

A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL E SUAS REPERCUSSÕES PATRIMONIAIS

Carlos José Teixeira de Toledo

Procurador do Estado de São Paulo

1. Introdução

A proteção jurídica dos bens de natureza cultural não é fato novo em nosso país. Gestada desde o começo do século, veio à luz em 30 de novembro de 1937, data da edição do Dec.-lei nº 25, diploma criador do instituto que, entre nós, ganhou o nome de *tombamento*.

Desde então, outros instrumentos jurídicos surgiram e foram aplicados em favor dos bens culturais, embora o mais praticado e conhecido seja, sem sombra de dúvida, o já mencionado tombamento. Este, por sua vez, acabou por ganhar contornos e aplicações mais amplas do que as inicialmente previstas.

Embora inspirado por projeto muito mais ambicioso, da lavra de Mario de Andrade, o Dec.-lei nº 25 tinha em seu bojo um modelo de política de proteção elitista, cujo objetivo principal era resguardar e destacar os bens de caráter monumental, representativos de instituições políticas, religiosas, civis e militares, destacando-os do contexto em que existiam. Após persistir por décadas nesta doutrina, os órgãos protetivos acabaram por ampliar a aplicação do instituto, tentando adaptá-lo para a proteção de núcleos urbanos e edificações e objetos de origem popular.

A par disso, outras políticas protetivas foram surgindo, inspiradas em instrumentos e programas urbanísticos implementados em outros países. Tais novas práticas não substituíram, todavia, o tombamento, antes se sobrepondo a ele ou complementando-o.

Em toda essa evolução histórica, um aspecto jamais foi resolvido de forma satisfatória e é, até o presente, motivo de perplexidade e discussão em nossa doutrina e jurisprudência. Trata-se da questão referente aos efeitos da proteção aos

bens culturais em relação ao patrimônio de pessoas privadas e do surgimento ou não da obrigação de indenizar por parte do ente público responsável pela proteção.

Estudar esse aspecto do regime de proteção dos bens culturais é o objetivo do presente artigo.

2. Tombamento e indenização

Porque afetam a propriedade – e aqui não estamos sequer mencionando o *direito de propriedade*, mas sim o fato social e econômico que é comumente denominado *propriedade* –, os vínculos administrativos do gênero a que pertence o tombamento foram, desde a origem, objeto de veementes contestações. De início, dúvidas eram lançadas sobre a juridicidade de tamanha intromissão na esfera dos direitos privados – cabe lembrar que, em dado momento histórico, tais direitos eram considerados pré-estatais e, portanto, intocáveis pela autoridade pública. Vencidos tais argumentos, a nova investida teve como escopo demonstrar a incompatibilidade entre o regime publicístico e a propriedade privada, o que se resolveria pela expropriação e conseqüente indenização integral do bem.

Em nosso sistema jurídico, a idéia de que o tombamento equivaleria a um ato expropriatório foi especialmente discutida no famoso caso do “Arco dos Telles”, julgado pelo Supremo Tribunal Federal no início da década de 40. Nele prevaleceu o brilhante voto do relator, Ministro Castro Nunes:

“A finalidade do tombamento é conservar a coisa, reputada de valor histórico ou artístico, com a sua fisionomia característica. Mas

essa preservação não acarreta necessariamente a perda da propriedade, o proprietário não é substituído pelo Estado; apenas se lhe retira uma das faculdades elementares do domínio, o direito de transformar e desnaturalizar a coisa, como se exprime Lafayette (Coisas, § 25), direito de transformação; assim o qualifica o Código Civil Português, o qual vai até a destruição mesmo, identificando-se, em certos casos, observa Cunha Gonçalves, com o proscrito *jus abutendi*.

Por isso mesmo que a coisa não sai do domínio do particular, não se desloca para o domínio do Estado, este não estará obrigado a desapropriá-la para realizar o fim que tem em vista".¹

Esse aresto estabeleceu as bases fundamentais de toda a jurisprudência que veio até os nossos dias, afastando de vez os questionamentos a respeito da constitucionalidade do Dec.-lei nº 5/37 e sepultando por completo a tese de que a imposição do regime protetivo equivaleria à desapropriação do bem tombado.

Todavia, a controvérsia sobre os efeitos patrimoniais do tombamento não cessou aí. Prossegue até os dias de hoje, por meio dos pleitos indenizatórios ajuizados pelos proprietários, que embora não tenham sido privados de suas propriedades, vislumbram na atuação protetiva estatal um prejuízo econômico digno de ser ressarcido. Em favor da pretensão indenizatória se manifesta uma parte substancial, quiçá majoritária, de nossa doutrina.

Dos estudiosos que se posicionam de maneira favorável à indenização do tombamento,

alguns partem do pressuposto de que o tombamento é indenizável em razão de sua própria natureza jurídica. Aqui estão, especialmente, aqueles que consideram o tombamento uma espécie de ônus real, um direito do Poder Público sobre o bem privado, direito esse que possui uma expressão econômica que deve reverter em favor do proprietário do bem gravado.²

Uma segunda posição é a dos autores que justificam a indenizabilidade pela existência de um sacrifício excepcional imposto ao proprietário, enxergando aí um desequilíbrio nos encargos que devem ser suportados eqüitativamente por todos os cidadãos. Ao contrário daqueles primeiramente citados, que entendem a indenização como uma regra absoluta, estes a vêem como uma regra geral, mas que admite exceções – especialmente quando o tombamento incide sobre um conjunto de bens, tais como uma cidade, um bairro, uma zona, pois em tais casos estaria descaracterizado o prejuízo especial que ensejaria a reparação. Das duas teses em favor da indenizabilidade, esta é, sem dúvida, a que goza de maior prestígio em nossa doutrina atual, dela comungando Paulo Affonso Leme Machado,³ Celso Antônio Bandeira de Mello,⁴ Adilson Abreu Dallari,⁵ Maria Coeli Simões Pires,⁶ Toshio Mukai,⁷ entre outros.

Há, do outro lado, um respeitável rol de juristas que não admitem a indenizabilidade do tombamento, a não ser em circunstâncias excepcionais, quando a imposição do regime protetivo impossibilita por completo o uso e a fruição do bem de propriedade particular. Compartilham dessa opinião José Afonso da Silva,⁸ Hely Lopes

¹ In STF, ApCv nº 7.377-DE, j. em 17.6.1942, rel. Ministro Castro Nunes, RT, vol. 147, São Paulo, p. 791.

² Neste sentido, Ruy Cirne Lima, "Das servidões administrativas", in RDP nº 5, São Paulo, Revista dos Tribunais, jul./set. 1968, p. 27. Parece-nos ser esse também o entendimento de Antonio A. Queiroz Telles, *Tombamento e seu Regime Jurídico*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, pp. 44/46.

³ *Ação Civil Pública e Tombamento*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987, pp. 94/97.

⁴ *Curso de Direito Administrativo*, 13ª ed., São Paulo, Malheiros, pp. 703/704.

⁵ "Tombamento", in *Temas de Direito Urbanístico - II*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, p. 13.

⁶ *Da Proteção ao Patrimônio Cultural*, Belo Horizonte, Del Rey, pp. 258/264.

⁷ "O dever de indenizar nas restrições administrativas ao direito de construir", in *BDM - Boletim de Direito Municipal*, São Paulo, Editora NDJ, abr. 1989, pp. 179/190.

⁸ *Direito Urbanístico Brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981, p. 526.

Meirelles,⁹ José Cretella Júnior,¹⁰ José Eduardo Ramos Rodrigues¹¹ e Sonia Rabello de Castro.¹²

Como se pode observar, o tema tem o admirável condão de dividir nossa melhor doutrina. E não é para menos, pois se trata de assunto bastante complexo, o qual, da mesma forma que na discussão precedente, sobre a natureza jurídica do regime protetivo, mobiliza não apenas os conhecimentos técnicos, mas também as convicções ideológicas de cada debatedor.

Para nós, o que deve ficar claro logo de início é que os efeitos patrimoniais ocasionados pelo tombamento não são essenciais ao instituto, tendo natureza acidental e eventual. Parece-nos pertinente a esse respeito a lição de Giannini:

"L'inerenza dell'interesse culturale ad una cosa che è anche bene patrimoniale ha però dei - diciamo per ora - risvolti anche patrimoniali, in quanto incide sul contenuto dei diritti che spetterebbero al soggetto che ne ha l'appartenenza come bene patrimoniale, qualche che esso sia; però, l'interesse culturale come tale non è patrimoniale, ed è giuridicamente tutelato come oggetto di situazioni giuridiche soggettive di cui è titolare lo Stato, le quali sono distinte dall'essere la cosa supporto di bene anche patrimoniale: un villaggio di pescatori può essere la cosa supporto di bene anche patrimoniale; per un castello quasi distrutto che presenti peraltro interesse come architettura militare, il valore di mercato può essere zero, in quanto l'area neppure è utilizzabile come terreno agricolo, senza che con questo venga modificato il suo essere bene culturale, anche di particolare pregio".¹³

Pelo que se vê, atrelar uma significação econômica determinada à atividade protetiva dos bens culturais é um equívoco flagrante. As repercussões patrimoniais podem ser positivas ou negativas e dependerão de imponderáveis fatores, tais como a espécie de bem atingido, a sua situação, a conjuntura econômica do momento, a existência de outros bens semelhantes no entorno, a ocorrência de planos públicos ou privados que valorizem o local etc.

A partir desta constatação, pode-se rejeitar a idéia de que a indenizabilidade é um aspecto necessário e conatural ao tombamento, que ela é, por assim dizer, a sua contraprestação patrimonial, analogamente ao que ocorre no instituto da desapropriação.

Cabe, a partir daí, indagar se os efeitos patrimoniais decorrentes do tombamento possuem alguma significação jurídica e em que medida. Ora, é um fato natural que a atuação do Estado na esfera econômica sempre acaba por alterar a posição dos titulares de direitos patrimoniais, mesmo quando tal atuação não tenha por finalidade produzir tais efeitos. Esse fato, porém, não é por si só suficiente para criar um novo direito subjetivo do particular afetado, direito esse oponível ao Estado. Para que isso aconteça, é necessário que a nova situação esteja de alguma forma amparada pelo direito.

É possível constatar, pela simples leitura do Dec.-lei nº 25/37, que não houve qualquer preocupação do legislador em recompor as eventuais perdas sofridas pelo proprietário do bem tombado. O diploma pátrio difere, nesse sentido, de

9. *Direito Administrativo Brasileiro*, 17ª ed., São Paulo, Malheiros, 1992, pp. 488/489.

10. "Regime jurídico do tombamento", in *RDA* nº 112, Rio de Janeiro, abr./jun. 1973, p. 67.

11. "Tombamento e patrimônio histórico", in *Dano Ambiental, Prevenção, Reparação e Repressão*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, p. 203.

12. *O Estado na Preservação de Bens Culturais*, Rio de Janeiro, Renovar, 1991, pp. 138 e ss.

13. "A inerência do interesse cultural por uma coisa que é também bem patrimonial tem, todavia, seus - digamos por ora - aspectos também patrimoniais, enquanto incide sobre o conteúdo dos direitos que pertenceriam ao sujeito que é proprietário do bem patrimonial, qualquer que seja este; porém, o interesse cultural em si não é patrimonial, e é juridicamente tutelado como objeto de situações jurídicas subjetivas de que é titular o Estado, as quais independem de ser a coisa suporte do bem patrimonial: uma vila de pescadores pode ser bem cultural, ainda que valendo pouco como bem patrimonial; para um castelo quase destruído, que apresente todavia interesse como arquitetura militar, o valor de mercado pode ser zero, enquanto sua área poderia ser utilizável como terreno agrícola, sem que com isto venha modificado a sua natureza de bem cultural de particular valor." ("I beni culturali", in *Rivista Trimestrale de*

algumas outras legislações, que previram expressamente as conseqüências indenizatórias do ato protetivo, ainda que seja para afastá-las.¹⁴

A ausência de uma disposição expressa demonstra que não existe uma vinculação necessária entre o instituto e a possível indenização a ser reclamada pelo particular. Todavia, não seria isso fundamento suficiente para concluir de maneira peremptória pela impossibilidade da indenização, a qual também não restou excluída pelo texto legal.

Em vista do silêncio legal, nossos juristas passaram a buscar nos princípios gerais do ordenamento a resposta à questão. E assim é que, partindo do princípio da equidade, muitos deles concluíram que o tombamento, ao afetar um imóvel individualizado, rompe com o equilíbrio existente entre os encargos a que estão sujeitos todos os administrados e aqueles a serem suportados pelo dono da coisa tombada. Sob esse prisma, não se poderia equiparar uma limitação genérica, estabelecida abstratamente pela lei, a uma restrição (ou, segundo alguns, serviço) imposta sobre um sujeito e um objeto particularizados, em razão de um ato concreto da autoridade administrativa.

Embora tudo isso pareça lógico e razoável, não é tão simples assim. Embora o tombamento possa afetar um bem tomado individualmente, ele corresponde a um comando genérico da lei, pelo qual o bem em questão é inserido em uma classe de objetos legalmente protegida. Não existe aqui, ao menos do ponto de vista formal, uma situação de afronta à equidade, pois a própria lei diferencia os bens merecedores de proteção das demais espécies de bem, o que é razoável se consideradas as suas características peculiares. O ato administrativo vem tão-somente concretizar o comando legal, reconhecendo em uma dada coisa os atributos que justificam a imposição do regime protetivo legal.

Além disso, o princípio da equidade também está sujeito a diversas interpretações, o que po-

derá levar a diferentes conclusões quanto à aplicação que lhe seja mais adequada. É o que demonstra Sonia Rabello de Castro:

"A idéia de indenização para se buscar a justiça pode apresentar contornos diferenciados. O princípio da equidade a ser levado em conta pelo administrador, e considerado pelo juiz como um dos fatores para seu julgamento, será visto por qual ângulo social? Face à questão da propriedade no Brasil, difícil será achar o termo médio da justiça, isto porque vários podem ser os aspectos da justa distribuição de encargos pelos cidadãos. Se partirmos da premissa de que ser proprietário no Brasil é um fato excepcional, na medida em que só pequena parcela da população tem acesso à titularidade do domínio, as restrições aos elementos do direito de propriedade que tragam vantagens coletivas podem ser, por si só, fator preponderante de justiça social, sobretudo se levarmos em consideração a diretriz constitucional que impõe à propriedade, desde seu nascimento, potencial e efetivamente as limitações de ordem pública".¹⁵

Parece-nos, à vista de tudo o que foi exposto, que não se pode concluir *a priori* pela indenizabilidade do tombamento, sem que se tenha em consideração a existência de um efetivo prejuízo em razão da instituição do regime tutelar.

A limitação de certas faculdades do domínio, embora possa colidir com o interesse do proprietário, não representa por si só algo que seja merecedor de reparação pelo Poder Público. O tombamento impõe certos condicionamentos ao exercício dessas faculdades, mas em geral mantém íntegros os elementos essenciais da propriedade, que permitem o seu desfrute perpétuo e exclusivo pelo proprietário. Assim, não nos parece que estejam sob o abrigo do direito os prejuízos virtuais e supostos, em razão do não-exercício de determinadas expectativas que jamais se converteram em direito.¹⁶

14. Assim o faz a Lei italiana nº 1.497, de 29.6.1939, em seu art. 16. Diferentemente estabelece o art. 5º da lei francesa, de 31.12.1913, que possibilita a indenização desde que as restrições ocasionem um prejuízo direto, material e certo.

15. Ob. cit., p. 139.

16. Comungam dessa posição Carlos Frederico Marés Filho, in "A proteção jurídica dos bens culturais", *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná*, vol. 3, Curitiba, Imprensa Oficial, 1991, e Edis Milaré, *Direito do Meio Ambiente*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, pp. 191/192.

É claro que existem situações em que a imposição do regime publicístico pode ser de tal forma que impeça o “uso natural” da propriedade, isto é, que a torne econômica e socialmente imprestável ao seu titular. Nesses casos, a medida não pode ser sustentada sem que haja uma readequação que permita que a propriedade siga o seu destino natural, ou então a recomposição do prejuízo sofrido pelo titular do domínio. Evidentemente, a aferição do “uso natural” só é possível casuisticamente, tendo em vista a própria natureza física da coisa, sua situação territorial e o contexto social e econômico no qual ela se encerra.¹⁷

Enfim, caberá ao julgador decidir, caso a caso, se existem as circunstâncias excepcionais que, reduzindo sensivelmente o conteúdo do direito de propriedade, justifiquem a indenização ao proprietário.

3. Posicionamento da jurisprudência atual sobre a indenizabilidade do tombamento

As considerações de natureza doutrinária, acima expostas, merecem ser confrontadas com as atuais tendências da jurisprudência a respeito do tema.

Ressalte-se, de início, que o assunto não tem sido apreciado com frequência pelos nossos Tribunais Superiores, exceto pela existência de julgados recorrentes sobre o uso do tombamento como meio de proteção do patrimônio ambiental – uso esse que ocorreu especialmente no Estado de São Paulo, com o tombamento da Serra do Mar, e que gerou uma infinidade de demandas de natureza indenizatória. Porém, esse uso – em nosso ver, impróprio; do tombamento, para o fim de preservar grandes ambientes naturais que seriam mais bem protegidos por instrumentos próprios do Direito Ambiental – não será levado em conta aqui, porquanto nos interessa apenas a proteção dos bens culturais.

Nessa linha de pesquisa, verificamos, por meio da análise de alguns julgados, que existe uma tendência atual em tornar a indenização uma

regra geral, a despeito das orientações mais restritivas colhidas na doutrina e jurisprudência mais antiga, já citadas no subtítulo anterior. Inegável, pois, verificar-se um retrocesso, privilegiando-se a ótica patrimonialista, o que certamente desestimulará o uso de tal instrumento pelo Poder Público, mormente em época de franca retração da atuação estatal.

Exemplar dessa nova tendência é um recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, no qual se reconheceu a procedência de ação de desapropriação indireta movida por proprietários de um casarão tombado na Avenida Paulista. Entenderam os julgadores que o tombamento em questão, por tratar-se de imóvel situado em zona de grande valorização e onde há intensa atividade construtiva, havia esvaziado o conteúdo econômico da propriedade, impondo-se a indenização pelo valor total da propriedade e a consequente desapropriação:

“O tombamento, por si só, quando importa apenas em limitações administrativas, provoca indenização restrita a esse fato que o imóvel passou a sofrer, continuando o proprietário a exercer os seus direitos de usar, gozar e dispor do bem, porém, vinculado a essa situação.

Quando o tombamento provoca o esvaziamento total do imóvel, em face de sua localização e possibilidade de ser aproveitado para outros fins comerciais e industriais, o ato administrativo de tombamento tem a configuração de efeito desapropriatório. O fato de não haver apossamento direto do imóvel é de pouca importância. O que torna relevante é o fato do Poder Público, com a prática do ato administrativo questionado, haver tombado um bem particular situado em área de grande valorização imobiliária, para fins de preservação cultural, considerando-o de interesse histórico-arquitetônico e ambiental”.¹⁸

Esse exemplo é particularmente significativo e, se adotado como paradigma, certamente levará a uma forte constrição no uso dos instru-

17. In Sonia Rabello de Castro, ob. cit., p. 142. Vide também José Afonso da Silva, *Direito Urbanístico Brasileiro*, p. 526.

18. In REsp. nº 220.983, 1ª Turma, v.u., rel. Ministro José Delgado, j. em 15.8.00, DJU de 25.9.00.

mentos protetivos em bens imóveis considerados de "alto padrão".¹⁹

4. Outros institutos protetivos

Conforme já afirmamos anteriormente, outros instrumentos têm sido utilizados para criar um determinado "vínculo" de proteção do patrimônio cultural. Podemos citar, na experiência brasileira, a técnica de zoneamento – adotada no Município de São Paulo²⁰ – e a proteção decorrente de decisões judiciais proferidas em ações civis públicas e ações populares.

Embora não se tenha ainda um acervo jurisprudencial acerca da indenizabilidade da proteção efetuada por tais meios, pode-se afirmar com certa segurança que a tendência jurisprudencial constatada poderá abranger outros instrumentos de proteção, caso o efeito patrimonial se mostre semelhante.

Com isso, tem-se que a eleição de tais meios não tem o condão de evitar um eventual gravame financeiro ao ente público que se dispuser a impor restrições ao direito de propriedade, com o fim de salvaguardar o valor cultural do bem sobre o qual tal direito é exercido.

5. Possíveis medidas preventivas dos inconvenientes patrimoniais da proteção

Diante de tal quadro, não se pode excluir a hipótese de imobilismo dos órgãos públicos encarregados da proteção patrimonial cultural, pressionados pelos ônus financeiros ocasionados pelas medidas protetivas. Pode-se repetir, nesse tocante, algo que já ocorre no Estado de São Paulo, no que tange à proteção ambiental, em que o peso dos precatórios originários de indenizações ambientais tornou mais cautelosa a atuação dos órgãos ambientais.

Todavia, a tal ponto não é necessário chegar. O que, no nosso entender, subjaz à incompreensão que os institutos protetivos colhem em nosso meio social e, por conseqüência, nos órgãos de decisão do Judiciário, prende-se à ausência de uma política de proteção efetiva, que não se sustente apenas na atitude de impor limitações jurídicas e, em seguida, virar as costas ao bem cultural.

A ausência de uma política de preservação ativa faz medrar uma cultura de litigiosidade entre os órgãos tutelares e os sujeitos afetados pelas limitações impostas. Embora seja forçoso reconhecer a dificuldade da eliminação de tal cultura, que não se origina apenas da atuação estatal atual, impõe-se um esforço para minorá-la, por meio da mudança do padrão de relacionamento entre instituições governamentais de proteção cultural e sujeitos afetados pela proteção – pois que, do ponto de vista social e econômico, os efeitos benéficos ou maléficos da preservação não se limitam ao proprietário do bem tutelado.²¹

Em um momento histórico favorável à idéia de parcerias entre o Estado e os agentes privados, parece-nos que é oportuna a reversão desse padrão já incorporado à cultura institucional. Para tanto, o Direito já oferece instrumentos que podem servir a um novo paradigma de atuação.

Do ponto de vista jurídico, tal evolução poderá encontrar embasamento doutrinário na tese do grande publicista Massimo Severo Giannini, pela qual o vínculo administrativo sobre o bem particular equivale ao reconhecimento de uma propriedade de natureza publicística sobreposta à propriedade privada, o que decorre da existência de atributos no bem cultural que não são passíveis de apropriação, por pertencerem à coletividade.²²

19. Felizmente, em data mais recente, a mesma Corte produziu julgado em que a questão do "esvaziamento da propriedade" é melhor equacionada. Trata-se do REsp. nº 431.555-RJ, relatado pela Ministra Eliana Calmon e publicado no DJU de 30.9.02.

20. Por meio da Lei nº 8.328/75.

21. Sobre o relacionamento entre órgãos de proteção e proprietários afetados, vide a excelente reportagem de autoria de Frederico Mengozzi, intitulada: "A difícil equação de tombar e preservar" (in URBS, publicação da Associação Viva o Centro, out./nov. 2002, pp. 24/29).

22. Ob. cit., pp. 3/38. Sobre a influência da teoria de Giannini, vide Perluigi Martini, *Lezioni di Diritto Pubblico Dell'Ambiente*, Padova, CEDAM, 1991, pp. 226 e ss. Em nossa monografia *Patrimônio Cultural Urbanístico – Um Estudo sobre a Tutela Jurídica da Memória Coletiva*, passível de consulta na biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, fizemos um resumo de tal teoria (pp. 123/125).

Tal idéia encontra respaldo no nosso sistema jurídico, bastando como exemplo a definição do meio ambiente como bem de uso comum do povo – art. 225 da Constituição Federal – sem que isso afete a situação dos proprietários privados dos recursos ambientais.

Ora, se por um lado o nosso sistema jurídico admite essa coexistência, é necessário que a coletividade, aqui representada pelo Estado, assumam em parte o ônus dessa situação, digamos, “condominial” ou “societária” na gestão do bem cultural.

Em suma, parece-nos que nesse novo paradigma de preservação, determinados princípios e mecanismos devem estar presentes, especialmente:

a) Planejamento na preservação

A preservação não pode ser uma medida isolada, desconcertada da política urbana e de outras políticas públicas praticadas pelos entes estatais. Tampouco é racional a sobreposição de instrumentos protetivos – que, na prática, pode levar à duplicidade de eventuais indenizações.

Para reverter tais práticas desfuncionais, seria conveniente a permanente colaboração dos órgãos de preservação, quiçá pelo efetivo estabelecimento de um Sistema Nacional de Preservação Cultural, com a articulação dos órgãos de proteção de diversos níveis.

b) Medidas de fomento

Conceituada por Maria Sylvia di Pietro como “atividade administrativa de incentivo à iniciativa privada de utilidade pública”,²³ a atividade de fomento surge hoje como o principal instrumento de atuação governamental em determinados setores da vida social e econômica em que os meios

coercitivos de controle perderam eficácia ou legitimação social.

No Brasil atual, as medidas de fomento existentes limitam-se à renúncia fiscal²⁴ e à transferência ou alienação do direito de construir referente ao imóvel gravado com o vínculo de proteção.²⁵

Embora previsto na já vetusta Lei do Tombamento, em seu art. 19, o investimento direto do Poder Público na recuperação do bem tombado é medida excepcional e subsidiária ao dever do proprietário. A lei não prevê a possibilidade de se repartirem os ônus da conservação da coisa e tampouco admite que a obra seja feita pelo próprio proprietário, gerindo recursos públicos.

Vê-se, pois, que a matéria carece de atualização, aproveitando-se a experiência já existente no uso de instrumentos de parceria e da gestão de recursos públicos por terceiros – o que se vê, por exemplo, na atuação das Organizações Sociais e das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.²⁶

Ainda sob a ótica de uma relação condominial entre o Poder Público e o proprietário, há que estabelecer linhas de financiamento especial e assessoria técnica que favoreçam uma utilização adequada do bem cultural.²⁷

c) Segurança jurídica

Para minorar a incompreensão gerada pelas medidas tutelares, são fundamentais a transparência dos procedimentos administrativos e o esclarecimento dos sujeitos afetados pela proteção acerca das restrições e benefícios que possam advir da tutela do bem cultural.

Verificamos, em nossa pesquisa já citada, que mesmo o procedimento traçado pelo Dec.-lei federal nº 25/37 não é rigorosamente obser-

23. In *Direito Administrativo*, 14ª ed., São Paulo, Atlas, 2002, p. 59.

24. Vide Lei federal nº 8.313/91 (Programa Nacional de Apoio à Cultura) e Lei do Município de São Paulo nº 12.350/97 (Lei de Fachadas).

25. Hoje já reconhecido em nível federal pela Lei nº 10.257/01 (Estatuto da Cidade) em seu art. 35, porém já aplicado em São Paulo desde o advento da Lei municipal nº 9.725/84.

26. Vide Lei federal nº 9.515/97 e Lei federal nº 9.790/99.

27. Nesse sentido, Portugal, Espanha, Itália e França têm programas específicos que visam conciliar preservação e atividade econômica, especialmente no que tange ao potencial turístico e habitacional do bem cultural. Cf. nossa monografia, *Patrimônio Cultural Urbanístico – Um Estudo sobre a Tutela Jurídica da Memória Coletiva*, pp. 163/165.

vado pelo órgão protetivo.²⁸ Por outro lado, é constantemente noticiada a morosidade na condução dos procedimentos administrativos referentes ao tombamento – v.g., pedidos de autorização para reformas e alterações no imóvel.²⁹

Parece-nos recomendável também que haja a fixação de diversos níveis de restrição ou a prévia determinação de quais elementos do bem imóvel estão sujeitos à imutabilidade. Tais práticas – já estabelecidas em algumas normas protetivas³⁰ – reduzem a margem de discricionariedade na apreciação dos requerimentos referentes aos efeitos da proteção e, por outro lado, conferem maior segurança aos sujeitos afetados pelo vínculo administrativo.

d) Atuação no entorno do bem cultural

Não se pode deixar de destacar a necessidade de considerar o bem cultural em seu entorno e promover as medidas urbanísticas necessárias à conservação da trama urbana no qual ele está integrado. Nesse sentido, pertinente a crítica de Frederico Mengozzi, em excelente artigo publicado na revista *URBS*:

“Na verdade, no caso de São Paulo, o maior inimigo da preservação não é a escassa consciência cultural e nem mesmo a eventual insuficiência dos incentivos, mas a falta de uma indispensável contrapartida da Prefeitura: zelar escrupulosamente pelo entorno do bem tombado. O uso rentável do imóvel restaurado só será possível se o ambiente for convidativo para o consumidor, o turista, o cliente. Caso contrário, o edifício, mesmo que esplendidamente reconstituído, ficará isolado e não tardará novamente a degradar-se”.³¹

Embora caiba aqui uma advertência no que se refere à tendência perversa de se erigir o “merca-

do” como principal destinatário da preservação, não há dúvidas de que é uma necessidade inegável à melhora da qualidade urbana no tecido envolto do bem protegido, como forma de incentivo à própria conservação do bem pelo proprietário.

6. Conclusão

Em suma, pode-se dizer que uma nova postura do Poder Público em relação aos bens protegidos envolve o reconhecimento de que também o proprietário é um destinatário da política de preservação e que suas aspirações e necessidades não podem ser ignoradas, não obstante a supremacia do interesse público envolvido. Não custa aqui lembrar a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello de que o interesse público não é necessariamente antagônico ao interesse dos particulares, visto que ele é resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm, na qualidade de membros do corpo social.³²

É de lamentar, no encerramento desse artigo, que entre nós tanta importância seja dada aos aspectos patrimoniais do instituto, muitas vezes perdendo de vista o seu papel fundamental, que não é de maneira alguma incompatível com o direito de propriedade. O fato é que, na grande maioria dos casos, a proteção em nada afeta o uso normal da coisa e, muitas vezes, até acresce-lhe o valor e o prestígio de quem a possui. Na doutrina estrangeira, o espaço reservado ao assunto é muito menor e, às vezes, sequer é abordado, o que demonstra uma maior compreensão do benefício geral decorrente dos instrumentos de proteção ao patrimônio cultural, diante dos quais os desconfortos causados pelas limitações à propriedade, uma vez minorados pela atuação promocional do Estado, tornam-se plenamente suportáveis.

Na prática do IPHAN, a notificação do proprietário do bem tombado é precedida de parecer do Conselho Consultivo do órgão. Pela lei, o Conselho Consultivo somente se manifestaria após a notificação e a apresentação de defesa pelo proprietário.

29. Cite-se caso em que o órgão protetivo demorou mais de quinze anos para decidir sobre o tombamento definitivo, o que resultou na anulação do processo, por decisão judicial (REsp. nº 41.993-SP, rel. Ministro Milton Luiz Pereira, DJU de 19.6.1995).

30. A Lei do Município de São Paulo nº 10.032/85; por exemplo, estabelece três níveis de proteção: a integral (P-1), a intermediária (P-2 – proteção de suas características internas e de elementos internos discriminados na ficha cadastral do imóvel) e a básica (P-3 – proteção das características externas do imóvel). A lei de tombamento do Estado de Minas Gerais (Lei nº 5.775/71) estabelece a necessidade de prévia delimitação do entorno protegido do bem cultural, o que confere segurança jurídica também aos proprietários dos imóveis vizinhos afetados por limitação em prol da visibilidade do bem protegido.

31. Ob. cit., p. 29.

32. Ob. cit., p. 59.