

TOMBAMENTO E INDENIZAÇÃO

HELY LOPES MEIRELLES*

1. Considerações gerais sobre tombamento. 2. Tombamento provisório e definitivo. 3. Direito à indenização. 4. Conclusões.

1. Considerações gerais sobre tombamento

Tombamento é a declaração pelo poder público do valor histórico, artístico, paisagístico, turístico, cultural ou científico de coisas que, por essa razão, devem ser preservadas de acordo com a inscrição no livro próprio. O seu fundamento jurídico está no parágrafo único, do art. 180, da Constituição federal, que coloca “sob a proteção especial do poder público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas”.

Como a Constituição fala em “poder público”, qualquer das entidades estatais pode dispor sobre o tombamento. No estado de São Paulo, por exemplo, a matéria é tratada na Lei n.º 10.247, de 22 de outubro de 1968, e no Decreto-lei n.º 149, de 15 de agosto de 1969, que foram regulamentados pelo Decreto s/n.º, de 19 de dezembro de 1969. Posteriormente, o Decreto n.º 13.426, de 16 de março de 1979, que criou a Secretaria de Estado da Cultura e reestruturou o Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico Artístico Arqueológico e Turístico (Condephaat), repetiu, quanto ao processo de tombamento, as mesmas regras do Decreto regulamentar anterior de 19 de dezembro de 1969, reafirmadas pelo

* Advogado no estado de São Paulo.

novo Decreto n.º 20.955, de 1.º de junho de 1983, que reorganizou aquela Secretaria e remeteu o processo de tombamento para os preceitos dos arts. 134 a 149, do citado Decreto n.º 13.426/79 (art. 187), que ficaram expressamente mantidos.

A abertura do processo de tombamento, por deliberação do Condephaat, assegura a preservação do bem até decisão final da autoridade, ficando sustado, desde logo, qualquer projeto ou obra que importe em sua modificação ou destruição, nos termos do que dispõem os arts. 142, parágrafo único, e 146, do referido Decreto n.º 13.426/79. É o que se denomina *tombamento provisório*, cujos efeitos são os mesmos do tombamento definitivo, com exceção da necessidade do registro e do direito de preferência reservado ao poder público, em caso de alienação do bem.¹

Conforme já tivemos oportunidade de escrever, “o tombamento tanto pode acarretar uma *restrição individual*, quanto uma *limitação geral*. É restrição individual quando atinge determinado bem — uma casa, por exemplo —, reduzindo os direitos do proprietário ou impondo-lhe encargos; é limitação geral quando abrange uma coletividade, obrigando-a a respeitar padrões urbanísticos ou arquitetônicos, como ocorre com o tombamento de locais históricos ou paisagísticos”.²

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 continue 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.

Tombamento não é confisco. O tombamento só dispensa indenização quando não impede a utilização do bem segundo sua destinação natural, nem acarreta o seu esvaziamento econômico. Este é o princípio básico, de que se têm esquecido as nossas autoridades encarregadas da preservação do patrimônio histórico e paisagístico, ao determinar o tombamento de imóveis particulares, sem desapropriação, punindo exatamente o cidadão que se obstinou em preservá-los.

A desapropriação é a solução existente em nosso direito para situações particulares que conflitem com o interesse público. Isto vale também para o tombamento, pois, caso contrário, não teria sentido. Isto vale também para o *tomb*, da Lei Geral das Desapropriações (Decreto-lei n.º 3.365/41), que considera “a preservação e a conservação dos monumentos históricos e artísticos”, bem

¹ Cf. Silva, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981. p. 501.

² Cf. Meirelles, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 10. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1984. p. 539.

como “a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza”, como hipóteses de utilidade pública para fins de desapropriação.

A necessidade de indenização, quando o tombamento importa em esvaziamento econômico da propriedade, tem sido ressaltada pela nossa doutrina: Carlos Medeiros Silva deixou claro que “o tombamento compulsório que importe na negação ou restrição total do direito de propriedade não se pode praticar sem a desapropriação, com indenização”.³ Gonçalves de Oliveira, Caio Mário da Silva Pereira e Adroaldo Mesquita da Costa, quando exerceram a Consultoria-Geral da República, defenderam a mesma tese a propósito do tombamento do Parque Lage, no Rio de Janeiro.⁴ No mesmo sentido é o pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello.⁵

2. Tombamento provisório e definitivo

A lei equipara o tombamento provisório ao definitivo para quase todos os efeitos, com o que ocasiona uma restrição brutal ao direito de propriedade, enquanto pendente a decisão final da autoridade encarregada da preservação do patrimônio histórico. Por isso, essa decisão não pode demorar, devendo ser pronunciada rigorosamente dentro dos prazos legais, sob pena de a omissão ou retardamento transformar-se em abuso de poder.

A legislação paulista, por exemplo, não estabelece prazos para o pronunciamento do Condephaat e a decisão do Secretário da Cultura (art. 143, do Decreto n.º 13.426/79), mas há de se aplicar subsidiariamente a legislação federal pertinente, nos termos previstos do art. 187, do Decreto n.º 20.955/83, *in verbis*:

“Art. 187. Os bens que compõem o patrimônio histórico, arqueológico, artístico e turístico do Estado serão defendidos e preservados pelo processo de tombamento *nos termos da legislação federal pertinente*, bem como na forma prevista neste decreto e nos arts. 134 a 149 do Decreto n.º 13.426, de 16 de março de 1979.”

Ora, o Decreto-lei n.º 25, de 30 de novembro de 1937, que dispõe sobre a matéria no âmbito federal, estabelece que, decorrido o prazo de 15 dias para a impugnação do proprietário, o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Sphan) terá o *prazo de 60 dias* para decisão (art. 9.º). Por conse-

³ Silva, Carlos Medeiros. Parecer. In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 67, p. 248.

⁴ Pareceres. In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 52, p. 435; v. 65, p. 315; v. 82, p. 341.

⁵ Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981. p. 180-1.

guinte, o Condephaat e o Secretário da Cultura, no âmbito do Estado, terão o prazo fatal de 60 dias para opinarem e decidirem sobre o tombamento definitivo.

A omissão da administração, quando deve manifestar-se no prazo legal, ou em tempo razoável se não existir prazo fixado em lei, constitui abuso de poder, que pode ser reparado pela via judicial adequada. A jurisprudência é pacífica no admitir mandado de segurança contra conduta omissiva da administração: STF, Súmula n.º 429; RTJ, 50/154, 53/637; RDA, 70/191; RT, 497/247.

É evidente que essa omissão não pode perdurar indefinidamente, caracterizando-se como nítido abuso de poder. A respeito do tema, escreve o eminente Caio Tácito que:

“A inércia da autoridade administrativa, deixando de executar determinada prestação de serviço, a que por lei está obrigada, lesa o patrimônio jurídico individual. É forma omissiva de abuso de poder, quer o ato seja doloso ou culposo.”⁶

No mesmo sentido pronuncia-se o consagrado Seabra Fagundes, em parecer publicado na *Revista de Direito Público*, sobre Responsabilidade do Estado — indenização por retardada decisão administrativa, quando afirma que “o não fazer o que deve ser feito por força de lei é tão violador do princípio da legalidade quanto fazer aquilo que a lei proíbe”, para ajuntar mais adiante que, “quando a inércia da administração acarreta prejuízo ponderável para o administrado, dá lugar à reparação”.⁷ Orientação semelhante temos na doutrina estrangeira.⁸

Por outro lado, o nosso Supremo Tribunal Federal já se manifestou claramente no sentido de que “não pode a Prefeitura, por tempo indeterminado, congelar a propriedade”.⁹ Assim também a União ou o Estado não pode interditar indefinidamente o uso normal da propriedade.

3. Direito à indenização

De qualquer ângulo que se examine a matéria, o direito à indenização do proprietário prejudicado é inegável. Toda vez que o poder público, direta ou indiretamente, produz total esvaziamento econômico da propriedade ou reduz

⁶ Tácito, Caio. *O abuso do poder administrativo no Brasil*. Rio de Janeiro, Dasp, 1959. p. 11.

⁷ Seabra Fagundes. Parecer. In: *Revista de Direito Público*, v. 57/58, p. 13.

⁸ Cf. Laubadère, André de. *Traité élémentaire de droit administratif*. Paris, p. 448; Laso, Sayagues. *Traité de droit administratif*. Trad. franc. p. 436-8.

⁹ In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 49, p. 225.

substancialmente o valor do bem tombado, fica obrigado a reparar o prejuízo. Não se trata aqui de simples *limitação administrativa*, mas sim de interdição da propriedade ou de desvalorização sensível de sua utilidade, aviltando o seu valor econômico.

Limitação administrativa gratuita, já tivemos oportunidade de assinalar, “é, por exemplo, o recuo de alguns metros das construções em terrenos urbanos. Mas se esse impedimento de construção atingir a maior parte do terreno, tornando a área inconstruível, deixará de ser limitação para ser interdição de uso da propriedade e, nesse caso, ficará o poder público obrigado a indenizar a restrição que aniquilou o direito dominial e suprimiu o valor econômico do bem. Pois ninguém adquire terreno urbano em que seja vedada a construção, como também nenhum particular adquire terras ou matas que não possam ser utilizadas economicamente, segundo a sua destinação normal”.¹⁰

Essa tese, por nós sustentada, foi acolhida integralmente pelo Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, em acórdão publicado na *RT*, 431/141. Mais recentemente, com as mesmas palavras, o Tribunal de Justiça de São Paulo a subscreveu, em acórdão unânime da Primeira Câmara Cível, em 8 de fevereiro de 1983, na Apelação n.º 28.745/1-Capital, relatada pelo douto Desembargador Galvão Coelho.

E justifica-se que assim seja, pois essa regra deflui do princípio da solidariedade social, segundo o qual só é legítimo o ônus suportado por todos em favor de todos. Se o bem-estar social exige o sacrifício de um ou de alguns, aquele ou estes devem ser indenizados pelo Estado, ou seja, pelo erário comum do povo. De igual modo prelecionam os mais autorizados doutrinadores estrangeiros:

“Los derechos particulares y las ventajas de los miembros del Estado tienen que posponer-se a los derechos y deberes necesarios al fomento del bien común, cuando entre ellos existe una contradicción real.

Sin embargo, el Estado queda obligado a *indemnizar* a aquellos cuyos derechos particulares y ventajas se ha visto precisado a sacrificar al bien de la comunidad.”¹¹

“Ante la prevalencia del derecho público sobre el privado, la indemnización satisface la regla de protección constitucional de la propiedad, que se resuelve

¹⁰ Meirelles, Hely Lopes. *Estudos e pareceres de direito público*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977. v. 2, p. 167.

¹¹ Forsthoft, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*. Trad. esp., 1968. p. 429.

en la protección del patrimonio, ya se trate de expropiación, ya se trate de desmembramiento del derecho de propiedad.”¹²

Em atendimento ao preceito constitucional garantidor do direito de propriedade (Constituição federal, art. 153, § 22), a indenização há que ser a mais ampla possível, abrangendo o *justo valor do imóvel*, os *lucros cessantes* e *danos emergentes* resultantes do impedimento da normal utilização ou exploração do bem tombado.

4. Conclusões

Do exposto concluímos que: a) o tombamento pode ser realizado não só pela União, como também pelos estados e municípios; b) o tombamento pode ser provisório ou definitivo; c) o tombamento provisório há que ser convertido em definitivo no prazo que a lei estabelecer ou em tempo razoável, se a lei for omissa, sob pena de abuso de poder; d) o tombamento, em princípio, é gratuito, mas será indenizável se causar a interdição de uso ou de exploração normal do bem tombado, como também se o desvalorizar substancialmente, embora mantendo a sua destinação original.

¹² Bielsa, Rafael. *Restricciones y servidumbres administrativas*. 1923, p. 67. No mesmo sentido: Alessi, Renato. *Instituciones de derecho administrativo* Trad. esp., p. 489-90; Grisel, André. *Droit administratif suisse*. p. 405; Vauthier, Maurice. *Précis de droit administratif de la Belgique*. 3. ed. v. 2, p. 701.