

3.2.2 Uma visão constitucional do art. 18 da Lei de Tombamento

Alexandre Artur Mendes Soares

Advogado em Minas Gerais.

A grande maioria dos países desenvolvidos preserva e mantém seu patrimônio cultural, não porque sejam “bonzinhos” ou estejam nostálgicos por um tempo que já passou, mas sim porque estão de olho no presente e, principalmente, interessados no que está por vir.

Esses países enxergam oportunidades, mas em que consistem tais oportunidades?

Revelam-se como fonte quase inesgotável de recursos financeiros advindos do turismo - atividade que utiliza mão-de-obra intensiva (retirando do estado o ônus de manter um sistema de benefícios, por demais oneroso, devido ao grande contingente de desempregados) e é pouco poluente, se bem gerida, obviamente - pode gerar um incremento no crescimento da atividade econômica do estado e conseqüente melhoria da qualidade de vida das pessoas. E, talvez mais importante, é onde reside o autoconhecimento. Ao preservar a sua cultura e o seu passado um povo conhece suas raízes, aprende a valorizar as “coisas da terra” e passa a entender que a história é um movimento cíclico, um ir e vir constante. E para que possam ser evitados erros futuros é necessário o conhecimento de dificuldades passadas.

É nesse contexto que se encontra o tombamento como um dos institutos previstos no ordenamento jurídico brasileiro para proteger o patrimônio cultural nacional, regional e local. Também podemos citar como espécies do gênero de instrumentos do patrimônio cultural: os registros, a vigilância, os inventários, a desapropriação, a ação popular, a ação civil pública entre outros.

Para proteger a visibilidade do bem tombado, o legislador infraconstitucional achou por bem criar uma servidão administrativa em relação aos imóveis vizinhos a bens tombados. Tal instituto se encontra previsto no art. 18 do Decreto-Lei n. 25/37. Por ter sido criado em uma época de ditadura, tal dispositivo não previu determinadas garantias constitucionais básicas aos proprietários de imóveis vizinhos a bens tombados como veremos a seguir.

O art. 18, do Decreto-Lei n. 25/37, traz a seguinte redação:

Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob

pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso a multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto.

A natureza jurídica desse instituto previsto no art. 18 do Decreto-Lei n. 25/37 seria tombamento, servidão ou limitação administrativa?

Não parece ser o caso de Tombamento, pois, se assim o fosse, tal imóvel teria que sofrer um processo próprio de tombamento e não se valer de processo de outro imóvel. Além do mais, caso pereça o imóvel tombado, cessará imediatamente a restrição imposta ao imóvel vizinho.

Também não é o caso de limitação administrativa, pois a restrição prevista no Decreto-Lei n. 25/37 atinge imóveis determinados.

Dessa forma, parece que está mais para o instituto da servidão administrativa, tendo em vista que há uma limitação imposta ao dono do prédio serviente para que se abstrai de determinadas condutas em relação ao imóvel tombado (dominante). Assim, iremos denominá-lo servidão de tombamento.

Tal servidão, via de regra, segundo entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência, não pode ser indenizada, mas, a depender do caso concreto, se a limitação for de tal monta que inviabilize o exercício do direito de propriedade será possível a indenização.

Nessa seara, vale observar que o conceito de vizinhança é um conceito aberto, indeterminado que precisa de complementação para que possa surtir todos os seus efeitos. O Decreto-Lei n. 25/37 não contempla tal conceito, logo fica a critério do administrador ou do juiz, no caso concreto, decidir o que significa tal conceito.

O professor Edimur Ferreira de Faria (2001. p. 446) traz interessante reflexão a respeito:

À falta de normas objetivas, os critérios para a fixação da faixa, em cada caso concreto, são subjetivos, o que leva a infinitas discussões nas vias administrativa e judiciária. Isto porque a concepção subjetiva do particular nem sempre coincide com a da Administração Pública[...].

Abordando o tema sobre outro prisma, Paulo Affonso Leme Machado, citado na obra de Maria Coeli Simões Pires (1994. p.162), diz:

A proteção da vizinhança ou do entorno do monumento tombado revela a necessidade de uma previsão, principalmente no âmbito municipal, dessa tutela jurídica, para que o art.18 do Decreto-Lei n. 25/37 não seja fonte de conflito entre o órgão de proteção cultural e o órgão licenciador de construções ou de atividades agrícolas ou florestais [...].

É preciso que não se façam servidões de tombamento indiscriminadamente sem critérios objetivos, pois, senão, corremos o risco de prejudicar a proteção ao que realmente interessa proteger, ou seja, o imóvel tombado. Nesse sentido é a lição de José Eduardo Ramos Rodrigues (*Apud* MILARÉ, 2005. p. 279):

Criar restrições exageradas, além de poder causar ônus excessivos a proprietários de bens sem relevância maior, contribui também para sobrecarregar os órgãos técnicos, que passam a dedicar a maior parte de seu tempo e esforço com o acessório (entorno) em detrimento do principal (bem tombado).

Visando a diminuir essa incerteza, alguns Estados tais como Minas Gerais e São Paulo já legislaram a esse respeito, mas, como se trata de norma específica, em nosso entendimento, todos os entes da federação (União, Estados, DF, Municípios), nas suas esferas de competência, não só podem, mas devem legislar a esse respeito estabelecendo regras claras e terminando com o subjetivismo que em nada ajuda o interesse público. Para tanto, tais leis devem prever critérios flexíveis o bastante que possam se adaptar a cada caso concreto.

Assevera José Eduardo Ramos Rodrigues (*Apud* MILARÉ, 2005. p. 279):

Ao nosso ver, os atos de tombamento, além de determinar caso a caso a área sujeita a limitações de entorno, devem designar detalhadamente essas restrições, de modo a reduzir a discricionariedade dos técnicos responsáveis pela aprovação dos projetos, a fim de contribuir para o incremento da segurança nas relações jurídicas entre o Poder Público e os proprietários da vizinhança.

Um Estado Democrático de Direito como o nosso, após a entrada em vigor da Constituição Cidadã, encontra a sua legitimidade no povo, uma vez que este é o detentor do poder, logo, os governantes nada mais são que representantes dos cidadãos (art.1º, parágrafo único da CF/88) . Então os “servidores do povo” devem agir de forma a gerar menos transtornos aos administrados e a garantir um contraditório efetivo e a possibilidade de ampla defesa, além da publicidade necessária a qualquer ato administrativo, bem como a sua motivação prévia. Isso tudo de uma maneira razoável e proporcional, para que na aplicação da lei não sejam afetados princípios constitucionais, como: publicidade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, motivação, impessoalidade, devido processo legal, entre outros.

Na interpretação do art. 18 da Lei do Tombamento deve-se atentar para a recomendação de Black (*Apud* MELLO, p. 102): “tanto faz parte da lei o que nela se encontra explícito quanto o que nela implicitamente se contém”⁷. Caso desse modo não se proceda poderá estar sendo violado o princípio da finalidade, como elucida Celso Antônio (2004. p. 97): “tomar uma lei como suporte para a prática de ato desconforme com sua finalidade não é aplicar a lei; é desvirtuá-la; é burlar a lei sob pretexto de cumpri-la.”

Então, apesar de não vir expresso na lei a necessidade de notificação do vizinho ao imóvel tombado, esta deve ser a atitude da Administração Pública em homenagem aos princípios da ampla defesa e do contraditório , pois senão o vizinho do imóvel tombado será levado ao absurdo de sofrer limitação no seu direito constitucional de propriedade (art. 5º, inciso XXII) sem ao menos ter sido cientificado de tal fato. Como esclarece Carlos Maximiliano (*Apud* MELLO, p.106): “Deve o Direito ser interpretado inteligentemente, não de modo a que a ordem

legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis”.

Os administrados vizinhos a imóveis tombados em apreço ao Princípio da Publicidade, devem obter, por parte da Administração Pública, informações claras e objetivas quando forem afetados por alguma medida do Poder Público. E, dessa forma, não só devem ter conhecimento do processo administrativo de tombamento como também ser cientificados das suas implicações. Além disso, é necessário que sejam notificados os órgãos municipais responsáveis pela aprovação de projetos de construção e pela autorização de afixação de cartazes e engenhos publicitários, para que nas licenças de construção já venham discriminadas as restrições a que o imóvel esteja sujeito.

Todos os atos administrativos devem ser fundamentados previamente, principalmente os atos que gerem limitações a pessoa certa e determinada, como é o caso do art.18, por isso Ramón Real (*Apud* MELLO, p. 103) diz:

[...] o dever de motivar é exigência de uma administração democrática - e outra não se concebe em um Estado que se declara ‘Estado Democrático de Direito’ (art.1, *caput*) -, pois o mínimo que os cidadãos podem pretender é saber as razões pelas quais são tomadas as decisões expedidas por quem tem de servi-los.

Não é razoável nem proporcional que a administração atinja um bem sem comunicar ao seu titular já que o que se busca é a proteção visual do bem tombado, o que só pode ser obtido com o conhecimento de todos.

Quase irretocável é a conclusão de Marcos Paulo de Souza Miranda (2006. p.143):

Para assegurar o efetivo respeito ao art.18 da LT bem como a boa-fé de terceiros recomendável se faz a delimitação objetiva e clara do conceito de vizinhança (determinação do entorno do tombamento) bem como a averbação de tal restrição no Registro de Imóveis da área onerada e a notificação dos órgãos municipais responsáveis pela aprovação de projetos de construção e pela autorização de afixação de cartazes e engenhos publicitários.

Diante do exposto, verifica-se a grande relevância da proteção aos bens culturais por meio do instituto do tombamento, bem como da servidão de tombamento destinada a proteger a visibilidade do bem tombado.

Ocorre, entretanto, que o art.18 do Decreto-Lei n. 25/37, fere vários princípios constitucionais, tais como o contraditório e a ampla defesa, publicidade, moralidade administrativa, entre outros e, para que não seja declarado como não recepcionado pela Constituição de 1988, prejudicando a proteção aos bens culturais, devemos fazer uma interpretação conforme a Constituição.

Desse modo, devemos entender que o vizinho ao bem tombado deva ser notificado do processo administrativo de tombamento para dele participar, que, a partir do tombamento provisório, faça-se a averbação na matrícula do imóvel do tipo de restrição imposta ao imóvel serviente do bem tombado e, que sejam delimitados de maneira clara e objetiva os conceitos de vizinhança e de visibilidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 15. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- DINIZ, Maria Helena. **Sistemas de Registros de Imóveis**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MILARÉ, Édís (Coordenador). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Instrumentos de Proteção ao Patrimônio Cultural**: doutrina, jurisprudência, legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.