

O SISTEMA PROTETIVO DOS BENS DE IMPORTÂNCIA HISTÓRICA E CULTURAL NO BRASIL

André de Carvalho Barbosa Álvares¹

Resumo: É de suma importância, para a formação da identidade de uma nação, a preservação de sua história e manifestações culturais das mais diversas formas. A partir do estudo das normas constitucionais de proteção do patrimônio histórico e cultural, observou-se a existência de um sistema protetivo constitucional que, junto com outros dispositivos de natureza infraconstitucional, o tornam um mecanismo efetivo de amparo dos bens marcados com esta característica. O presente artigo dá especial atenção à aplicação da função social da propriedade e da posse nesse aparato, além de terem sido analisados outros instrumentos de arribo existentes, como inventários, registros, vigilância, tombamento. Ainda, analisou-se a possibilidade de indenização ao proprietário do bem tombado, desapropriação e outras formas de acautelamento, como a isenção tributária de IPTU dos imóveis protegidos.

Palavras-Chave: patrimônio histórico e cultural - bens imóveis – propriedade – tombamento - função social.

THE PROTECTIVE SYSTEM OF GOODS OF HISTORICAL AND CULTURAL IMPORTANCE

Abstract: It is of utmost importance, for the formation of the identity of a nation, the preservation of its history and cultural

¹ Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Mes-trando em Função Social do Direito pela FADISP. Oficial de Registro Civil das Pes-soas Naturais e Tabelação de Notas de Cristais Paulista-SP.

manifestations of the most diverse forms. From the study of the constitutional norms of protection of the historical and cultural patrimony, a constitutional protection system was observed that, along with other devices of infraconstitutional nature, make it an effective mechanism of protection of the goods marked with this characteristic. The present article gives special attention to the application of the social function of ownership and possession in this apparatus, in addition to analyzing other existing tools, such as inventories, records, surveillance, and historical assets protection. Also, the possibility of indemnification to the property owner, expropriation and other forms of caution were analyzed, such as the IPTU tax exemption of protected properties.

Keywords: historical and cultural heritage – property – historical assets protection - social role.

Sumário: Introdução 1 Sistema constitucional de proteção do patrimônio histórico e cultural brasileiro 1.1 Sistema protetivo constitucional em vigor 2 Instrumentos de proteção do patrimônio histórico e cultural 2.1 Função social da propriedade e da posse 2.2 Inventários 2.3 Registros 2.4 Vigilância 2.5 Tombamento 2.5.1 Da possibilidade de indenizar o proprietário do imóvel pelo tombamento 2.6 Desapropriação 2.7 Outras formas de acautelamento Disposições finais. Referências bibliográficas

INTRODUÇÃO



proteção do patrimônio histórico e cultural tem se desenvolvido ao longo do tempo, seja ampliando o rol de bens protegidos, ou desenvolvendo novas tecnologias de preservação.

A preservação desse patrimônio é de grande importância para qualquer sociedade, na medida em que promove a interação entre o passado e o presente permitindo,

assim, que continuem no futuro. Também possibilita que os membros desta coletividade tenham acesso direto a tais preciosidades, o que permite conhecer os processos de formação de sua identidade nacional.

A Constituição da República Federativa do Brasil criou um sistema de proteção deste patrimônio histórico e cultural, como inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, facultando a criação de outros pelos entes federativos competentes.

Igualmente, a função social da propriedade pode ser utilizada como instrumento de proteção desse patrimônio, principalmente em decorrência de sua regulamentação no Código Civil brasileiro.

1 SISTEMA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL BRASILEIRO

Proteger, segundo o Dicionário Michaelis², vem do latim “*protegĕre*”. Dentre várias acepções apresentadas, pode significar: dar proteção a alguma coisa ou tomar sua defesa; preservar a coisa de um perigo ou mal qualquer, resguardar; dispensar cuidado ou assistência especial a alguma coisa. Em um último sentido, dar impulso ou incentivo, estimular, fomentar ou promover. Com isso, percebe-se a diversidade de significados que pode ter a norma constitucional quando determina a proteção do patrimônio histórico e cultural brasileiro, entre elas, uma muito importante que estabelece uma denotação propositiva.

Já o vocábulo *preservar*, também segundo o mesmo dicionário, vem do latim “*præservare*”, e tem como significados possíveis, resguardar a coisa de algum mal ou dano; ou não danificar ou destruir algo, conservar a coisa. Pode-se perceber que optou bem o legislador constitucional pelo uso da palavra

² Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/proteger/>. Acesso em 27/11/2017.

“proteção”, uma vez que possui alcance maior que o do vocábulo “preservar”, apesar de que, em alguns momentos, serem utilizados como sinônimos.

A proteção e preservação do patrimônio histórico e cultural de um povo é muito importante para a formação de sua identidade. Só assim será possível que as futuras gerações conheçam e entendam melhor seu processo de desenvolvimento, colocando-o em interação direta com os bens do passado, promovendo sua interação com o presente e poupando-os para o futuro. Nas Constituições brasileiras de 1824 e 1891, não existia nenhuma norma nesse sentido, sendo mérito da Carta Magna de 1934 a criação, ainda que incipiente, de um aparelho constitucional de proteção.

Atento à importância da preservação do patrimônio histórico e cultural nacional, o constituinte de 1934 instituiu, em seus artigos 10 (inciso III) e 148, as bases de um sistema constitucional de amparo. A primeira norma estabelecia a competência concorrente entre a União e os Estados, para proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico. A segunda determinava a competência da União, Estados e Municípios para protegerem os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do país. Dentre os bens integrantes do patrimônio artístico brasileiro, poderiam ser inseridos os imóveis com valor histórico, paisagístico ou cultural.

A Carta Constitucional de 1937 tratou do tema em seu artigo 134 e estabeleceu que monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como paisagens ou locais, particularmente dotados pela natureza, gozariam da proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos Estados e dos Municípios, mantendo, desta maneira, a competência dos três entes estatais na preservação do conjunto de bens de valores históricos e culturais.

Porém, observa-se que foi dado um passo atrás no aparelho de proteção estabelecido pela Constituição anterior, uma vez que somente os bens imóveis, de relevância natural, foram

abarcados pela regra. Ficaram de fora os de importância histórica e cultural, edificados pelo homem, por exemplo, a Estação da Luz. Também ficou determinado que o atentado contra eles cometido seria equiparado ao atentado contra o patrimônio nacional, no entanto, o documento não estabeleceu as punições cabíveis.

Por sua vez, a Constituição de 1946 estabeleceu que monumentos naturais, paisagens e locais dotados de particular beleza ficariam sob proteção do Poder Público. É importante salientar que, nesses últimos, podem ser colocados todos os imóveis de valor histórico, cultural e natural, desde que detentores de “particular beleza”, conceito vago e impreciso. O amparo desse patrimônio caberia ao poder público em geral, ou seja, competiria aos quatro entes federativos: União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A Carta Magna de 1967 dispôs que ficariam sob proteção especial do Poder Público (também de forma geral e extensível a todos os entes federativos), locais de valor histórico ou artístico, monumentos e a paisagens naturais notáveis, bem como jazidas arqueológicas. Ampliou-se, assim, o sistema protetivo, dada a magnitude que se pode dar à expressão “locais de valor histórico ou artístico”. A Emenda Constitucional nº 01/1969, apontada por muitos doutrinadores como uma nova Constituição, manteve a mesma redação da anterior a esse respeito.

Por fim, a Constituição Cidadã, acabou por desenvolver o atual sistema de proteção.

1.1. SISTEMA PROTETIVO CONSTITUCIONAL EM VIGOR

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, hoje vigente, tratou especificamente da proteção do patrimônio histórico e cultural brasileiro em seu texto e acabou por desenvolver este sistema constitucional de amparo desses bens.

Logo no artigo 5º, inciso XXII, estabeleceu, como direito fundamental o de propriedade, atrelando, conforme o inciso XXIII do mesmo dispositivo, ao atendimento de sua função social. Garantiu que a função social da propriedade pode ser importante mecanismo de proteção do patrimônio histórico e artístico, ou, no mínimo, um de seus fundamentos.

Prosseguindo, em seu artigo 23, instituiu a competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios para proteger os bens de valor histórico, artístico e cultural, monumentos, paisagens naturais notáveis e sítios arqueológicos, bem como impedir sua evasão, destruição e descaracterização. Em seguida, no artigo 24, fixou a competência concorrente entre a União, Estados e o Distrito Federal para legislar sobre a proteção do patrimônio histórico, cultural, turístico e paisagístico.

Ainda, atribuiu competência aos Municípios, em relação a esse tema, uma vez que o artigo 30 determina, em seus incisos I e II, sua competência para legislar sobre assuntos de interesse local e para suplementar a legislação federal e estadual no que couber. Ou seja, o Município pode formular normas para a preservação do patrimônio histórico e cultural de interesse local, inclusive, suplementando a legislação federal ou estadual.

Esse mesmo dispositivo, em seu inciso IX, definiu a competência municipal para promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual. O Município não só tem competência legislativa, como tem o dever de promover essa preservação. Como não existe imóvel fora do Município³, essa obrigação tem imensa relevância, tornando o Município o ente mais importante no sistema constitucional de proteção do patrimônio histórico e cultural.

Ao tratar da cultura, trouxe um artigo de grande importância para esse aparelho protetivo. Segundo seu artigo 216,

³ O Distrito Federal também detém as competências legislativas municipais e não existem, hoje no Brasil, Territórios Federais.

constituem patrimônio cultural brasileiro: os bens de natureza material (aqui incluídos os imóveis) e imaterial aceitos, individualmente ou em conjunto, como portadores de referência à identidade, à ação e à memória de diferentes grupos, formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem, entre outros, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais, além dos conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Estabeleceu, ainda, em seu parágrafo 1º, as formas pelas quais o Poder Público protegerá e promoverá o patrimônio cultural brasileiro, a saber: por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, bem como outras formas de acautelamento e preservação.

Por fim, em seu parágrafo 5º, instituiu, de forma inédita, tombamento constitucional de todos os documentos e sítios, detentores de reminiscências históricas, dos antigos quilombos. Pela primeira vez, uma norma constitucional promove o tombamento de bens. Ainda, em seu artigo 231, reconhece aos índios seus costumes e tradições, garantindo-lhes as terras necessárias à sua reprodução cultural.

Fechando o sistema, garantiu aos cidadãos participação efetiva no processo de proteção do patrimônio histórico e cultural. O inciso LXXIII, do artigo 5º, afiançou a qualquer pessoa, em pleno gozo de seus direitos políticos, propositura de ação popular que vise anular ato lesivo a esse patrimônio, inclusive com isenção de custas judiciais e ônus de sucumbência, desde que de boa-fé.

Também determinou, em seu artigo 129, a função institucional do Ministério Público para promover inquérito civil e ação civil pública, com finalidade de proteção do patrimônio público e social, e de outros interesses difusos e coletivos, deixando claro que a proteção do patrimônio histórico e cultural nacional se enquadra nesse contexto.

2. INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL

A Constituição Brasileira de 1988 definiu um sistema de proteção dos bens de valor histórico e cultural, no qual podemos identificar ao menos sete meios de amparo deste patrimônio: função social da propriedade e da posse, inventários, registros, vigilância, tombamento, desapropriação e outras formas de acautelamento.

2.1 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DA POSSE

A Constituição da República de 1988 consagrou, definitivamente, a função social da propriedade. Tendo por base a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, e os princípios da solidariedade social e da igualdade, o direito de propriedade passou por verdadeira mudança de paradigma no ordenamento jurídico brasileiro. Enquanto no ordenamento anterior, o foco de proteção centrava-se na coisa, agora se concentra no homem, seja ele proprietário ou membro da coletividade, afetado ou beneficiado pelo exercício da propriedade.

Em seu Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I, Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, artigo 5º, incisos XXII e XXIII, aclamou-se o direito de propriedade e sua função social. Como irmãos siameses que compartilham um órgão vital, os dois dispositivos não podem ser aplicados ou interpretados de forma separada.

A seguir, no Título VII, Da Ordem Econômica e Financeira, Capítulo I, Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, artigo 170, novamente impôs, ao exercício do direito de propriedade, o atendimento de sua função social.

E, por último, traça as linhas da função social da propriedade imobiliária urbana e rural, nos artigos 182 e 186.

Dispositivos que são regulamentados pelo Estatuto das Cidades e Estatuto da Terra, leis nº10.257, de 10 de julho de 2001, e nº4.504, de 30 de novembro de 1964, respectivamente.

A Constituição da República de 1988 traz, como um de seus corolários, a propriedade privada. No entanto, exige que esta cumpra uma função social, em clara tentativa de compatibilizar o direito individual do proprietário com os interesses da sociedade. Foi a forma encontrada de preservá-la, mas impediu que seu exercício individualista acarrete prejuízos à comunidade.

Assim, para Tepedino, a propriedade “transforma-se em instrumento para a realização do projeto constitucional”⁴, não sendo mais a propriedade uma atribuição de poder pleno, que passa a depender de centros de interesses “extraproprietários”, a serem regulados no âmbito da relação jurídica. Para o autor, o elemento funcional é capaz de alterar a estrutura do domínio, inserindo-se em seu “perfil interno”, dando valor ao exercício do direito e direcionando-se para um fim social.

Ao analisar o direito de propriedade e sua função social, sob o prisma do Direito Civil Constitucional, Barroso defende o acesso a esse direito como mecanismo de promoção da dignidade humana, uma vez que “seu núcleo material elementar é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade”⁵.

Lenza⁶, por sua vez, trata a função social como limitação à propriedade, trazendo conseqüências, previstas na Constituição, para seu descumprimento, a saber, a desapropriação-sanção pelo Município, com base no artigo 182, parágrafo 4º, inciso I, e artigo 184.

⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 280-286, 2001.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 335, 2003.

⁶ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 995, 2012.

O Código Civil Brasileiro⁷, lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, também regulou a matéria em seu artigo 1.228, além de estabelecer norma importante no parágrafo único do artigo 2.035.

Segundo Tartuce, “a norma civil codificada passa a consagrar expressamente a função social, em um sentido de finalidade, como princípio orientador da propriedade; além de representar a principal limitação a este direito”⁸.

Explica Moraes⁹ que a propriedade é instituição jurídica, que se formou para responder a uma necessidade econômica. Ela evolui no mesmo ritmo de tal necessidade, que se transformou em necessidades sociais, passando a considerar a interdependência cada vez mais estreita dos elementos sociais. Assim, a propriedade deixa de ser um direito do indivíduo, direito subjetivo, para converter-se em função social.

Essa interdependência, ao criar novas necessidades econômicas, afeta certas riquezas, com fins individuais e coletivos determinados, e, por conseguinte, a obrigação de garantir e de proteger socialmente essa afetação.

Para Gomes¹⁰, o direito individual sobre as coisas impõe deveres perante a sociedade, e até no interesse de não proprietários, fazendo com que sua finalidade social determine a modificação conceitual do próprio direito, que não se confunde com a política de limitações específicas ao seu uso. Ou seja, para o autor, a função social da propriedade não mais se resume a limitação deste direito.

Penteado¹¹ afirma que a função social da propriedade é uma cláusula geral, que onera as situações jurídicas de direito

⁷ BRASIL. Lei nº 10.406/2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 27/11/2017.

⁸ TARTUCE, Flávio. *Direito das coisas*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 127, 2017.

⁹ MORAES, José Diniz de. *A função social da propriedade e a Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, p. 95, 1999.

¹⁰ GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 129, 2004.

¹¹ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

das coisas, impondo a seu titular o dever de atuar de modo geral e específico. Sob o primeiro aspecto, o proprietário deve exercer seu direito, sem ofender os fins da sociedade de que faz parte, sujeitando-se à diferentes obrigações e ônus inerentes, por exemplo, às situações jurídicas cujo objetivo seja a preservação do patrimônio histórico e cultural.

No segundo aspecto, a função social impõe o compartilhamento dos benefícios, oriundos do direito de propriedade, com a comunidade em que está inserido. De acordo com Pentecado, a função social da propriedade tem dois papéis: “criar um espaço geral de licitude na atuação dos direitos sobre bens corpóreos”¹² e “implementar políticas públicas no sentido de produtividade, para permitir um efeito redistributivo da propriedade para a comunidade em que o titular do direito se insere”¹³.

O Código Civil foi além na regulamentação desta função social, no que Tartuce denominou “função socioambiental da propriedade”¹⁴. Explana o autor que “há tanto uma preocupação com o ambiente natural (fauna, flora, equilíbrio ecológico, belezas naturais, ar e águas), como com o ambiente cultural (patrimônio cultural e artístico)”¹⁵. Segundo Tartuce, este dispositivo do Código Civil especializou o que consta no artigo 225, da Constituição Federal, que protege o meio ambiente como bem difuso. No que tange à proteção do patrimônio histórico e cultural, fez o mesmo com o artigo 216, permitindo, assim, a aplicação da função social da propriedade nesse sistema protetivo.

Por se tratar de norma relativamente nova, alguns pontos desse tema ainda suscitam indagações, algumas, com relevância para o sistema de proteção do patrimônio histórico e cultural.

A primeira indagação discute se a função social apenas limita a propriedade ou se ela é parte integrante do próprio direito. Existem duas correntes na doutrina e jurisprudência

¹² Ibid, p.187.

¹³ Ibid, p.188.

¹⁴ TARTUCE, Flávio. Op.cit.,p. 129, 2017.

¹⁵ TARTUCE, Flávio. Op.cit.,p.130.

brasileira, cada uma defendendo uma posição, com predomínio da que compreende a função social da propriedade como uma limitação ao direito de propriedade.

Ocorre que, a partir dos ensinamentos acima expostos, em uma concepção moderna de função social da propriedade, Flávio Tartuce também defende que a “propriedade é função social”, dado o caráter inafastável dos incisos XXII e XXIII, do artigo 5º, da Constituição da República, superando-se, assim, as concepções apenas limitadoras da função social. Ou seja, os atributos da propriedade estão de tal modo impregnados com o dever de cumprir uma função social, que sem esta, nem mesmo existe propriedade, posição que o presente artigo entende como mais acertada.

No caso da Favela Pullman¹⁶, foi reconhecido o perecimento do direito de propriedade em decorrência do abandono. O não atendimento à função social foi utilizado como fundamento da declaração de abandono. O caso teve a seguinte ementa: CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. TERRENOS DE LOTEAMENTO SITUADOS EM ÁREA FAVELIZADA. PERECIMENTO DO DIREITO DE PROPRIEDADE. ABANDONO. CC, ARTS. 524, 589, 77 E 78. MATÉRIA DE FATO. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7-STJ.

Transportando esse entendimento para proteção do patrimônio histórico e cultural dos bens imóveis, pode-se afirmar que se um proprietário deixar um prédio, de valor histórico ou cultural, se deteriorar para que venha desabar, pode ter seu direito de propriedade afastado com fundamento na função socioambiental da propriedade.

O segundo debate está relacionado ao conflito entre o artigo 187 e o § 2º do artigo 1.228, ambos do Código Civil. O

¹⁶ STJ - REsp: 75659 SP 1995/0049519-8, Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 21/06/2005, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 29/08/2005, p. 344.

exercício da propriedade sem função social configura ato ilícito. Os termos do primeiro dispositivo mencionado, por si só, seriam suficientes para obrigar o proprietário a responder por ele. Ocorre que a segunda norma citada, vincula a ilicitude do ato à intenção do agente, ou seja, exige conduta dolosa para que se configure o descumprimento da função social.

A aplicação direta do artigo 187 é mais eficaz para dar cumprimento à função social da propriedade, sendo que nem haveria necessidade da segunda regra. Em vista de tal contenda, a I Jornada de Direito Civil (2002) do Conselho da Justiça Federal aprovou o Enunciado nº 49 nos seguintes termos: “Interpreta-se restritivamente a regra do art. 1.228, § 2º, do novo Código Civil, em harmonia com o princípio da função social da propriedade e com o disposto no art. 187”. Nesse sentido não é necessário a configuração do dolo do proprietário para o descumprimento da função social.

Voltando ao exemplo utilizado anteriormente, se o proprietário deixar o prédio vir a ruína, não importa se a conduta foi dolosa ou culposa, ele deverá ser responsabilizado da mesma forma.

A terceira e última indagação, mas não menos importante, diz respeito às consequências do não atendimento da função social da propriedade, diretamente relacionada à primeira. São três as consequências decorrentes deste descumprimento: nulidade dos negócios jurídicos, o dever de indenizar e a perda, ou não reconhecimento, da propriedade.

Por ser norma de ordem pública, nos termos do parágrafo único do artigo 2.035, a utilização de negócio jurídico para violar a função social da propriedade implica em sua nulidade ou das cláusulas neste sentido. Podendo ser aproveitados aqueles, nos termos do artigo 170 do Código Civil, sendo alterados seus efeitos.

Já o dever de indenizar decorre da prática de ato ilícito. Nos termos do artigo 927 do Código Civil, “aquele que, por ato

ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Com relação a perda da propriedade ou seu não conhecimento. Quem defende a função social apenas como limitação à propriedade, fala em perda da propriedade, devendo esta ser desconstituída judicialmente. Do outro lado, para os defensores da função social como elemento da propriedade, consideram a segunda opção, ou seja, sem função social não existe o direito de propriedade a ser protegido, pode ser afastado por procedimento administrativo.

Apesar de não ser norma expressa do sistema normativo brasileiro, não ter sido positivada nem na Constituição, nem no Código Civil, a função social da posse pode ser construída através de interpretação sistemática do mesmo.

Por definição legal, “considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”¹⁷. Como visto no artigo 1.228, os poderes do direito de propriedade são as faculdades de usar, gozar ou fruir, dispor e reivindicar a coisa. Assim, basta para ser considerado possuidor o exercício de pelo menos uma destas capacidades.

Ocorre que a função social integra a própria estrutura do direito de propriedade, logo, cada uma destas aptidões também está com ela impregnada, não sendo possível, portanto, afastar esse princípio do exercício da posse.

Nesse sentido, na V Jornada de Direito Civil (2012), do Conselho da Justiça Federal, foi aprovado o Enunciado nº 492, segundo o qual “A posse constitui direito autônomo em relação à propriedade e deve expressar o aproveitamento dos bens para o alcance de interesses existenciais, econômicos e sociais mercedores de tutela”.

Assim, o exercício da posse também será limitado pela função social nos mesmos moldes que é o direito de propriedade.

¹⁷ Redação do artigo 1.196 do Código Civil.

2.2 INVENTÁRIOS

Segundo Motta e Rezende, os inventários foram os primeiros meios de proteção do patrimônio histórico e cultural a serem desenvolvidos, nascendo junto com os primeiros Estados Nacionais, sendo um modo de produção de novo saber, “por meio de coleta e sistematização de informações, obedecendo a determinado padrão e repertório de dados passíveis de análise e classificações”¹⁸, tornando-se meio bastante eficaz de identificação, valorização e proteção desses bens.

Os inventários se desenvolveram ao longo do tempo, principalmente, em dois aspectos: quanto ao conceito de patrimônio e o desenvolvimento das tecnologias da informação. Em relação ao primeiro, ampliou-se o conceito de patrimônio histórico. No início, os inventários se restringiam aos bens imóveis e obras de arte, mas, na atualidade, abarcam uma gama imensa de bens, aqui incluídos, os de natureza intangível. Isso só foi possível na medida em também se desenvolveram as tecnologias da informação, que nos primórdios se resumiam a gravuras e mapas cartográficos e hoje, apresentam uma vasta gama de recursos, tais como fotografias e vídeos de alta resolução.

Não existe norma federal que regulamente o inventário dos bens de valor histórico e cultural, bem como os efeitos destes arrolamentos. Assim, com base no sistema protetivo constitucional, os Estados e Municípios estão regulamentando esse instrumento em suas legislações locais. Em alguns casos, restringem o inventário apenas a um meio de produção de conhecimento, relacionando e catalogando esses bens. Em outros, como na legislação do Estado de Minas Gerais, atribuem efeitos semelhantes ao tombamento, ou seja, a partir do inventário, os bens não

¹⁸ MOTTA, Lia; REZENDE, Maria Beatriz. *Inventário*. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Invent%C3%A1rio%20pdf.pdf>. Acesso em 27/11/2017.

podem mais ser modificados nem destruídos.

O Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, Iphan na Portaria n° 160¹⁹ de 11 de maio de 2016, regulou o instrumento de inventário, e em seu artigo 1° o definiu como “instrumentos voltados para à identificação, documentação, produção de conhecimento e informação sobre os bens culturais”, não constituindo, sozinho, instrumento autônomo de proteção, mas servindo de base informativa para tomada de decisão do Iphan em outras formas de acautelamento. Assim, o inventário tem um caráter subsidiário e complementar a outros instrumentos de proteção, por exemplo, o tombamento.

2.3 REGISTROS

O registro é o instrumento criado com objetivo de contribuir, de forma adequada, para a salvaguarda de bens de caráter processual e dinâmico, considerados de relevância para a memória, a identidade e a formação da sociedade brasileira.

O Decreto n° 3.551²⁰, de 04 de agosto de 2000, instituiu o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial para os que constituem patrimônio cultural brasileiro em âmbito federal. Criado, portanto, para ampliar os instrumentos de proteção, tendo em vista a ampliação dos bens a serem protegidos, seguindo a norma constitucional, especialmente, os que ficavam fora do alcance dos meios tradicionais de preservação, por

¹⁹ Art. 1° - Caracterizar os objetivos e elementos necessários à produção de inventários como instrumentos voltados para à identificação, documentação, produção de conhecimento e informação sobre os bens culturais, com vistas subsidiar a tomada de decisão nos vários campos de ação institucional do IPHAN

§ 1° - Os inventários a serem produzidos em decorrência dessa portaria não se configuram, de per se, como instrumentos de proteção, mas integram iniciativas voltadas à produção de conhecimento que podem ou não redundar em medidas de proteção.

§ 2° - O inventário será considerado um instrumento de proteção e/ou acautelamento apenas quando expressamente definido em norma própria, que deverá estabelecer os efeitos sobre os bens inventariados.

²⁰ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3551.htm. Acesso em 27/11/2017.

exemplo, o tombamento.

Para Fonseca²¹, o registro é diferente do tombamento, uma vez que não pretende conservar os bens registrados, nem assegurar sua autenticidade, além de não obrigar o Poder Público a fiscalizá-lo ou a protegê-lo. Também não cria, em regra, direitos e deveres para quaisquer das partes envolvidas em seu processo.

2.4 VIGILÂNCIA

Está presente no artigo 20, do Decreto-Lei 25, de 30 de novembro de 1937, que os órgãos de proteção do patrimônio histórico e cultural tenham sempre o direito de inspecionar os bens protegidos, não podendo os proprietários impor obstáculos à visita, sob pena de multa. Cumpre ressaltar que, conforme regulado na mencionada norma, é um instrumento de proteção acessório ao tombamento, estando restrito aos bens tombados.

2.5 TOMBAMENTO

Segundo Meirelles²² tombamento é a forma de intervenção na propriedade, pela qual o Poder Público procura proteger o patrimônio cultural brasileiro, sendo o instrumento principal utilizado para este fim. No âmbito federal, é regulado pelo Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937. Com base nesta norma, podem ser feitas algumas considerações.

O tombamento pode ter, por objeto, bens móveis e imóveis. Observe-se que não é um instituto apropriado para a preservação dos bens de natureza imaterial.

Pode ser dividido em três espécies: de ofício, voluntário

²¹FONSECA, Maria Cecília Londres. *Registro*. Disponível em: [http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/ARTIGO%20REGISTRO%20pdf\(1\).pdf](http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/ARTIGO%20REGISTRO%20pdf(1).pdf). Acesso em 27/11/2017.

²² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: RT, 1985.

ou compulsório. O primeiro se refere ao tombamento de bens públicos, efetivado com simples notificação ao órgão público proprietário. O segundo tipo é aquele em que o proprietário do bem concorda com a notificação de tombamento, ou, quando ele mesmo o solicita. No último, a pretensão do Poder Público sofre resistência do proprietário.

O tombamento também pode ser provisório ou definitivo. É provisório enquanto, ainda em processo de tombamento, inicia-se com notificação ao proprietário. E definitivo, após a inscrição do tombamento no competente livro que encerra o processo.

Para Carvalho Filho, o tombamento tem natureza jurídica de “instrumento especial de intervenção restritiva do Estado na propriedade privada”²³, não se confundindo com outras formas de restrição.

O tombamento decorre de processo administrativo, sendo a inscrição no competente Livro do Tombo seu ato final. Cada ente federativo pode estabelecer rito próprio, com fases e exigências próprias. No entanto, esse processo administrativo deve sempre obedecer às normas constitucionais de natureza processual, tais como o devido processo legal e a ampla defesa. Em regra, deve se iniciar com a notificação do proprietário, o qual, ciente da existência de parecer técnico do órgão responsável pelo tombamento, vai concordar ou impugnar o pedido, apresentando suas razões. Por fim, o órgão técnico proferirá decisão fundamentada a respeito. Essa decisão está sujeita tanto a controle administrativo como judicial. É importante salientar que desde a notificação do processo de tombamento, os bens já passam a sofrer restrições de como se tombado estivessem.

Uma vez determinado o tombamento do bem, esse ato produzirá uma série de efeitos, entre eles, a averbação do tombamento na matrícula do imóvel. O proprietário, ou possuidor,

²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 738, 2011.

não poderá destruir, demolir ou mutilar o bem. Para reparar, pintar ou restaurar precisará de autorização especial do órgão público responsável pelo tombamento. Também passa a ter o dever de conservar o bem, arcando com os custos desta conservação e se não possuir recursos para tal, deve comunicar o órgão responsável para que execute as obras necessárias.

O tombamento também pode criar restrições aos imóveis vizinhos do bem tombado, por exemplo, impedindo obras que diminuam a visibilidade, ou a colocação de cartazes e anúncios.

O direito de preferência dos entes federativos, na aquisição dos imóveis tombados, foi revogado pela Lei nº13.105, de 16 de março de 2015. Esse direito acabava por gerar grande insegurança jurídica, na medida em que o proprietário do bem tombado deveria notificar os entes detentores do direito e aguardar sua resposta que, em muitas vezes, inviabilizava os negócios que já existiam em razão da demora de seu retorno. Esse direito de preferência significava ônus desnecessário ao proprietário, uma vez que o ente público pode se valer, a qualquer momento, da desapropriação para adquirir o mesmo bem.

2.5.1 DA POSSIBILIDADE DE INDENIZAR O PROPRIETÁRIO DO IMÓVEL PELO TOMBAMENTO

Quanto à possibilidade de indenização do proprietário pelo tombamento, existe grande controvérsia a respeito do tema. Em regra, não há direito da indenização, uma vez que o Decreto-Lei que o regulamentou não previu tal possibilidade. Existem três correntes na doutrina: uma que não admite a indenização, outra que sempre acolhe e a terceira, que aceita desde que comprovado prejuízo ao proprietário.

Os defensores da primeira alegam que apenas uma restrição ao direito de propriedade não tem o condão de proporcionar a diminuição do patrimônio do proprietário. Já a segunda vai a sentido oposto e defende que sempre deve haver a indenização,

na medida em que as restrições, impostas ao proprietário, sempre importarão em prejuízos, seja pelo dever de conservação da coisa ou pela perda do valor comercial do bem.

A terceira e última teoria faz um meio termo entre as duas correntes anteriores, ou seja, havendo o prejuízo comprovado pelo proprietário, surge o dever do órgão público responsável de indenizá-lo. Assim, com base na responsabilidade civil objetiva do estado, consagrada no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição da República de 1988, bastaria que o proprietário comprovasse o prejuízo e demonstrasse que esse decorreu do tombamento, para que fizesse jus ao ressarcimento. A compensação tem o condão de evitar enriquecimento sem causa da coletividade e a ocorrência de dano ao proprietário cabendo, assim, ao órgão que propôs a conservação do bem, como representante da coletividade protegida e beneficiada, pagar o preço pela perda causada ao dono. Parece ser esta uma corrente mais adequada, pois não havendo prejuízos não caberá indenização.

A jurisprudência majoritária adota a primeira corrente. No entanto, existem decisões que admitem a indenização quando comprovado o prejuízo (terceira corrente), por exemplo, no julgamento da apelação APL 00258675020118260053 SP 0025867-50.2011.8.26.0053 pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

2.6 DESAPROPRIAÇÃO

A desapropriação é uma forma supressiva de intervenção na propriedade, que gera transferência do bem desapropriado ao ente público expropriante, ou seja, culmina na perda do direito pelo proprietário. Ao contrário do tombamento, a competência para legislar sobre desapropriação é privativa da União, nos termos do artigo 22, inciso II, da Constituição Federal.

Segundo Carvalho Filho a desapropriação é um “procedimento de direito público pelo qual o Poder Público transfere

para si a propriedade de terceiro”²⁴, observada sua utilidade pública ou interesse social.

O artigo 5º, inciso XXIV, da Constituição da República, traz a regra geral relativa as desapropriações. As expropriações, por necessidade, utilidade pública e por interesse social, ensejam justas e prévias indenizações em dinheiro. No entanto, a própria Constituição trouxe algumas exceções, a saber: art. 182, § 4º, III, CR/1988, na desapropriação de imóveis não utilizados ou subutilizados; e artigo 184, na desapropriação para fins de reforma agrária.

De forma sucinta, a desapropriação pode ter, por objeto, bens móveis e imóveis, sendo possível, inclusive, a desapropriação de bem público. Em regra, possui uma fase declaratória e outra executória.

A primeira fase se inicia com uma declaração expropriatória, formalizada por decreto do Chefe do Poder Executivo, ficando esse ato sujeito a controle judicial. Essa declaração tem o condão de permitir, aos agentes públicos competentes, o ingresso ao imóvel para avaliar seu estado e elaborar projetos, podendo valer-se, inclusive, de força policial para tal. Essa declaração está sujeita a caducar, caso o ente público competente não avance no procedimento de desapropriação em determinado tempo.

Superada a primeira fase, parte-se para a fase executória, que pode acontecer por via administrativa ou judicial. A primeira ocorre quando há acordo entre o proprietário expropriado e o Poder Público e se formaliza, em regra, mediante a celebração de escritura pública de venda e compra. Não havendo acordo, resta a via judicial. Aqui, é importante salientar a existência de medida que pode se valer o Poder Público: a emissão provisória na posse, desde que haja urgência, e depósito prévio arbitrado pelo juiz.

Várias são as espécies de desapropriação e suas fontes

²⁴ CARVALHO FILHO, Op.cit., p. 750.

normativas. No entanto, seu estudo detalhado não foi objeto deste trabalho. No que importa para a proteção do patrimônio histórico e cultural pátrio, o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, que regulamenta a desapropriação por utilidade pública, dispõe em seu artigo 5º, inciso k, a possibilidade de desapropriação para fins de preservação do patrimônio histórico e artístico. Também, podem ser expropriados, com esse mesmo fundamento, mas vinculados à exploração de atividade turística, os bens de valor histórico e cultural, tendo por base legal o artigo 2º, inciso VIII, da Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962.

2.7 OUTRAS FORMAS DE ACAUTELAMENTO

A norma constitucional previu que seriam possíveis outras formas de acautelamento para a proteção do patrimônio histórico e cultural nacional, cabendo à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, em suas legislações próprias, criarem estes instrumentos.

Um dos meios de proteção, que assume caráter propositivo de defesa desse patrimônio, tem sido a isenção tributária do imposto, sobre propriedade predial e territorial urbana, de imóveis tombados. Essa isenção tributária, também poderia ser estendida a imóveis inventariados, o que incentivaria o próprio proprietário a conservar o bem. O Município do Rio de Janeiro, por exemplo, estabeleceu essa isenção no artigo 61, inciso XVIII, da Lei nº 691/84 e no artigo 3º, parágrafo 1º, do Decreto nº 28.247/2007.

NOTAS CONCLUSIVAS

O Brasil conta com sistema constitucional de proteção do patrimônio histórico e cultural bastante diversificado, com vários institutos jurídicos capazes de propiciar esse objetivo.

A aplicação da função social da propriedade, neste

sistema, pode propiciar novas formas de conseguir esse desígnio, principalmente, se adotada a teoria da função social como integrante do próprio conceito de propriedade, negando, assim, o direito de propriedade de quem atente contra o patrimônio histórico e cultural.

Esse sistema pode ser melhor desenvolvido em alguns aspectos, sempre com o intuito de se obter máxima eficácia na preservação do patrimônio. Um destes aspectos está diretamente ligado à ampliação das normas de caráter propositivo, que teriam o condão de impulsionar a proteção do patrimônio histórico e cultural pelos próprios proprietários, incentivando-os a atingir um fim social valioso no exercício de seu direito subjetivo de propriedade.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 5ªed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BRASIL. STJ - REsp: 75659 SP 1995/0049519-8, Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 21/06/2005, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 29/08/2005.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- FONSECA, Maria Cecília Londres. *Registro*. Disponível em: [http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/ARTIGO%20REGISTRO%20pdf\(1\).pdf](http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/ARTIGO%20REGISTRO%20pdf(1).pdf). Acesso em 27/11/2017.
- GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19ª ed. rev., atual. e aum. de acordo com o Código Civil de 2002. Atualizador: Luiz Edson Fachin. Coord. Edvaldo Brito. Rio de Janeiro:

- Forense, 2004.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: RT, 1985.
- MORAES, José Diniz de. *A função social da propriedade e a Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MOTTA, Lia; REZENDE, Maria Beatriz. *Inventário*. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Invent%C3%A1rio%20pdf.pdf>. Acesso em 27/11/2017.
- PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- TARTUCE, Flávio. *Direito das coisas*. 9ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.