, a hipótese é de servidão.⁵

De forma sintética, pode-se afirmar que o tombamento é, em verdade, ato complexo, caracterizado pela manifestação sucessiva de dois ou mais órgãos da Administração Pública. Há a inscrição do bem em livros especiais, chamados de Livros do Tombo, na repartição competente, a fim de que a utilização e a conservação se façam nos moldes prescritos na respectiva lei.

Chegados a este ponto, impõe-se considerar que tombar é preservar bens de valor histórico, cultural, arquitetônico, ambiental e afetivo para a população por meio de um procedimento administrativo vinculado, realizado pelo Poder Público, que determina que certos bens sejam objeto de proteção especial, por meio da inscrição do bem no Livro do Tombo.⁶

2. A preservação do patrimônio cultural

Por via do tombamento deve ser protegido o patrimônio cultural brasileiro.

Nesse sentido, o artigo 1º do Decreto-Lei nº 25/1937 declara:

Constitui o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto de bens móveis e imóveis existentes no país e cuja

conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnológico, bibliográfico ou artístico.

§ 1º. Os bens a que se refere o presente artigo só serão considerados parte integrante do patrimônio histórico e artístico brasileiro depois de inscritos separada ou agrupadamente num dos quatro Livros do Tombo, de que trata o art. 4º desta lei.

Outro traço peculiar do tombamento, quando visto sob o enfoque de proteção ao patrimônio cultural, é que o valor histórico, artístico, cultural, científico ou ambiental do bem depende de apreciação e proclamação pelo Poder Público. Portanto, há margem de liberdade conferida pelo legislador à Administração. Todavia, o Poder Público deve encontrar o melhor caminho para a satisfação das necessidades coletivas.

À Administração incumbe determinar quais são os espaços, os equipamentos coletivos, o patrimônio artístico, cultural, científico, ambiental, que mereçam proteção, mas tal não advém por mero capricho do legislador, mas sim pelo fato da Administração dado a sua posição privilegiada, poder tomar as decisões mais acertadas à satisfação dos interesses coletivos.

Nesse diapasão, deve-se aproximar o Direito da Ética, o que implica a busca por soluções justas, proporcionando atuação administrativa equilibrada entre os direitos individuais dos administrados e a finalidade legal.

Segundo Odete Medauar, ao Judiciário cabe o exame do mérito do ato administrativo discricionário e, nessa linha de raciocínio, a mesma autora informa que:⁷

A discricionariedade significa uma condição de liberdade, mas não liberdade ilimitada; trata-se de liberdade onerosa, sujeita a vínculo de natureza peculiar. É uma liberdade vínculo. Só vai exercer-se com base na atribuição legal, explícita ou implícita, desse poder específico a determinados órgãos ou autoridades. Por outro lado, o poder discricionário sujeita-se não só às normas específicas para cada situação, mas a uma rede de princípios que assegurem a congruência da decisão ao fim de interesse geral e impedem seu uso abusivo.⁸

É imperioso reconhecer, portanto, que todo ato administrativo discricionário é digno de uma motivação idônea, em observância às garantias e aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, além de outros consagrados pela nossa Constituição Federal. É dever do gestor público uma administração que atenda aos anseios da sociedade, ao mesmo tempo em que observa o sistema normativo presente (regras e princípios). A discricionariedade não pode ser considerada como sinônimo de arbitrariedade ou margem ao erro. Com isso, não há ato administrativo, violador de direitos ou garantias

observadas no bojo da Constituição, que escape do crivo do Judiciário (art. 5º, XXXV).⁹

Dessarte, embora parte da doutrina defenda ser o tombamento ato administrativo vinculado, há posição consagrada entre os estudiosos que o tombamento é ato discricionário, posto que o patrimônio cultural não é o único bem que compete ao Estado proteger. Entre dois valores em conflito, a Administração terá de ponderar os valores, zelando pelos interesses que afetem mais diretamente a coletividade.¹⁰

Também não se pode olvidar que a Constituição Federal estendeu o amparo do Poder Público a todos os bens que merecem ser preservados e atribuiu a todas as entidades estatais o dever de acautelá-los, assim como a qualquer cidadão o direito subjetivo de que os bens de valor cultural sejam protegidos. Isso porque qualificou como sendo de interesse público a conservação do patrimônio cultural.

Aliás, o artigo 216, § 1º da Constituição Federal informa que, para se atingir o objetivo de proteção do patrimônio cultural, deverá haver colaboração do Poder Público e da comunidade. Assim, diante dessa dicção constitucional, constata-se que o patrimônio cultural tem como titular o povo, e a todos os cidadãos brasileiros foi concedido um direito, um benefício social, qual seja, o da preservação e do amparo à cultura.

Nesse ponto, convém anotar que a ação civil pública é um dos instrumentos processuais adequados para reprimir ou impedir danos ao patrimônio cultural (art. 1º da Lei nº 7.347/1985).

Com efeito, o gestor público deve zelar pela boa administração, pela qual a atividade administrativa está sempre e fortemente condicionada.

Desse modo, a discricionariedade encontra limites como acentua Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, para o qual toda atividade do Estado-poder tem por baliza o interesse coletivo. Por conseguinte, não se tolera motivo determinante estranho ao interesse coletivo, nem preocupação da autoridade pública em conflito com ele.¹¹

Ora, só quando a Administração estiver perante várias soluções, todas ótimas, é que teríamos discricionariedade; de outra forma a discricionariedade seria apenas eventual, podendo não ser confirmada posteriormente pela realidade concreta.

Do exposto retém-se uma ideia essencial: a de que a atividade administrativa discricionária está hoje, mais que nunca, sujeita aos limites. Com efeito, a ato discricionário deixou de estar apenas vinculado quanto ao fim, constituindo tão só o limite típico do ato discricionário.

Os momentos vinculados do ato de natureza discricionária aumentaram, estendendo-se também à competência, à forma, nas formalidades do procedimento e, em particular, a falta de fundamentação, à exatidão dos pres-

supostos de fato e de direito e aos princípios diretores da atividade administrativa, uns de natureza procedimental, como, por exemplo, o princípio da eficiência; e outros de natureza material, como, o princípio da proporcionalidade e da justiça.

Assiste-se a uma redução do poder discricionário em detrimento de maior sujeição da Administração ao controle jurisdicional.

Em suma, a atividade discricionária do ato de tombamento deve ser exercida pelo Poder Público com comedimento, com equilíbrio e razoabilidade, e nunca de forma ilimitada.

Convém anotar que a concepção acerca do papel do Poder Público nas atividades discricionárias, mas particularmente no ato do tombamento vem crescendo entre os estudiosos do direito, tendo adquirido enorme importância no cenário atual, reclamando dos juristas todo o esforço para garantir a sua aplicabilidade e efetividade, bem como despertando o interesse no estabelecimento de critérios definidores de responsabilidades, deveres e direitos tanto do Poder Público quanto do proprietário como também dos proprietários dos imóveis vizinhos.

Discorrendo sobre o tema de efeitos do tombamento, atente-se para a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem:

O proprietário do bem tombado fica sujeito às seguintes obrigações:

Positivas: fazer as obras de conservação necessárias à preservação do bem ou, [...]

Negativas: o proprietário não pode destruir demolir ou mutilar as coisas tombadas nem, sem prévia autorização do IPHAN, repará-las, [...]

Obrigação de suportar: o proprietário fica sujeito à fiscalização do bem pelo órgão técnico competente, sob pena de multa em caso de opor obstáculos indevidos à vigilância.

Os proprietários dos imóveis vizinhos também sofrem as conseqüências do tombamento previstas no artigo 18 do Decreto -lei [...]¹²

Infelizmente no que tange às obrigações positivas (de fazer), negativas (não fazer) ou de suportar (deixar fazer), para os proprietários; e obrigações negativas (não fazer) para os proprietários dos imóveis vizinhos, e obrigações positivas (fazer) para o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN),¹³ ainda há muita violação, a desatenção às obrigações implica ofensa não apenas a um específico mandamento legal obrigatório, mas a própria Lei Constitucional, já que fere o princípio da legalidade e da moralidade administrativa.

Com razão é a doutrina de Hely Lopes Meirelles, para quem a administração pública tem como único objetivo o bem comum da coletividade administrada, de tal forma

que será ilícito e imoral todo ato administrativo que não for praticado no interesse da coletividade.¹⁴

Dessa forma, no embate do interesse público e o interesse privado, deve prevalecer o primeiro. Razão pela qual o Poder Público deve determinar o cumprimento das obrigações positivas e negativas dos proprietários dos bens tombados e dos proprietários dos imóveis vizinhos, sob pena de descuidar da coisa pública.

Nessa lógica, mister se faz observar que o estudo do instituto jurídico do tombamento é assunto da maior complexidade. Incontestemente, todavia, a assertiva de que a proteção do patrimônio urbanístico foi conferida ao Poder Público, toda vez que referidos bens mereçam a proteção e conservação, por serem considerados de interesse público.

Notoriamente, os valores patrimoniais culturais, históricos, paisagísticos, artísticos, arquitetônicos e científicos devem ser preservados, conforme as suas características originais, como forma de expressão da memória de seu povo.

Nesse mesmo contexto, a discussão acerca da necessidade de preservar a ideia e a história das civilizações deve-se interagir de forma intensa como uma preocupação antes política, senão social e mesmo econômica, pois que já se provou que um Estado organizado tem origem na sua história.

Com efeito, tombar é muito mais que o congelamento de um bem pelo Poder Público, com a efetiva declaração de que deve ser mantido e preservado; é também a manutenção de uma história. O tombamento, portanto, é um dos mecanismos do Estado para atingir a finalidade pública.

Considerações finais

O Poder Público, ao reconhecer que deve ser preservado o bem, por ter valor histórico, cultural ou ambiental, deve congelar aquela qualidade em favor da coletividade, posto ser de interesse público. Disso resulta que a preservação do patrimônio cultural é medida que se impõe ao Poder Público, pela própria Constituição, pois que submetida à legalidade e tem a Administração, em todos os seus níveis, o poder-dever de assegurar essa proteção, em prol do interesse comum.

Também é importante destacar que devem ser tombados tantos os bens públicos quanto os privados, na medida em que sejam necessários para preservarem o patrimônio cultural.

O tombamento protege o patrimônio constituído pelas realizações humanas e as obras da natureza, que representam valor histórico, artístico, cultural, científico ou ambiental.

E a decisão administrativa de tombamento é ato do Poder Público que decorre de lei.

Muito embora o tombamento se caracterize como ato do Poder Público, a sua omissão poderá ser suprida ou pelo

Ministério Público (art. 129, inciso III, da Constituição Federal), ou por associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano (art. 5º, inciso LXX, alínea “b”, da Constituição Federal), ou por qualquer cidadão por meio de ação popular (art. 5º, inc. LXXIII), a fim de que o Judiciário determine à pessoa competente a feita do referido ato.

Por derradeiro, distante do mérito da administração pública e das implicações econômicas, o certo é que vislumbra-se o instituto jurídico do tombamento como necessário à preservação da memória cultural de um povo.



Referências bibliográficas

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- _____. *Elementos do direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- _____. Tombamento e dever de indenizar. *RDP*, vol. 81, n. 65.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. vol. I.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Dicionário de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Forense, 1978.
- DALLARI, Adilson de Abreu. *Temas de Direito Urbanístico II, Tombamento*. São Paulo: RT, [s.d.].
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Tombamento: Instituto Jurídico de Proteção do Patrimônio Natural e Cultural*. RT, vol. 563, n. 28.
- _____. *Ação civil pública e tombamento*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- TELLES, Antonio Queirós. *Tombamento e seu regime jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

Notas

- ¹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Dicionário de Direito Administrativo*, p. 510.
- ² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 180.
- ³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 543.
- ⁴ DALLARI, Adilson de Abreu. *Temas de Direito Urbanístico, II, Tombamento*, p. 11/16.
- ⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Elementos de Direito Administrativo*, p. 180.
- ⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 544.
- ⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, p. 129.
- ⁸ *Ibidem*. p. 128.
- ⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 958.
- ¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 188.
- ¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, p. 486.
- ¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 185/186.
- ¹³ *Ibidem*. p. 185.
- ¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 85.