

TOMBAMENTO E INDENIZAÇÃO

Helvy Lopes Meirelles

Advogado e Professor de Direito em São Paulo.

I – Considerações gerais sobre tombamento. II – Tombamento provisório e definitivo. III – Direito à indenização. IV – Conclusões.

I – 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 10.247, de 22 de outubro de 1968, e no Decreto-lei 149, de 15 de agosto de 1969, que foram regulamentados pelo Decreto s/nº, de 19 de dezembro de 1969. Posteriormente, o Decreto 13.426, de 16 de março de 1979, que criou a Secretaria de Estado da Cultura e reestruturou o CONDEPHAAT, repetiu, quanto ao processo de tombamento, as mesmas regras do Decreto regulamentar anterior de 19.12.69, reafirmadas pelo

novo Decreto 20.955, de 1º 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 13.426/79 (art. 187), que ficaram mantidos expressamente.

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 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 (cf. JOSÉ AFONSO DA SILVA, **Direito Urbanístico Brasileiro**, ed. RT, São Paulo, 1981, p. 501).

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” (cf. nosso **Direito Administrativo Brasileiro**, 10ª ed., RT, São Paulo, 1984, p. 539).

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 o disposto no art. 5º, alínea k, da Lei Geral das Desapropriações (Decreto-lei 3.365/41), que considera “a preservação e a conservação dos monumentos históricos e artísticos”, bem 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” (Parecer, in RDA 67/248); 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 (Pareces, in RDA

52/435, 65/315 e 82/341). No mesmo sentido é o pensamento de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (**Elementos de Direito Administrativo**, ed. RT, São Paulo, 1981, pp. 180-181).

II – 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 13.426/79), mas há de se aplicar subsidiariamente a legislação federal pertinente, nos termos previstos do art. 187, do Decreto 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 13.426, de 16 de março de 1979”.

Ora, o Decreto-lei 25, de 30 de novembro de 1937, que dispõe sobre a matéria no âmbito federal, estabelece que, decorrido o prazo de quinze dias para a impugnação do proprietário, o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional terá o **prazo de sessenta dias** para decisão (art. 9º). Por conseguinte, o CONDEPHAAT e o Secretário da Cultura, no âmbito do Estado, terão o prazo fatal de sessenta 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 do 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 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 do 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, que o ato seja doloso ou culposo” (O Abuso de Poder Administrativo no Brasil, ed. DASP, 1959, p. 11).

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 juntar mais adiante que, “quando a inércia da Administração acarreta prejuízo ponderável para o administrado, dá lugar à reparação” (in RDP, 57-58, p. 13). Orientação semelhante temos na doutrina estrangeira (cf. LAUBADÈRE, **Traité Élémentaire de Droit Administratif**, 1^a ed., p. 448; SAYAGUES LASO, **Traité de Droit Administratif**, trad. francesa, pp. 436-438).

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” (in RDA 49/225). Assim também a União ou o Estado não pode interditar indefinidamente o uso normal da propriedade.

III – DIREITO À INDENIZAÇÃO

De qualquer ângulo em que se examine a matéria, o direito à indenização do proprietário é inegável. Toda vez que o Poder Público, direta ou indiretamente, produz o esvaziamento econômico do direito de propriedade, fica obrigado a reparar o prejuízo. Não se trata aqui de simples **limitação administrativa**, mas sim de **interdição da propriedade**.

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” (in nosso **Estudos e Pareceres de Direito Público**, ed. RT, São Paulo, vol. II, 1977, p. 167).

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 08.02.83, na Apelação 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” (ERNST FORSTHOFF, **Tratado de Derecho Administrativo**, trad. esp., 1968, p. 429).

“Ante la prevalencia del derecho público sobre el privado, la indemnización satisface la regla de protección constitucional de la propiedad, que se resolve en la protección del patrimonio, ya se trate de expropiación, ya se trate de desmembramiento del derecho de propiedad” (RAFAEL BIELSA, **Restricciones y Servidumbres Administrativas**, 1923, p. 67. No mesmo sentido: RENATO ALESSI, **Instituciones de Derecho Administrativo**, trad. esp., pp. 489-490; ANDRÉ GRISEL, **Droit Administratif Suisse**, p. 405; MAURICE VAUTHIER, **Précis de Droit Administratif de la Belgique**, 3^a ed., vol. II, p. 701).

Em atendimento ao preceito constitucional garantidor do direito de propriedade (Const. Fed., 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.

IV – CONCLUSÕES

Do exposto concluímos que: a) o tombamen-

to 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.

ÁREAS VERDES E AS PECULIARIDADES PAISAGÍSTICAS E AMBIENTAIS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO*

Dra. Helita Barreira Custódio

Procuradora do Município de São Paulo

SUMÁRIO: 1. Nota introdutória. 2. Normas protetoras das áreas verdes: a) conceito de áreas verdes, b) classificação das áreas verdes. 3. Realidade atual, caracterizada pelo crescente desrespeito às normas constitucionais, legais e regulamentares disciplinadoras das áreas verdes. 4. Considerações finais e recomendações aplicáveis à elaboração de preceitos sobre a proteção e preservação do verde.

1. NOTA INTRODUTÓRIA

A questão da proteção das **ÁREAS VERDES NO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO** constitui, dentre outros fenômenos de repercussão ambiental, problema de evidente importância e atualidade, diretamente relacionado com a proteção da paisagem, da natureza e da própria coletividade local.

A importância da vegetação em suas diversas espécies, pela sua imprescindibilidade tanto ao ambiente urbano como ao rural, constitui realidade cientificamente demonstrada, evidenciando-se, dentre suas inúmeras ações: 1) **A função de produção**, considerada essencial à economia do país. 2) **A função de proteção da natureza**, considerada essencial aos **equilíbrios na-**

turais, tanto **físicos** (influência sobre o **clima**, **os solos**, **o regime das águas** subterrâneas, nascentes, superficiais, fluviais ou lacustres), como **biológicos** (influências sobre a **proteção da fauna** em associação com outras espécies vegetais inferiores). 3) **A função de sossego, lazer ou recreação**, considerada, pelo aspecto tranqüilizante, ornamental, estético ou paisagístico do verde, como medicamento essencial aos desequilíbrios fundamentais da vida contemporânea. Além de sua importante função à saúde e ao bem-estar da população, como fator estético, no combate contra a poluição atmosférica, acústica ou paisagística, salienta, ainda, a doutrina o valor da vegetação na criação e variação do **microclima** (clima local), **mesoclima** (clima in-

* Conferência ministrada perante o 1º **SEMINÁRIO SOBRE PAISAGEM URBANA**, promovido pela Comissão de Proteção à Paisagem Urbana-CPPU e patrocinado pela Secretaria da Habitação e Desenvolvimento Urbano-SEHAB, da Prefeitura do Município de São Paulo, realizado nos dias 8 e 9 de maio de 1984, junto ao Centro Cultural São Paulo.