

O ESVAZIAMENTO ECONÔMICO EM RAZÃO DO TOMBAMENTO NA PROPRIEDADE PRIVADA E SEUS REFLEXOS

Daib Keith Costa¹

Orientadora: Fabiana Curi²

RESUMO

A intervenção do Estado gera diversos gravames sobre a propriedade. Essa intervenção, nada mais é do que restrições impostas pelo Estado ao direito de propriedade constitucionalmente admitidas, de modo geral. Dentre as diversas formas de intervenção do Estado sobre a propriedade privada tem-se a modalidade do tombamento, que busca proteger e preservar o patrimônio histórico-cultural brasileiro. Porém, muitas vezes a intenção dessa modalidade de intervenção do Estado não é alcançada, fazendo com que o bem protegido perca sua valorização, a ponto de levar ao questionamento se esse procedimento administrativo, tombamento, é uma forma de conservação ou de desapropriação indireta, que também é uma modalidade de intervenção do Estado, vez que quando o objetivo de conservação do bem não é alcançado, muitas vezes, ocorre o esvaziamento econômico do bem. E ocorrendo o esvaziamento do conteúdo econômico do bem, leva a intenção de proteção à consequências e reflexos negativos do verdadeiro objetivo do tombamento perante a sociedade. E quando produz direta ou indiretamente o esvaziamento econômico da propriedade particular, o dever de indenizar os danos causados pelo ato fica evidente, caso contrário, se caracteriza a desapropriação indireta disfarçada de tombamento.

Palavras-chave: Intervenção do Estado na propriedade. Esvaziamento Econômico do bem. Tombamento. Desapropriação Indireta. Reflexo Social.

ABSTRACT

The intervention of the State generates various liens on property. This intervention is nothing more than restrictions imposed by the State on the property right constitutionally admitted, in general. Among the various forms of state intervention on private property is the modality of tipping, which seeks to protect and preserve Brazilian historical and cultural heritage. However, often the intention of this modality of State intervention is not achieved, causing the protected good to lose its value, to the point of questioning whether this administrative procedure, tipping, is a form of conservation or indirect expropriation, which It is also an intervention modality of the State, since when the objective of conservation of the good is not reached, the economic emptying of the good often occurs. And as the emptying of the economic content of the good takes place, it takes the intention of protection to the consequences and negative reflexes of the true objective of the tipping up before the society. And when it produces directly or indirectly the economic emptying of private property, the

¹Acadêmica do 10º Semestre do Curso de Direito no Centro Universitário de Várzea Grande/MT (UNIVAG).

²Professora do Centro Universitário de Várzea Grande/MT (UNIVAG). Mestre em Direito Público.

duty to indemnify the damages caused by the act is evident, otherwise it is characterized by indirect expropriation disguised as tipping.

Key-words: State intervention in property. Economic emptying of the property. Tipping. Indirect Expropriation. Social reflection

1 INTRODUÇÃO

O tombamento é uma forma de intervenção do Estado na propriedade, pela qual o Poder Público busca proteger e conservar o patrimônio histórico cultural brasileiro. Porém, na busca pela proteção do bem, o Estado impõe limites ao proprietário em usar e fruir livremente dele, atendendo ao interesse público em fatores de ordem histórica, cultural e paisagística; ou seja, o bem privado está “protegido” pelo Poder Público, para conservar o patrimônio histórico sendo impostas algumas restrições ao proprietário.

Dentre as formas de intervenção do Estado, tem-se também a desapropriação indireta, que consiste num fato administrativo em que o Poder Público se apropria do bem privado sem o decreto expropriatório, sendo impostas também algumas restrições ao proprietário.

Para que se mantenha a estrutura, a história, a cultura, a paisagística de uma propriedade, é necessário que o objeto móvel ou imóvel esteja em bom estado de conservação para que não caia em degradações naturais, perdendo valor do seu conteúdo econômico. Desse modo, para que se conservem os padrões arquitetônicos históricos culturais, são necessárias as manutenções, reformas, que muitas vezes são de alto custo financeiro, diferente das manutenções de uma simples propriedade que não esteja tombada.

Nesse sentido, a pesquisa tem a intenção de mostrar que o indivíduo tem o direito à propriedade, mas está restrito a exercê-lo livremente vez que está protegida pelo ente público, e o indivíduo restrito a fazer uma simples modificação em sua propriedade para não fugir do padrão histórico no caso de propriedade tombada. A lei traz a conhecimento que o Estado, na falta de condições financeiras do proprietário do bem tombado, arcará com as despesas de manutenção, o que não acontece na maioria das vezes. Sabendo que existem burocracias com tudo que envolve o orçamento do Estado, as pessoas normalmente desistem de requerer o direito ao ente público, e com isso há de se concluir então que o Poder Público nem sempre se disponibiliza economicamente para realizar tais manutenções, ou seja, poucas vezes arca com as despesas da reforma de um bem tombado, gerando assim a desvalorização do bem, quando o proprietário não dispõe financeiramente de condições para essas manutenções. Assim, não

se vê a devida conservação do bem, tão somente as restrições do uso e fruto do bem pelo Estado.

Além disso, o descaso do Poder Público com alguns bens tombados, conseqüentemente abandonados, em razão da falta de fiscalização e também pela falta de incentivo para a conservação do patrimônio histórico, tornando esses bens, em alguns casos, em museus de lixo.

2 INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE PRIVADA

A Nossa Constituição prevê, em seu artigo 5º, caput, inciso XXII³, que a garantia do direito de propriedade, é um dos relevantes direitos e garantias fundamentais do nosso ordenamento jurídico. Contudo, esse direito de propriedade está condicionado ao dever de atender a função social (art. 5º, XXIII, CF), ou seja, o proprietário ainda que tenha o direito de propriedade, está limitado dentro desse direito, com o dever de atender a função da social expressa na constituição o que demonstra uma devida limitação a esse direito individual.

Partindo desse dispositivo que a Constituição nos traz, entende-se que não sendo atendida a função social da propriedade do indivíduo, o Estado tem poderes de intervenção na propriedade particular, para que o proprietário providencie a adequada utilização dela.

Desse modo, a propriedade está sujeita aos reclamos sociais, devendo seu uso alinhar-se as políticas estabelecidas pelo Poder Público para consolidar o convívio social, para isso então, tem-se a intervenção estatal na propriedade, que pode ser entendida como todo ato do poder público que, fundado em lei, compulsoriamente, retira ou restringe direitos dominiais privado. (MEIRELLES, 2012, p. 676).

Entendido que intervenção do Estado na propriedade implica em limitações ou condicionamentos aos poderes inerentes de uso, fruição, reivindicação e disposição do proprietário sobre a propriedade, vale mencionar que o poder de intervenção do Estado efetiva-se de duas formas: por intervenção restritiva e intervenção supressiva. As limitações ou condicionamentos que se referem ao domínio (uso, fruição, disposição e reivindicação) são hipóteses referentes à intervenção restritiva do Estado, como exemplo o tombamento, que está inteiramente ligado à proteção do patrimônio histórico cultural. E quando se trata de perda do

³ Art. 5º CF: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade nos seguintes termos: XXII – é garantido o direito de propriedade”.

bem, que é transferida, em regra, para o domínio do Poder Público, fala-se em intervenção supressiva do Estado, como é o caso da desapropriação.

Tratando-se da intervenção restritiva, tombamento, Bandeira de Mello (2012, p. 926), conceitua que “[...] o tombamento é a intervenção administrativa na propriedade pela qual o Poder Público assujeita determinados bens à sua perene conservação para preservação dos valores culturais ou paisagísticos neles encarnados [...]”.

Ainda dentro das modalidades de intervenção, tem-se também a desapropriação, que dentre todas as espécies de intervenção do Estado na propriedade, é a mais severa, qualificada como intervenção do tipo supressiva, cujo objeto é a transferência compulsória do bem, seja ele público ou privado, para o patrimônio da entidade desapropriante.

Entende-se por desapropriação o procedimento de direito público pelo qual o ente público transfere para si a propriedade de terceiro, por razões de utilidade pública, de necessidade pública, ou de interesse social, através desse procedimento que normalmente ocorre mediante o pagamento de justa e prévia indenização. (ALEXANDRINO, 2013).

Aprofundando nas formas de intervenção do Estado temos a desapropriação indireta, que distinta da desapropriação direta, não consiste em um ato, mas sim em um fato administrativo em que o Estado se apropria do bem particular sem observar o decreto expropriatório e a justa e prévia indenização, sem as formalidades da desapropriação direta.

A desapropriação indireta é procedida do apossamento administrativo de bens particulares, sem observância do devido processo legal, sem formalidade e sem pagamento de indenização, como ocorre na desapropriação direta (FERRAZ, 2014).

3 CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E ESPÉCIES DE TOMBAMENTO

A preservação do bem histórico e dos valores culturais é uma antiga preocupação, já discutida antes mesmo da reforma da Constituição em 1988. Em 1937, através da Lei nº 378, no Governo de Getúlio Vargas, criou-se o IPHAN, Instituto de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que é uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Cultura, e responde pela preservação do Patrimônio Cultural Brasileiro. Cabe a esse Instituto, proteger e promover os bens culturais do País, assegurando sua permanência e usufruto para a presente e futura geração.

A preservação do bem histórico está consagrada na Constituição Federal, em seu artigo 216, §1º, cujo texto estabelece a autorização da intervenção do Estado na propriedade, nos seguintes termos:

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

[...]

§ 1º - O poder público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. (BRASIL, 1988).

Como base legal para a proteção do patrimônio cultural brasileiro foi criado o Decreto-lei nº 25, que trata inteiramente sobre o instituto do tombamento.

No que se refere ao conceito do tombamento, pode-se afirmar que é a forma de intervenção do Estado na propriedade pela qual o Poder Público busca proteger o patrimônio cultural brasileiro (CARVALHO FILHO, 2014).

No mesmo sentido, é o que dispõe o art. 1º do Decreto nº 25/37:

Art. 1º - Constitui o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico. (BRASIL, 1937).

Diante das fundamentações legais, entende-se da necessidade de tombar, preservar os bens móveis e imóveis cuja história e cultura levem ao interesse público em mantê-los como patrimônio histórico, diante de seus valores e riquezas artísticas nacionais.

No que concerne a natureza jurídica do tombamento, a princípio, é indiscutível que se trata de um procedimento administrativo, qual exige sucessão de atos para a validade do ato final, o tombamento, e não de ato único e isolado.

Verifica-se que por muito tempo as correntes doutrinárias majoritárias tinham diferentes entendimentos quanto à natureza jurídica do instituto do tombamento. Celso Antônio Bandeira de Mello abordava que a natureza jurídica do tombamento poderia ser entendida como servidão administrativa, no entanto, em suas últimas edições doutrinárias,

coloca ao leitor que seu entendimento estava errado, vez que ficou convencido das distinções⁴ de tombamento e servidão. (MELLO, 2012).

Carvalho Filho (2014, P. 819), explica que o tombamento se trata de um instrumento especial de intervenção do Estado na propriedade privada, como fisionomia própria e inconfundível com as demais modalidades de intervenção, vez que para que ocorra o tombamento do bem, tem que ter como pressuposto a defesa do patrimônio histórico cultural, não se encaixando assim, nas outras modalidades de intervenção, como era o antigo pensamento de Bandeira de Mello.

Nesse mesmo sentido, de modo bem simples, entende-se o conceito do tombamento por uma modalidade de intervenção da propriedade por meio da qual o Poder Público procura proteger bens de ordem histórica, artística, arqueológica, cultural, científica, turística e paisagística, ou seja, proteger o patrimônio histórico cultural brasileiro, para que não se perca suas origens às manutenções dos tempos modernos.

Por fim, é um procedimento administrativo, dentro das restrições impostas pelo Estado, cujo qual o ente público tem a obrigação de proteger, conservar e “manter vivo” o bem móvel ou imóvel que compõe a história e a cultura de determinada região do Brasil.

No que diz respeito às espécies de tombamento, este poderá ser feito de duas formas, tanto voluntariamente, quanto compulsoriamente, e de modo provisório ou definitivo.

Marcelo Alexandrino (2013, p.217) explica que ocorre o tombamento voluntário quando o proprietário do bem, móvel ou imóvel, consente o tombamento, seja por meio de pedido formulado ao Poder Público, seja concordando voluntariamente com a proposta do tombamento que lhe é feita pelo Poder Público. Já o tombamento compulsório, explica o doutrinador, ocorre quando o Poder Público realiza a inscrição do bem como tombado, mesmo com resistência e inconformismo do proprietário.

Tal entendimento encontra-se em conformidade com os artigos 7º e 8º do Decreto-Lei nº 25/1937, a seguir transcritos:

Art. 7º - Proceder-se-á 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

⁴ Distinguem-se os institutos do tombamento e da servidão em que: a) a servidão é um direito real, *sobre coisa alheia* ao passo que o tombamento também pode afetar um bem próprio e ser satisfeito mesmo quando o bem de terceiro é expropriado, sem que com isto se extingam os gravames inerentes ao tombamento, não vigorando o princípio de que *nemini res sua servit*; b) a servidão não impõe ao titular do bem tombado o dever de agir, pois não se lhe exige um *facere*, mas tão só um *pati*, ao passo que o tombamento constitui o titular do bem tombado no dever de conservá-lo em bom estado, no que se incluem todas as realizações de reformas para tanto necessárias;

anuir, por escrito, à notificação, que se lhe fizer, para a inscrição da coisa em qualquer dos Livros do Tombo.

Art. 8º Proceder-se-á ao tombamento compulsório quando o proprietário se recusar a anuir à inscrição da coisa.

Quanto à eficácia do tombamento, Carvalho Filho (2013, p. 810), esclarece que pode ser provisório ou definitivo: “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”.

Afirma-se então, que o tombamento pode ser a requerimento do proprietário, bem como por determinação do ente público competente, podendo ser o instituto provisório ou definitivo. No entanto, o que muito se vê, é o tombamento por determinação do Estado, de modo definitivo.

4 COMPETÊNCIA PARA INSTITUIR O TOMBAMENTO

O instituto tombamento decorre da vontade do Poder Público, vez que é dele o dever de proteger o patrimônio histórico nacional, bem como é dele o poder de intervir na propriedade privada.

Ademais, a Constituição da República Federativa do Brasil dispõe no artigo 24, incisos VII e VIII que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal, concorrentemente legislar sobre “proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico” (inciso VII, art. 24, CF/88), bem como sobre “responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico” (inciso VIII, art. 24, CF/88). Contudo, o artigo 30, IX, da Constituição, reza que compete aos Municípios “promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal estadual”. (BRASIL, 1988).

Conforme Di Pietro *apud* Luciano Ferraz (2014, p.406), “aos Municípios foi dada a atribuição de promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação fiscalizadora federal e estadual”, nesse sentido, entende-se que o Município não tem competência legislativa nesta matéria, porém deve utilizar os instrumentos de proteção prevista na legislação federal e estadual, ou seja, o Município não possui competência para editar lei que verse a respeito de tombamento, o que não o impede de buscar a operacionalização do instituto, tombamento, utilizando as legislações federal e estadual que abordem o tema.

5 EFEITOS DO TOMBAMENTO

Sob a análise do art. 216, §1º, da Constituição Federal de 1988, tem-se que o efeito do tombamento consiste no reconhecimento de que o bem passa a integrar o patrimônio histórico-cultural brasileiro. Resultam também a alguns efeitos no que tange ao uso e à alienação do bem tombado.

Em consonância com o Decreto-Lei nº 25/37, Marcelo Alexandrino (2013, p. 1018), relaciona alguns efeitos a propriedade, após efetivado o tombamento e o registro no Ofício de Registro de imóveis:

- é vedado ao proprietário, ou ao titular de eventual direito de usar, destruir, demolir ou mutilar o bem tombado;
- o proprietário somente poderá reparar, pintar ou restaurar o bem após a devida autorização do Poder Público;
- o proprietário deverá conservar o bem tombado para mantê-lo dentro de suas características culturais, para isso se não dispuser de recursos, para proceder as obras de conservação e restauração, deverá necessariamente comunicar o fato ao órgão que decretou o tombamento, o qual poderá mandar executá-las a suas expensas;
- independentemente da solicitação do proprietário, pode o poder público, no caso de urgência, tomar a iniciativa de providenciar as obras de conservação;
- não há obrigatoriedade de o Poder Público indenizar o proprietário do imóvel tombado.

Ainda quanto aos efeitos do tombamento, tem-se o direito de preferência de alienação, que fora revogado por força do artigo 1092, inciso I, do Código de Processo Civil/2015, que trata sobre alienação onerosa do bem tombado, à preferência da União, Estado e Município por adquiri-lo. Na antiga redação, o proprietário devia oferecer o bem pelo mesmo valor, aos entes federativos citados, através de notificação, no prazo de 30 dias a fim de que os entes exercessem o direito de preferência sob pena de perdê-lo. Não sendo observadas tais determinações, a alienação teria sua nulidade, podendo a União, o Estado e o Município requererem o sequestro do bem.

Com a entrada em vigor da Lei nº 13.105/15, todo esse regramento deixou de existir. O CPC/2015 trata do direito de preferência nas alienações judiciais e estabelece no art. 889, inciso VIII, onde expressa que a União, o Estado e o Município deverão ser cientificados da alienação judicial com pelo menos cinco dias de antecedência, no caso de bem tombado, determinando, ainda, no art. 892, §3º, que, no caso de leilão de bem tombado, a União, os Estados e os Municípios terão, nessa ordem, o direito de preferência na arrematação, em igualdade de oferta.

Sendo assim, com a alteração da lei, o direito de preferência existirá apenas quando se tratar de alienação judicial. Desse modo, o proprietário de bem tombado, quando fizer a sua alienação extrajudicialmente, não terá mais a obrigação de notificar os entes federativos.

Outro efeito do tombamento é para a vizinhança do bem tombado, uma vez que havendo algum bem protegido, gera restrições para seus vizinhos. Pois, o vizinho estará obrigado a buscar autorização do órgão competente para qualquer ação de manutenção de seu imóvel, ainda que ele não seja protegido, pois é proibido ao vizinho fazer qualquer construção que impeça ou reduza a visibilidade em relação ao imóvel protegido pelo órgão competente, bem como, fica vedado de colocar cartazes ou anúncios, que atrapalhem a visibilidade do bem tombado. Caso ocorra tais manutenções sem a devida autorização, poderá ser determinada a destruição da obra ou a retirada dos anúncios, podendo ainda, ser aplicada multa pela infração cometida. (CARVALHO FILHO, 2013).

Ou seja, o tombamento gera efeitos tanto positivos quanto negativos. Positivos por ter a intenção de preservar o patrimônio histórico-cultural, e também de, teoricamente, quando o proprietário não dispuser de recursos, para proceder as obras de conservação e restauração, deverá necessariamente comunicar o fato ao órgão que decretou o tombamento, o qual poderá mandar executá-las a suas expensas. E negativas, em razão do proprietário ser proibido de destruir, reparar, pintar, restaurar, demolir, sem prévia autorização, ficando ainda, sujeito às fiscalizações do Poder Público, cabendo multa em caso de descumprimento.

6 DEVER DE INDENIZAR

A divergência de entendimento quanto à natureza jurídica do instituto, gerou muito questionamento quanto ao direito à indenização pelo tombamento, o que despertava discordância doutrinária e jurisprudencial, vez que o doutrinador Bandeira de Mello entendia a natureza jurídica do tombamento como servidão administrativa, conforme já mencionado. Nesse sentido, analisando o instituto como servidão administrativa poderia se discutir quanto ao direito da indenização pelo tombamento, porém não é esse o instituto.

De outro lado, Carvalho Filho, elucida que sendo o tombamento uma restrição administrativa que apenas obriga o proprietário a manter o bem tombado dentro de suas características para a proteção do patrimônio cultural, não gera qualquer dever indenizatório para o Poder Público, e isso porque nenhum prejuízo patrimonial é causado ao dono do bem (CARVALHO FILHO, 2013). Atualmente esse entendimento ficou consolidado entre a

maioria dos doutrinadores, inclusive na doutrina do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, que se viu convencido deste entendimento em sua 29ª edição.

O instituto tombamento não obriga a indenização, a menos que se as condições impostas para a conservação do bem acarretarem despesas extraordinárias para o proprietário do bem, ou resultem na interdição do uso, ou ainda prejudique sua normal utilização, causando depreciação do valor econômico, sendo assim, se faz necessária a justa indenização (MEIRELLES, 2011).

Em julgado recente, o TRF-4 decide pela não indenização pelo imóvel tombado, vez que não ocorreu o esvaziamento econômico da propriedade:

DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. DESCARACTERIZAÇÃO. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. DIREITO À INDENIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA. - Hipótese em que as limitações administrativas cometidas não podem ser vistas como desapropriação indireta, pois abrangem grande região do Município de Pomerode, caracterizando um tombamento geral com limitações gerais e abstratas, e o bem objeto da ação pertence à zona adjacente àquela tombada, sofrendo, por conseguinte, menores restrições ao uso e gozo da propriedade. - Não havendo esvaziamento econômico do imóvel, caracterizando-se mera limitação administrativa, não há direito à indenização. - Sentença de improcedência mantida. (TRF-4 - AC: 50064094620154047205 SC 5006409-46.2015.404.7205, Relator: RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA, Data de Julgamento: 27/09/2016, TERCEIRA TURMA)

Com o citado julgado, pode-se afirmar que havendo o esvaziamento econômico do bem, existe o direito à indenização do bem tombado, e entende-se também que existindo esse esvaziamento do bem tombado, este é caracterizado como desapropriação indireta da propriedade.

Quanto ao esvaziamento econômico, pode-se dizer que este ocorre quando o bem perde seu valor econômico, ou deixa de gerar economia para o proprietário em razão das restrições do Estado, tornando a propriedade inútil.

Não se nega que, quando as restrições estatais forem de tal monta que impeçam o uso natural da propriedade, poder-se-á compelir o ente público a desapropriar o bem. Hely Lopes Meirelles (Tombamento e indenização, *RT* 600/15) esclarece:

(...) o tombamento tanto pode acarretar uma restrição individual quanto uma limitação geral (...) Ao determinar o tombamento, o Poder Público pode impor restrições à utilização ou conservação do bem, mas, se elas chegarem a constituir interdição do uso da propriedade, a coisa tombada deverá ser desapropriada. O tombamento de uma obra de arte que permita ao seu dono continuar no seu desfrute não acarretará indenização, assim como o tombamento de uma igreja que continua a ser utilizada para culto dos fiéis. Mas o tombamento de um terreno urbano em que

fique interdita a construção, ou de um imóvel rural em que se proíba qualquer atividade agrícola ou pastoril, obriga, necessariamente, à indenização.

A necessidade de indenização quando o tombamento importa esvaziamento econômico da propriedade tem sido ressaltada nos recentes julgados dos tribunais superiores, deixando evidente que o tombamento que importe em esvaziamento econômico é considerado desapropriação indireta, sendo devida a indenização.

Ferraz (2014, p. 411), traz o seguinte entendimento do STJ no que concerne ao dever de indenização:

Prevalece a tese de que o tombamento não garante direito à indenização, salvo quando dele resultar esvaziamento econômico do bem. Nesse sentido se “a área que sofreu o tombamento, *rectius*, limitação administrativa, não teve esvaziamento de seu valor econômico, não há dever de indenizar”.

Analisando neste sentido, existe a possibilidade de indenização quanto ao tombamento, desde que dele resulte o esvaziamento econômico. Assim, se o proprietário do bem comprovar efetivo prejuízo, deverá formular seu pedido indenizatório no prazo de cinco anos, conforme reza o artigo 10, parágrafo único, do Decreto Lei nº 3.365/1941:

A desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente, dentro de cinco anos, contados da data da expedição do respectivo decreto e findos os quais este caducará. Parágrafo único. Extingue-se em cinco anos o direito de propor ação que vise a indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público.

Em que pese o Decreto Lei 3.365/1941, dispor sobre desapropriação, o referido artigo em seu parágrafo único trata de Restrição do Poder Público, o que leva a concluir o direito à indenização pelo tombamento do bem que sofreu tal prejuízo em razão da restrição estatal.

Entretanto, uma vez que prevalece o entendimento de que a natureza jurídica do tombamento é de Restrição administrativa, não haveria que se falar em direito indenizatório, já que o ato vem do intuito de preservar o bem. Todavia, a crítica que se faz é que o proprietário do bem móvel ou imóvel tombado sofre graves limitações na intervenção de seus atributos, eis que conforme o artigo 17 do Decreto Lei 25/37, não se poderá fazer qualquer

tipo de alteração ou até mesmo obras de manutenção sem a devida autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, sob pena de multa.

Desse modo, chega-se a seguinte questão: O tombamento grava de forma muito onerosa o patrimônio, logo há significativo esvaziamento do conteúdo econômico do bem o que autoriza a indenização em razão de ter ocorrida verdadeira desapropriação indireta. Ou seja, o tombamento não pode extrair o conteúdo econômico do bem, pois se isso ocorrer estará gerando o direito à indenização. Nesse sentido, informativos 241 do STJ transcrito abaixo:

DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. ALIENAÇÃO. BEM EXPROPRIADO. Cuida-se de ação de indenização (desapropriação indireta) ajuizada contra a Fazenda do Estado de São Paulo pelos proprietários de imóveis parcialmente atingidos por tombamento. A sentença julgou procedente a ação, porém o Tribunal a quo reformou-a em sua totalidade, ao argumento de que, no curso da ação, foi vendido o bem a terceiro, que passou a ser o novo titular do domínio. Aquele Tribunal afirmou que o autor, deixando de ser proprietário, perdeu o direito de reivindicar o respectivo preço do Poder Público, em razão de já ter recebido do adquirente. Neste Superior Tribunal, o Min. Relator, ao aplicar o art. 42 do CPC ao caso, afirmou que há estabilidade subjetiva da relação processual, apenas se admitindo a alteração das partes com a concordância da parte contrária na sucessão no processo. Não ocorrendo anuência, permanece inalterada a relação processual subjetiva, prosseguindo a lide entre as partes originárias. Assim, a Turma deu provimento ao recurso para cassar o acórdão recorrido, determinou o retorno dos autos à instância a quo a fim de que seja feita a análise do mérito da ação, tornou sem efeito a sanção pecuniária aplicada pela litigância de má-fé e declarou prejudicados os demais recursos. Precedentes citados: REsp 152.978-SP, DJ 29/3/1999, e REsp 253.635- RJ, DJ 5/3/2001. REsp 276.794-SP, Rel. Min. Peçanha Martins, julgado em 5/4/2005.

Tem-se ainda, o recente julgado acerca do esvaziamento econômico do bem tombado, qual gerou a indenização:

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 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)

Desse modo, havendo o esvaziamento do conteúdo econômico ao proprietário, pode-se falar em direito indenizatório, vez que o esvaziamento econômico é um dos efeitos da desapropriação indireta (Ferraz, 2014). Assim, chega-se ao cerne da pesquisa, ao entender que muitas vezes o tombamento tem o reflexo da desapropriação indireta, considerando que com o

abandono do imóvel, a propriedade perde seu valor econômico, e o Estado continua com os poderes da propriedade, sem que exproprie o proprietário.

Bandeira de Mello (2013, p. 927/8), traz uma forte realidade em seus estudos, quanto ao tombamento da propriedade e o seu esvaziamento econômico:

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 este seja indenizado.

Ainda que seja imprescindível ressaltar que quando o Poder Público entende que determinado bem, determinada região ou parte dela possui grande valor histórico cultural é necessário o tombamento, que nessa situação, não havendo esvaziamento econômico, não há que se falar em dever de indenizar, há a necessidade de observar que muitos bens imóveis tombados perderam seus valores, e tiveram o esvaziamento econômico, o que gerou indiretamente, a desapropriação, sem que o proprietário pudesse perceber.

7 REFLEXO SOCIAL DO TOMBAMENTO NA PROPRIEDADE PRIVADA

O reflexo do tombamento na propriedade privada deveria ser analisado de forma positiva, aquela que tem a intenção de proteger, preservar e conservar o bem que compõe a história nacional, isto é, se a lei fosse de fato, rigorosamente, cumprida.

No entanto, o reflexo social do instituto tem sido analisado sobre o aspecto de abandono do imóvel e da sua desvalorização, vez que o ato administrativo faz com que haja uma grande desvalorização econômica, em razão das várias limitações legais que são impostas ao proprietário.

Os resultados do tombamento são severos, razão pela qual o Poder Público deve atuar de forma contundente, para que não se perca o patrimônio em questão. Em muitos casos há o esvaziamento econômico do bem e o aniquilamento do uso normal da propriedade. Nesses casos, as doutrinas e as jurisprudências apontam a ocorrência da modalidade desapropriação indireta. O objetivo é tomar para preservar e não para prejudicar.

A finalidade do tombamento é a preservação desse patrimônio, todavia essa é uma realidade ilusória. Pois o que na verdade acontece, é o abandono por parte do proprietário e o descaso por parte do Poder Público. E quando ocorre esse abandono por ambas as partes, com o passar do tempo, esses imóveis chegam a ruína, os imóveis perdem seus valores culturais e

onerosos, e acabam servindo de palco para a prática de vários crimes, como por exemplo: estupro, roubos e tráfico de drogas, e também como depósito de lixo. Sendo assim, a sociedade é prejudicada sobre diversos enfoques.

Certo é que a lei determina que o Poder Público aplique sanções e até mesmo atue diante das omissões do proprietário quando estiver diante desta realidade de “preservação”. Mas isso também não ocorre com frequência.

A partir deste estudo, observa-se que muitos proprietários desistem de tentar conseguir que o ente responsável pelo tombamento de sua propriedade, arque onerosamente com as despesas de manutenção, conforme disciplina a Lei. Deixando assim, a imagem negativa do tombamento sobre o imóvel.

A título de exemplo, cita-se a cidade de Cuiabá, que tem um centro histórico belíssimo, porém com muitos imóveis abandonados, que perderam o seu valor, inclusive para venda, em razão das inúmeras restrições, e também pela falta de incentivo público, seja ele financeiro ou beneficiário. Para conhecimento, as casas que compõem o centro histórico de Cuiabá não são tombadas, conforme informado pelo Instituto IPHAN/Cuiabá, porém todo o centro histórico é tombado, sendo assim todos os imóveis, ruas, praças, entre outros que o compõe, estão sujeitos às restrições impostas pelo Poder Público.

No quesito da desvalorização, essa não somente se restringe ao imóvel tombado, que posteriormente foi abandonado, mas aplica-se a toda uma região, por exemplo: se há um imóvel abandonado e em ruínas em razão de um tombamento mau feito e administrado, os imóveis vizinhos também sofrerão esses efeitos, ou seja, também sofrerão a desvalorização, vez que são obrigados a seguir os ditames da lei do bem tombado vizinho.

É importante salientar que o tombamento se trata de intervenção obrigatória, onde o Poder Público, em razão da função social da propriedade, restringe e na maioria das vezes suprime o proprietário do seu imóvel, o que leva o tombamento a ser visto como uma forma de desapropriação indireta.

8 CONCLUSÃO

Diante da pesquisa apresentada, conclui-se que todo indivíduo tem direito à sua propriedade e que toda propriedade deve atender sua função social imposta pelo Estado, devendo o ente público fiscalizar. Sendo assim, o Estado tem o poder de limitar e restringir o direito de cada indivíduo sobre sua propriedade.

Quando se trata de patrimônio histórico cultural, a nossa Constituição, prevê no art. 216, §1º que caberá ao poder público proteger de diversos meios o bem histórico, sendo o tombamento a modalidade mais utilizada para essa finalidade.

O tombamento na propriedade produz efeitos tanto positivos quanto negativos. No entanto pode-se concluir diante da realidade, que infelizmente na maioria das vezes têm-se os efeitos negativos, pois não obstante a Lei prever que se o proprietário não tiver meios para fazer as obras de conservação necessária à preservação do bem, deverá comunicar ao órgão competente, para este tomar as devidas providências, não é o que acontece, vez que o descaso pelo poder público quanto a esses bens tombados “protegidos” por eles, faz com que o proprietário desista da sua própria propriedade abandonando-a, e desse modo o que deveria ter valores culturais, começa a ter grande desvalorização. E o mesmo ocorre com os vizinhos das propriedades tombadas, que tem suas residências desvalorizadas em razão do descuido das outras propriedades e também sem poder fazer manutenções que não seja autorizada pelo órgão competente da proteção, ainda que não seja tombada.

Ocorrendo esse descaso e abandono tanto por parte do poder público, quanto por parte do proprietário, acontece demasiadamente o esvaziamento econômico, não somente com o bem tombado, mas com toda a região em que ela está construída, transformando as propriedades tombadas em casarões abandonados, propícios aos crimes e ao depósito de resíduos. Portanto, o que deveria ser rico em beleza artística é um palco de medo e de indignação.

Fica evidente que cabe ao Poder Público, quando produz direta ou indiretamente o esvaziamento econômico da propriedade particular, o dever de indenizar os danos causados pelo ato. Caso contrário, segue ocorrendo o que se vê atualmente em muitos julgados: indiretas desapropriações mascaradas de tombamento.

Por fim, o Estado deve tomar sim, para proteger os valores históricos e culturais, mas deve também fiscalizar e prestar o auxílio que a Lei manda, ao proprietário em prol do bem estar da sociedade em geral. Se de fato fosse cumprida a lei que busca proteger o patrimônio, e se os proprietários recebessem incentivos à manutenção da cultura e história de determinada região, poderia o tombamento ter reflexos positivos, e a sociedade uma cultura rica em beleza. Deve o poder público tomar sim, porém com responsabilidade de modo que não retire o conteúdo econômico do imóvel transformando essa modalidade em desapropriação indireta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito administrativo descomplicado**. Ed. Ver. E atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 25, de 30 de novembro de 1937**. Dispõe sobre a Organização à proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De10025>. Acesso em 10 de outubro de 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Ed. Ver. Ampl. E atual. São Paulo: Atlas, 2014.

DIEFENTHALER, Nogueira. **Jusbrasil**. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/165437775/agravo-de-instrumento-ai-22178688520148260000-sp-2217868-8520148260000>>. Acesso em 05 de novembro de 2016.

FERRAZ, Luciano; MARRARA, Thiago. **Tratado de direito administrativo: direito administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade**. 3. Vol. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. et. all. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36ª edição. São Paulo: Malheiros Editores., 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; FILHO, José Emanuel Burle. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Tombamento e indenização**, in RT, vol. 600, 1985.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, **Curso de Direito Administrativo**. 29ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

PEREIRA, Ricardo Teixeira do Valle. **Jusbrasil**. Disponível em <<http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/394715042/apelacao-civel-ac-64094620154047205-sc-5006409-4620154047205>>. Acesso em 03 de novembro de 2016.

Portal Iphan. Disponível em <<http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/872>>. Acesso em 03 de novembro de 2016.

Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/toc.jsp?livre=tombamento+e+desapropria%E7%E3o+e+indireta&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em 21 de outubro de 2016.

_____. **Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/toc.jsp?livre=tombamento+e+desapropria%E7%E3o+e+indireta&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>