

A RESPONSABILIDADE PELA MANUTENÇÃO E RESTAURAÇÃO DOS BENS TOMBADOS

THE RESPONSIBILITY BY MAINTENANCE AND RESTORATION OF PROPERTY RECORDING AS HISTORIC SITE

Ricardo César Ferreira Duarte Júnior

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Tombamento: conceituação e aspectos essenciais para a compreensão do instituto; 3. Natureza jurídica do tombamento; 4. Responsabilidade do particular pela manutenção ineficiente e/ou demora ou omissão em avisar o órgão competente sobre a necessidade de reparação do bem tombado; 5. Responsabilidade do Estado pela ineficiência do serviço prestado à sociedade quanto à reparação do bem tombado; 6. Considerações finais

RESUMO: o presente trabalho tem por escopo analisar a responsabilidade, tanto do Estado quanto do particular, pela manutenção e restauração dos bens tombados. Para tanto é feita uma análise do instituto, abordando suas principais características e seus aspectos essenciais; e uma abordagem detida da responsabilidade do particular e do Estado pela manutenção e restauração dos bens tombados. Nesse contexto, defendemos que o particular pode responder subjetivamente pela manutenção ineficiente, pela demora ou omissão em avisar o órgão competente sobre a necessidade de reparação do bem tombado, em razão de diversas competências (*múnus* público) outorgadas a ele pelo ordenamento constitucional e pelas normas específicas contidas em lei (Decreto-Lei n. 25/37, leis estaduais e municipais). Nesse mesmo sentido, o Estado responderá objetivamente perante à sociedade caso a demora na reparação e o consequente dano possam ser imputados aos seus órgãos.

PALAVRAS-CHAVES: Tombamento; Responsabilidade civil; Estado; Particular; restauração; manutenção.

ABSTRACT: This article presents an analysis about liability, both State and private, by maintenance and restoration of property recording as historic site. For that, It works to make an analysis on institute, approaching its main characteristics and its essential aspects; and the liability of the individual and the state for the maintenance and restoration of listed items. In this context, we defend that the particular can respond subjectively to maintain inefficient, the delay or failure to notify the competent organ on the need to repair theirs property, because of different competences (*munus public*) granted to them by the constitution and by specific rules (Decree-Law n. 25/37, state law and ordinance). Accordingly, the State will respond objectively to the society if the damage can be attributed to its organs.

KEYWORDS: Recording; Liability; State, Private, Restoration; Maintenance.

Autor: Ricardo Duarte Jr. Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN); Especialista em Direito Administrativo pela UFRN; Especialista em Direito Constitucional e tributário pela Universidade Potiguar (UnP); membro da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/RN; Professor de Direito Administrativo na Faculdade Natalense de Ensino e Cultura (FANEC) e na Faculdade de Ciência, Cultura e Extensão do RN (FACEX) e Advogado. ricardocfdj@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

A proteção do patrimônio cultural brasileiro é dever do Estado e responsabilidade de toda a sociedade. O Poder Público, através do seu poder de polícia, tem o dever-poder de exigir que a propriedade privada atenda à sua função social, como, *v. g.*, nos casos em que um bem de natureza privada possa compor o patrimônio cultural brasileiro.

A proteção desses bens pode se dar de diversas formas, e uma delas é o instituto do tombamento, através do qual tanto o proprietário dos bens tombados como o ente estatal se

encontram vinculados a diversas obrigações, as quais acarretarão restrições parciais na propriedade, que colocam em pauta a relativização do caráter absoluto desse direito, especialmente a partir da nova ordem jurídica posta pela Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, é de extrema importância que se estude em que medida os proprietários de bens objeto de tombamento estão obrigados a realizar essa função de natureza pública e como se coloca sua responsabilidade nos casos em que, por ação ou omissão, causem danos em um bem que, embora particular, são regidos por um regime jurídico especial (em vista dos interesses públicos a resguardar).

São essas relevantes questões que suscitaram o estudo de um tema de enorme importância na atualidade, especialmente no âmbito da Administração Pública, quando muitas vezes nos deparamos com situações nas quais se parece ignorar todo o regramento constitucional pós-1988 que instrui o tratamento dos bens culturais quando envolvido está o direito de propriedade privada.

2. TOMBAMENTO: CONCEITUAÇÃO E ASPECTOS ESSENCIAIS PARA A COMPREENSÃO DO INSTITUTO.

O Estado tem o poder-dever de intervir na propriedade privada, em razão do seu poder de império, com vista a adequar o direito de propriedade à sua função social.

A Constituição Federal de 1988 garantiu como direito fundamental a propriedade (art. 5º, XXII), desde que esta atenda a sua função social (art. 5º, XXIII)¹. Ao disciplinar o entendimento constitucional, o Código Civil de 2002 previu, em seu artigo 1.228, o direito à propriedade², mas, ao mesmo tempo, estabeleceu que este deve ser exercido em consonância com a sua finalidade social³ (§1º).

Fica evidente, então, que a função social da propriedade constitui um dever imposto à propriedade no sentido de que a mesma venha trazer benefícios à sociedade, e não só a seu titular.

¹ A maioria dos ordenamentos jurídicos dos países ocidentais reformulou o conteúdo jurídico do direito de propriedade através de normas restritivas impostas pelo Estado em prol do interesse social, fundamentadas no dever, estabelecido constitucionalmente, de que a propriedade atenda aos interesses e às necessidades coletivas. FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Desapropriações Ambientais na Lei nº9.985/2000. Direito ambiental das áreas protegidas: o regime jurídico das unidades de conservação.**

² “Art.1228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”

³ “Art.1228....

§1º. *O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.*” (grifo nosso)

Segundo Eros Grau⁴,

o princípio da função social da propriedade, desta sorte, passa a integrar o conceito jurídico-positivo de *propriedade* (destas propriedades), de modo a determinar profundas alterações estruturais na sua interioridade. Em razão disso – pontualizo – é que justamente a sua função justifica e legitima essa *propriedade*.

Podemos afirmar que na sociedade contemporânea o direito de propriedade perdeu a feição de direito absoluto de usar, gozar e dispor em qualquer circunstância, sem nenhum limite, como previsto na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789⁵. Ou seja, não há mais como se falar em direito de propriedade sem antes pensar na sua função social como inerente à sua natureza jurídica e condicionando todo o seu exercício.

A Constituição Federal, em seu art. 216, §1º, dispõe como dever do Poder Público, com a colaboração da sociedade, a promoção e proteção do patrimônio cultural brasileiro. Nos termos do *caput* desse mesmo artigo constitucional:

Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

O Decreto-lei 25, de 30 de novembro de 1937 (recepcionado pela Constituição Federal de 1988), disciplina a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Em seu art. 1º dispõe que estes bens compõem-se no “conjunto de bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.”.

Apesar da delimitação trazida pelo Decreto-lei nº 25/37 e da extensa enumeração acerca da abrangência dos bens culturais pela Constituição Federal de 1988, esta não consiste em uma enumeração taxativa⁶. Por outro lado, conforme também disciplina o §1º do artigo 216 cabe ao Poder Público, com a colaboração da comunidade, proteger o patrimônio cultural brasileiro de diversas formas; onde o tombamento se constitui uma delas, ao lado de outras, como inventários, registros, vigilância, desapropriação e outras formas de acautelamento e preservação.

Após essas considerações iniciais, é necessário compreender o instituto do tombamento e seus aspectos essenciais.

⁴ **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. p. 247

⁵ LEUZINGER, Márcia Dieguez. **Criação de espaços territoriais especialmente protegidos e indenização**.

⁶ PIRES, Maria Coeli Simoes. **Da proteção ao patrimônio histórico cultural**. p. 82/83

O tombamento⁷ consiste em uma das formas em que o Estado intervém na propriedade privada com o objetivo de proteger o patrimônio cultural brasileiro; tendo como normas fundamentais, no sistema jurídico brasileiro, os artigos 5º, XXIII, 215 e 216 da Constituição Federal de 1988.

Segundo Diógenes Gasparini⁸, o tombamento é

servidão administrativa dotada de nome próprio, instituída sempre que o Poder Público deseja preservar certo bem, público ou particular, em razão de seu valor histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico, submetendo-o a um regime especial de uso, gozo, disposição ou destruição.

Na lição de Uadi Lammêgo Bulos⁹,

Tombamento é ato administrativo posto ao dispor do Poder Público para a efetiva proteção do patrimônio cultural e natural do país, cujo efeito precípuo é transformar em interesse jurídico o valor contido na coisa.

Maria Coeli Simões Pires¹⁰ define tombamento como

ato final de um procedimento administrativo, resultante de poder discricionário da Administração, por via do qual o Poder Público, intervindo na propriedade, institui uma servidão administrativa, traduzida na incidência de regime especial de proteção sobre determinado bem, em razão de suas características especiais, integrando-se em sua gestão com a finalidade de atender ao interesse coletivo de preservação da cultura ou da natureza.

Para Marçal Justen Filho¹¹,

o tombamento consiste num regime jurídico singular específico, imposto por ato administrativo unilateral de cunho singular, quanto ao uso e fruição de coisa determinada, cuja conservação seja de interesse da coletividade e consistente em dever de manter a identidade dele.

Posta a conceituação do instituto, importa destacar aspectos essenciais para a sua compreensão e que vão revelando suas características.

Como se constata a partir dos conceitos destacados, não há unanimidade na doutrina quanto à forma do instituto, sendo definido como um ato, um processo ou um procedimento administrativo.

⁷ A palavra tombamento tem como sinônimo registrar, inventariar, arrolar. Pontes de Miranda registra que “tombar (do latim *tumulus*, elevação da terra, donde tombo por tómore, talvez por haver marcos com alteamentos dos limites das terras) tem o significado de lançar em livro do tombo, e nada tem com tombar (do velho alto alemão tomôn, provavelmente formado no espanhol, passando ao português e ao inglês). O tombamento é apenas, hoje, a inscrição no livro do tombo, tal como acontecia com os bens da coroa” (*Apud*. PIRES, **Da proteção ao patrimônio histórico cultural**, p. 75)

⁸ **Direito Administrativo**. p. 880.

⁹ **Curso de Direito Constitucional**. P. 1558.

¹⁰ **Da proteção ao patrimônio histórico cultural**

¹¹ **Curso de Direito Administrativo**. p. 521.

Adotando a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho¹² sobre a diferenciação entre processo¹³ e procedimento¹⁴, defendemos que o tombamento consiste em um processo administrativo no qual deve ser obedecido o procedimento estabelecido em lei (Decreto-Lei 25/37, tomado como norma geral, e normas estaduais e municipais correlatas).

Em outras palavras, podemos entender o tombamento como um processo administrativo que só se efetiva com o ato administrativo de inscrição no Livro de Tombo, voltado para determinado fim (proteger o patrimônio cultural brasileiro) após a obediência ao procedimento administrativo previsto em lei (Decreto-lei 25/37, normas específicas estaduais e municipais, conforme o caso) e em conformidade com os preceitos constitucionais aplicáveis.

Aqui importa considerar que esse processo administrativo geralmente é tido como discricionário, vez que caberia ao Poder Público escolher, após parecer elaborado por órgão técnico competente, acerca da necessidade de realização ou não do tombamento sobre determinado bem. No entanto, defendemos que no caso concreto essa discricionariedade pode ser relativizada, podendo se tornar um ato administrativo vinculado. Isso porque, sendo dever do Poder Público a proteção do patrimônio cultural, histórico e artístico, brasileiro (§1º do art. 216 da CF/88) e, diante de um parecer técnico acerca da extrema necessidade de se proteger determinado bem em razão de sua indiscutível importância cultural, não caberia ao administrador se eximir dessa proteção. A ele caberia escolher o instrumento jurídico que melhor protegeria esse interesse, mas não entender pela impossibilidade e/ou inviabilidade dessa proteção. Sobre a relativização da competência discricionária, encontramos importante ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁵, *in verbis*:

Ainda que a lei haja, em sua dicção, ensanchado certa margem de liberdade para o agente, tal liberdade poderá esmaecer ou até mesmo esvair-se completamente diante da situação em concreto na qual deva aplicar a regra. É dizer: ante as particularidades do evento que lhe esteja anteposto, a autoridade poderá ver-se defrontada com um caso no qual suas opções para o atendimento do fim legal fiquem contidas em espaço mais angusto do que aquele abstratamente franqueado pela lei e pode ocorrer, até mesmo que, a toda evidência, não lhe reste senão uma só conduta idônea para satisfação do escopo normativo, por não ser comportada outra capaz de colimar os propósitos da lei em face da compostura da situação. Em síntese: a discricção ao nível da norma é condição necessária mas nem sempre suficiente para que subsista nas situações concretas.

¹² **Manual de Direito Administrativo**. p. 923/925

¹³ Entendido como uma atividade voltada para determinado fim, através de uma relação jurídica formada por algumas pessoas,

¹⁴ Compreendido como a dinâmica processual, o *iter* a ser percorrido para obter determinado fim.

¹⁵ **Relatividade” da competência discricionária**. p. 6.

Retornando-se ao *iter* do instrumento do tombamento, temos que, com o registro do bem no Livro do Tombo, o bem, ainda que privado, passa a ser considerado bem de interesse público¹⁶; daí as restrições a que se sujeita o proprietário e a obediência, tanto por parte do Poder Público quanto daquele, a um regime jurídico especial.

Isso não quer dizer que o particular tenha sido usurpado do seu poder de usar, gozar, dispor, haver e reaver o bem da maneira que melhor lhe deleitar, conforme dispõe o art. 1.228 do Código Civil Brasileiro. Contudo, no exercício desses poderes sofre restrições parciais, justificadas em razão de interesses públicos superiores. Nos termos postos por Fernandes¹⁷, o tombamento afeta apenas o caráter absoluto do direito de propriedade e controla o seu exercício, sem gerar efeitos, contudo, quanto ao caráter de exclusividade do domínio.

Dessa forma, o bem tombado não obedecerá estritamente nem o regime jurídico de Direito Privado nem o de Direito Público. Recairá sobre ele um regime jurídico especial ou híbrido, com algumas características do Direito Privado mas sem deixar de lado a finalidade pública a qual ele está afetado. Este regime explica-se pelo fato de que o bem tombado continua a ser privado, porém de utilidade pública.

Tal regime tem como objetivo a proteção do patrimônio cultural brasileiro. Por isso que, segundo Pires¹⁸, “o sistema de proteção pressupõe permanente intervenção na propriedade e limitações às pessoas, visando à compatibilização entre o direito do proprietário e os direitos sociais protegidos pelo Estado.”

Assim, os sujeitos dessa relação terão de obedecer não só aos princípios básicos da ordem jurídica do patrimônio cultural como também a todos os princípios inerentes ao sistema jurídico-administrativo e às determinações feitas pelo Poder Público em decorrência do seu poder de polícia.

Os sujeitos da relação jurídica formada em decorrência do tombamento são o proprietário do bem (pessoa física ou jurídica), como sujeito passivo, e o Estado, como sujeito ativo. Ambos estão obrigados a respeitar os bens protegidos por norma constitucional e infraconstitucional e pelo ato administrativo que constituiu essa relação¹⁹.

Lembre-se que a propriedade deve atender a sua função social, sendo esta parte integrante do próprio direito de propriedade, e não uma obrigação anexa imposta pelo Poder Público. E no dever dessa obediência, principalmente após a realização do tombamento, a pessoa (física ou

¹⁶ Estamos nos referindo a tombamentos sobre bens de propriedade privadas, pertencentes a particulares ou pessoas jurídicas de direito privado; e não, a tombamentos realizados sobre bens públicos.

¹⁷ **Do tombamento ao planejamento e à gestão urbana.** p. 29.

¹⁸ **Da proteção ao patrimônio histórico cultural.** p. 96

¹⁹ PIRES. **Da proteção ao patrimônio histórico cultural.** p. 118.

jurídica) está obrigada a uma série de realizações de fazer, não fazer e deixar que se faça, como, v.g, manter o bem tombado nas condições estabelecidas, não danificar o bem, não realizar restaurações e reformas sem a prévia autorização do órgão competente, permitir a fiscalização do Poder Público, dentre outros²⁰. Isso quer dizer que, ao ter um bem tombado, o particular passa a se incumbir de um *mínus* público, uma função pública, que não pode ser derogável por relação privada.

Em razão de toda essa sistemática em torno do tombamento, Edésio Fernandes²¹ afirma que esse ato administrativo gera uma série de efeitos sobre o exercício do poder de propriedade sobre o bem tombado. Segundo o doutrinador, os principais efeitos são: imodificabilidade da coisa tombada (que não pode ser demolida, destruída ou mutilada) dentro das especificações do ato; a sujeição do bem à vigilância permanente do órgão público responsável, dentre outros²². Esses efeitos são de observância obrigatória tanto para o Poder Público quanto para o particular.

Nessa esteira, Fernandes²³ relaciona diversos princípios básicos da ordem jurídica do patrimônio cultural que devem ser observados na proteção desses bens e que foram adotados, explícita e implicitamente, pela Constituição Federal de 1988. Relacionando apenas alguns desses princípios, temos: proteção do patrimônio pelo Poder Público, com a colaboração da sociedade; função social da propriedade; multiplicidade dos meios de proteção; prevenção de danos e responsabilização pelos danos causados aos bens protegidos.

Ademais, por se tratar de um processo administrativo com vista à proteção do patrimônio cultural brasileiro, o tombamento e a relação jurídica formada em sua decorrência devem obedecer, pois, aos preceitos de Direito Público, mais especificamente de Direito Administrativo²⁴.

A atuação do Poder Público e da pessoa (física ou jurídica) proprietária do bem tombado deve também atentar à sistemática do Direito Administrativo, com respeito aos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado, indisponibilidade do interesse público²⁵, da moralidade, da eficiência, entre outros.

²⁰ Ver art. 12, 17, 20 e 21 do Decreto-lei n. 25/37.

²¹ **Do tombamento ao planejamento e à gestão urbana**. p. 29

²² Abordamos apenas os principais efeitos considerados para o presente trabalho. Os demais efeitos são: limitação à alienação de bens públicos e restrição à alienação de bens privados; obrigação de publicidade do ato e de averbação do tombamento para reforçar a proteção; imposição de limitações de uso e gozo às coisas vizinhas independentemente de notificação/averbação; proibição de construção que impeça ou reduza visibilidade e proibição de anúncios e cartazes (sob pena de destruição e multa).

²³ **Do tombamento ao planejamento e à gestão urbana**. p. 26.

²⁴ PIRES. **Da proteção ao patrimônio histórico cultural**. p. 118.

²⁵ Celso Antonio Bandeira de Mello (**Curso de Direito Administrativo**, p. 69 e ss) afirma que estes princípios são basilares do Direito Administrativo, o qual todos os outros princípios dessa ciência decorrem deles.

Portanto, a pessoa está vinculada tanto aos princípios jurídicos explicitados, quanto às determinações feitas pelo Poder Público, justificadas em razão da obrigatoriedade do Estado na proteção do interesse social e fundamentadas no seu poder de polícia.

O Estado, por sua vez, tem o dever-poder de proteger o patrimônio cultural. Após o tombamento, reconhece-se que o bem tem um caráter social e público que deve ser protegido, não podendo, pois, o ente estatal ficar inerte nessa questão.

Em suma, com o tombamento o bem recebe uma afetação a um interesse público e social, o qual vinculará não só as ações do Estado como também do proprietário quanto à proteção daquele bem. Esta proteção não pode ser ineficiente ou nula, haja vista que os sujeitos da relação jurídica formada pelo instituto do tombamento não podem dispor do interesse público e nem colocar seus interesses (privados ou de governo – interesse público secundário) acima do interesse social – interesse público primário.

São essas compreensões que se constituem, em nosso entender, essenciais ao tratamento da matéria no âmbito da atuação da Advocacia Pública, em quaisquer de suas modalidades.

3. NATUREZA JURÍDICA DO TOMBAMENTO

Definir a natureza jurídica de um instituto consiste na determinação do gênero no qual aquele instituto está inserido no ordenamento jurídico vigente e na definição da própria essência do instituto segundo as figuras existentes no Direito.

Quanto à natureza jurídica do tombamento, há uma extensa discussão doutrinária²⁶ no sentido de compreendê-lo como limitação administrativa²⁷, como servidão administrativa²⁸ ou, ainda, como uma categoria própria²⁹.

A limitação administrativa caracteriza-se por ser, segundo Hely Lopes de Meirelles³⁰, “toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências de bem-estar”. Dessa definição podemos perceber que na limitação, em regra, o Poder Público, de forma unilateral, impõe a particulares

²⁶ Apesar de não haver um consenso doutrinário, encontra-se substancial doutrina nos três sentidos.

²⁷ Sonia Rabello (**Tombamento e legislação urbanística: competência e gestão**, p. 46); Hely Lopes de Meirelles (**Direito Administrativo Brasileiro**, p. 540).

²⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello (**Curso de Direito Administrativo**, p. 893); Diógenes Gasparini (**Direito Administrativo**, p. 880); e Maria Coeli Simões Pires (**Da proteção ao patrimônio histórico cultural**, p. 120).

²⁹ Fernanda Marinela (**Direito Administrativo**, p. 807); José dos Santos Carvalho Filho (**Manual de Direito Administrativo**, p. 762); Maria Sylvania Zanella di Pietro (**Direito Administrativo**, p. 146/7).

³⁰ **Direito Administrativo Brasileiro**, p. 632.

indeterminadas obrigações de caráter geral, com o intuito de condicionar o direito de propriedade à sua função social, sem direito à indenização e no qual é afetado o caráter absoluto da propriedade.

Por outro lado, a servidão administrativa, na lição de José dos Santos Carvalho Filho³¹ consiste no “direito real que autoriza o Poder Público a usar a propriedade imóvel para permitir a execução de obras e serviços de interesse coletivo.” Na servidão é necessário haver a presença de dois requisitos: a coisa serviente e a coisa dominante, a primeira prestando utilidade à segunda. Observe que na servidão haverá uma obrigação real, geralmente de suportar que se faça, no qual é afetada a exclusividade do direito de propriedade, estando o bem específico sujeito a determinações do Poder Público em benefício de um serviço público ou de um bem afetado a um serviço público.

Dentre as características apontadas, percebemos que uma das principais diferenças entre ambas está no fato de a limitação ser uma restrição imposta a particulares indeterminados, enquanto a servidão recai sobre um bem, de forma específica.

Maria Sylvia Zanella di Pietro³² aponta também como diferença o fato de que na limitação administrativa a obrigação de não fazer é imposta em benefício do interesse público genérico, abstratamente considerado, enquanto na servidão ela é imposta em proveito de determinado bem afetado à finalidade de uma obra ou serviços de utilidade pública. A distinção entre os dois institutos residiria na coisa dominante, inexistente na limitação administrativa.

Di Pietro³³ ainda distingue as limitações das servidões administrativas pelo fato de estas implicarem a constituição de direito real de uso e gozo, em favor do Poder Público ou da coletividade, paralelo ao direito de propriedade, ao passo que nas limitações se conserva nas mãos do proprietário a totalidade de direitos inerentes ao domínio, ficando o mesmo sujeito apenas às normas regulamentadoras do exercício desses direitos, para conformá-lo ao bem-estar social.

Em face dessas lições, entendemos que não há como caracterizar o tombamento como servidão administrativa nem como limitação administrativa, consistindo, pois, em um instituto próprio, em sintonia com o pensamento de Fernanda Marinela³⁴; José dos Santos Carvalho Filho³⁵; e Maria Sylvia Zanella di Pietro³⁶.

Nessa compreensão, o tombamento não pode ser uma espécie de servidão administrativa haja vista que as características inerentes deste instituto não estão presentes. Não há no tombamento

³¹ **Manual de Direito Administrativo.** p. 740.

³² **Direito Administrativo.** p. 799/800

³³ **Direito Administrativo.** p. 800.

³⁴ **Direito Administrativo.** p. 807

³⁵ **Manual de Direito Administrativo.** p. 762.

³⁶ **Direito Administrativo.** p. 146/147.

uma obrigação de direito real: o bem é considerado como parte integrante do patrimônio cultural brasileiro, que deve ser protegido pelo Poder Público e pela comunidade. Desse modo, não recai sobre ele direitos reais; recai, sim, sobre o proprietário, obrigações de fazer, não fazer e suportar que se faça. Ademais, qual seria o bem dominante e o bem serviente na relação jurídica formada pelo tombamento? Qual o serviço público que o tombamento estaria beneficiando? Para as duas perguntas, não há resposta positiva. Em verdade, não há como se falar nem em coisa dominante nem em coisa serviente no tombamento; e nem em beneficiar um serviço público. O instituto em análise é justificado em razão de um interesse público abstrato, decorrente do ordenamento constitucional.

Por outro lado, também entendemos que não há como caracterizar o tombamento como limitação administrativa, especialmente em virtude de que uma das principais características deste instituto é sua incidência sobre bens indeterminados. E o tombamento, como vimos, deve recair sobre bens determinados, sobre aqueles que apresentem características especiais. Segundo Marçal Justen Filho³⁷, “não se tomba a ‘cidade’ nem o ‘bairro’, mas cada imóvel ali existente que apresente características peculiares e especiais”.

Nesse sentido, seguimos a compreensão de José dos Santos Carvalho Filho, Maria Sylvia Zanella di Pietro e Fernanda Marinela, que concebem o tombamento como um instituto apartado da limitação e da servidão administrativa, caracterizando-o como um instituto próprio, com regras próprias e específicas.

4. RESPONSABILIDADE DO PARTICULAR PELA MANUTENÇÃO INEFICIENTE E/OU DEMORA OU OMISSÃO EM AVISAR O ÓRGÃO COMPETENTE SOBRE A NECESSIDADE DE REPARAÇÃO DO BEM TOMBADO

Como vimos, com o tombamento o proprietário passa a estar vinculado a uma função pública, um *múnus* público, qual seja, o de realizar obrigações positivas (de fazer), negativas (não fazer) e de suportar (deixar fazer), elencadas no Capítulo III do Decreto-lei n.º 25/37 (regra geral)³⁸.

Para a pessoa proprietária do bem tombado as obrigações positivas consistem em realizar obras de conservação necessárias à preservação do bem ou, se não tiver meios, comunicar a sua necessidade ao órgão competente (art. 19 do DL 25/37), entre outras. Quanto às obrigações negativas, o proprietário não pode destruir, demolir ou mutilar as coisas tombadas nem, sem prévia

³⁷ **Curso de Direito Administrativo**, p. 522.

³⁸ Aqui analisaremos a matéria a partir do Decreto 25/37, posto como regra geral, ciente de que, no caso concreto, deverão ser aplicadas as normas estaduais e/ou municipais específicas e as que concedam maior proteção aos bens culturais.

autorização do Instituto Brasileiro do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN³⁹, repará-las, pintá-las ou restaurá-las (art. 17 do mesmo Decreto). No que se refere às obrigações de suportar, o proprietário fica sujeito à fiscalização do bem pelo órgão competente, sob pena de multa em caso de opor obstáculos indevidos à vigilância.

Podemos dizer que o Decreto-lei n° 25/37 conferiu ao proprietário do bem tombado uma função pública⁴⁰. Desse princípio derivam as competências previstas no Direito Administrativo, que devem ser utilizadas com objetivo de atingir a finalidade pública, a qual aquela função está adstrita. Ora, a diferença entre a função pública (do Direito Público) e a autonomia da vontade é exatamente que naquela não há vontade, mas sim um dever-poder de atingir determinado fim. Assim, qualquer atuação que vise fim diverso consistirá em vício de competência e desvio de finalidade⁴¹.

Como decorrência do fato de particulares, ao terem seus bens tombados, passarem a exercer uma função pública, podemos concluir, também, que, enquanto exercitarem essa função, aqueles são considerados agentes públicos⁴². Tal raciocínio decorre da compreensão de que a partir da Constituição Federal de 1988 a expressão “agentes públicos” pode ser considerada de forma muito mais ampla, passando a albergar todas aquelas pessoas que, a qualquer título, exerçam uma função pública como prepostos do Estado. Em síntese, quem desempenhar função estatal, enquanto as exercer, pode ser considerado um agente público.

Esse entendimento vem se compatibilizar com a lição de Hely Lopes⁴³, o qual ensina que os agentes públicos

são todas as pessoas físicas incumbidas, definitivamente ou transitoriamente, do **exercício de alguma função estatal**. Os agentes normalmente desempenham funções do órgão, distribuídas entre os cargos de que são titulares, mas excepcionalmente podem exercer funções sem cargo. (...) Em qualquer hipótese, porém, **o cargo ou a função pertence ao Estado, e não ao agente que o exerce** (...). (grifo nosso)

³⁹ No âmbito federal essa competência pertence ao IPHAN. Nos estados e municípios deverão ser haver órgãos específicos com competência análoga.

⁴⁰ Por função pública, entendemos o dever imposto pelo sistema jurídico para a obtenção de certas finalidades públicas. SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos do Direito Público**. p. 156.

⁴¹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos do Direito Público**. p. 158 e ss.

⁴² Ao afirmarmos que esses particulares são agentes públicos, sentimos a necessidade de enquadrá-los em alguma das espécies daquele gênero. Levando em consideração que a doutrina oscila na classificação dos tipos específicos de agentes públicos, podemos classificá-los, segundo a doutrina de Diógenes Gasparini (**Direito Administrativo**, p. 219), como agentes de colaboração, no qual “são pessoas físicas que prestam serviços à Administração Pública por vontade própria, por compulsão, ou com a sua concordância. São agente que exercem, portanto, função pública, ainda que algumas vezes seja esporádico o exercício”.

⁴³ **Direito Administrativo Brasileiro**. p. 356.

Ademais, anote-se a lição de Ney José de Freitas⁴⁴, segundo o qual “onde se manifestar o exercício da função administrativa, haverá a incidência de um plexo de normas específicas, consistentes no que a doutrina denomina de regime jurídico administrativo”.

Desse modo, como agentes do Estado e, por conseguinte, competentes para o exercício desse *múnus* público, os proprietários do bem tombado devem obedecer ao regime jurídico administrativo, que comportam, entre outros, os princípios da moralidade, legalidade, eficiência, publicidade, proporcionalidade/razoabilidade e impessoalidade. A isso se aliam os princípios básicos da ordem jurídica do patrimônio cultural que devem ser observados na proteção desses bens: função social da propriedade, prevenção de danos e responsabilização pelos danos causados aos bens protegidos, entre outros.

Em síntese, após o ato do tombamento, o proprietário passa a exercer uma função pública imposta pelo ordenamento jurídico, com sede originária na Constituição Federal de 1988 e normas específicas fixadas em lei (Decreto-lei n° 25/37, leis estaduais e municipais), com a finalidade de proteger o patrimônio cultural brasileiro, devendo obediência tanto ao regime jurídico administrativo quanto aos princípios básicos da ordem jurídica do patrimônio cultural.

Por conseguinte, se a lei disciplinou diversas competências àquelas pessoas, não cabe a elas escolher quanto à sua observância, haja vista que a competência tem como algumas de suas características o exercício obrigatório, a irrenunciabilidade e a impossibilidade de ser modificada por vontade do titular⁴⁵.

Em razão disso, a atuação do proprietário em desconformidade com a previsão legal que causar dano ao patrimônio cultural, bem de uso comum do povo, gera o dever de indenizar a sociedade pelo dano causado. Ora, o particular, no exercício de uma função estatal e caracterizado como agente público, está vinculado aos princípios da legalidade, moralidade, eficiência, indisponibilidade do interesse público, supremacia do interesse público sob o privado etc; assim como as pessoas jurídicas de direito privado incumbidas dessa função.

Dessa forma, a quebra de um dever jurídico gera o dever de indenizar, conforme o art. 186⁴⁶, 187⁴⁷ e 927⁴⁸ do Código Civil, e um dos princípios básicos da ordem jurídica do patrimônio cultural, que é o da responsabilização pelos danos causados aos bens protegidos. E observe-se que o

⁴⁴ **Ato Administrativo: presunção de validade e a questão do ônus da prova.** p. 24

⁴⁵ MELLO. **Curso de Direito Administrativo.** p. 145.

⁴⁶ “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

⁴⁷ “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

⁴⁸ “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

dever jurídico não decorre só da disposição legal, mas também dos princípios do Direito Administrativo e da ordem jurídica do patrimônio cultural.

Em sendo assim, o proprietário responde subjetivamente em face dos danos material e moral⁴⁹ causados pela manutenção ineficiente, assim como pela demora ou omissão em avisar o órgão competente sobre a necessidade de reparação do bem tombado.

Por outro lado, podemos ainda considerar a hipótese de que o particular aja com dolo. Ainda que, a primeira vista, seja difícil visualizar uma situação em que o particular tenha a vontade de danificar um patrimônio que é seu, é perfeitamente possível e fácil que ocorra, por exemplo, de um proprietário realizar alterações no bem, sem a oitiva do órgão competente, chegando inclusive a realizar a demolição, dando, assim, uma destinação diversa da prevista no instituto do tombamento, qual seja, a proteção do patrimônio cultural, e que venha a causar, pois, um dano àquele patrimônio.

Defendemos, assim, que nessa e em outras situações similares há a presença do dolo eventual⁵⁰, no qual o proprietário sabe dos riscos que pode causar ao patrimônio cultural, e, mesmo assim, assume esses riscos, não só na reparação e/ou restauração do bem tombado como na inércia em notificar o órgão competente, sem se importar com os resultados. Visualizemos uma outra situação prática: o proprietário de um bem tombado sabe da necessidade de realizar restaurações ou mesmo manutenções periódicas no bem. Ele sabe que, em virtude do disposto no art. 19 do Decreto-lei 25/37 (ou em normas estaduais e municipais correlatas), essa obrigação é sua e só pode ser repassada ao Poder Público caso não tenha condições de fazê-lo. Contudo, esse mesmo proprietário age de maneira inerte, contrariamente à competência instituída por lei e inerente aos agentes públicos dessa espécie ou detentores de função pública, na expectativa de que o Poder

⁴⁹ Na atualidade, a jurisprudência começa a admitir a possibilidade de indenização por danos morais causados em razão de dano ambiental. Ver a seguinte decisão: “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO AMBIENTAL. DANOS AMBIENTAIS. DEPÓSITO IRREGULAR DE RESÍDUOS INDUSTRIAIS. RECICLAGEM DE LIXO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DEVER DE RECUPERAÇÃO. NULIDADE DA SENTENÇA. Ao determinar a interdição do estabelecimento na sentença, como medida última para a cessação da atividade lesiva produzida pela ré, não está o Magistrado procedendo a julgamento extra petita, mas, sim, dando o efetivo cumprimento às normas que têm por objeto a proteção do meio ambiente e que, ao seu turno, efetivam o comando constitucional existente nesse sentido. DEVER DE REPARAÇÃO/RECUPERAÇÃO. Estando comprovado o dano ambiental decorrente de depósito irregular de resíduos sólidos Classe II (não inerte) diretamente no solo, a céu aberto, impõe-se o dever de recompor os prejuízos havidos. PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO. A condenação ao pagamento de indenização, por se constituir em modalidade indireta de reparação dos danos ambientais, somente tem lugar quando constatada a impossibilidade de reparação natural da área degradada, prova que não foi feita no caso concreto. **DANO MORAL AMBIENTAL. Não obstante seja admissível o dano moral ambiental**, o caso dos autos não autoriza a condenação da ré ao pagamento de valores a esse título, pois não restou comprovada situação excepcional ensejadora de sofrimento coletivo, nem mesmo a irreparabilidade ao meio ambiente, o que se mostrava imprescindível para a manutenção da sentença neste ponto. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70034751347, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rejane Maria Dias de Castro Bins, Julgado em 25/03/2010).

⁵⁰ No dolo eventual o agente prevê o resultado mas não age para evitá-lo. Assume o risco de produzi-lo, não fazendo qualquer diferença a ocorrência ou não do mesmo, embora não vise a sua ocorrência diretamente.

Público venha a realizar a obra ou de receber contribuição mensal para as manutenções periódicas (ainda que delas não necessite). Pergunta-se: o particular agiu com culpa ou dolo? Ele não teve a intenção de causar um dano ao seu patrimônio, mas assumiu os riscos inerentes a sua ação, pouco importando-se com o resultado que viria a ser causado. Não podemos afirmar que, nessa situação prática houve uma imprudência, negligência ou imperícia, mas sim que houve um dolo eventual.

Nessa mesma análise incluímos o caso em que uma pessoa que recebe diversas advertências do Poder Público quanto à necessidade de uma maior proteção do patrimônio cultural (que se constitui o bem de sua propriedade) e se mantém inerte.

Assim, face a importância da qual se revestem os bens culturais, especialmente após a Constituição Federal de 1988, entendemos pertinente buscar um maior rigor na interpretação e aplicação das regras de responsabilidade pela manutenção e reparação de bens tombados; mormente quando estamos a estudar o tema no âmbito da Advocacia Pública, que possui enorme tarefa nesse contexto.

Nesse cenário surgem as ações judiciais que já se colocam para a defesa do patrimônio cultural em nosso sistema jurídico.

No âmbito das ações para apurar a responsabilidade pelos danos causados ao patrimônio artístico, histórico e cultural, temos a ação civil pública, a ação popular e a ação de improbidade administrativa.

A Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, dispõe sobre a ação civil pública por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. O seu art. 1º dessa Lei descreve, de forma límpida, que sem prejuízo da ação popular, esta ação pode ser utilizada para responsabilizar os causadores dos danos morais e patrimoniais ao meio ambiente, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, entre outros.

Quanto à legitimação ativa, a mesma Lei prevê que pode ser proposta pela Administração Pública, União, Estados-membros e Municípios, Ministério Público, Defensorias Públicas, autarquia, empresas públicas, fundações, sociedade de economia mista e as associações constituídas há pelos menos 1 (hum) ano e que tenha entre as suas finalidades a proteção de algum dos objetos protegidos por essa legislação (art. 5º).

Os legitimados passivos dessa ação serão todos aqueles que causarem danos morais e patrimoniais aos valores tutelados; revelando uma legitimação extremamente ampla.

O proprietário, pessoa física ou jurídica, assim, pode ser condenado a uma obrigação de fazer ou não fazer. Em sendo o caso de condenação, o juiz pode determinar o cumprimento de prestações da atividade devida ou a cessação da prática nociva, sob pena de execução específica ou cominação de multa diária, se esta for bastante ou compatível, independentemente de requerimento do autor (art. 11 da Lei 7.347/85)

A ação popular é prevista no art. 5º, inc. LXXIII, da Constituição Federal de 1988 e regida pela Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, tendo como objeto a anulação ou declaração de nulidade dos atos lesivos ao patrimônio público, ou ao de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Na lição de Juarez Freitas⁵¹, a ação popular

“visa anular atos omissivos e comissivos em sentido abarcante a ponto de abranger os ajustes administrativos, cumprindo que o conceito de anulação seja dilatado o suficiente para integrar a decretação da nulidade, na perspectiva de fazer com que o plexo de atos da Administração se mostre conforme a lei e o Direito, não apenas àquela, eis que a legalidade é tão-só um dos princípios relevantes, não excludentes dos demais. Frise-se: anular, aqui, não é simplesmente desfazer ato inválido ou viciado, com efeitos *ex tunc*, senão que também acarretar efeitos sancionatórios decorrentes da natureza dessa ação, embora as sanções sejam distintas daquelas cominadas na ação civil de improbidade. (...)”

Destina-se a indenização a recompor os danos materiais e imateriais para a entidade cujo patrimônio resultou lesado. Mostra-se cabível ainda quando se configurarem situações aparentemente irreversíveis, assim como, por exemplo, a destruição da casa tombada. Inexiste, no caso, perda de objeto, pois deve ser ressarcido o dano causado à sociedade.”

Destaca-se que essa ação pode ser proposta por qualquer cidadão (art. 5º, inc. LXXIII, da CF/88 e art. 1º da Lei 4.717/65) contra as pessoas públicas e privadas da Administração Pública, em seu conceito amplo, assim como as pessoas que recebam dinheiro público em sua dotação orçamentária e as autoridades, funcionários e administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissão, tiverem dado oportunidade à lesão (art. 6º da mesma Lei)⁵². Dessa forma, consideramos incontestes a possibilidade de a pessoa (física ou jurídica) proprietária de bem tombado figurar no pólo passivo da presente ação, pois depreende-se do presente artigo que a intenção do legislador foi incluir todas aquelas pessoas que dêem ensejo ao ato passível de ser impugnado.

⁵¹ **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.** p. 221 e ss.

⁵² PROCESSUAL CIVIL AÇÃO POPULAR. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. NÃO CONFIGURAÇÃO. ART. 6º DA LEI Nº 4.717/65. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL AUSÊNCIA DE SIMILITUDE. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. I - Nos termos do art. 6º da Lei nº 4.717/65, ação popular "será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo." II - Pretendeu o legislador alcançar, de forma mais abrangente possível, todos aqueles que de alguma forma contribuíram para a realização dos atos impugnados na ação popular. (REsp 644580 / GO)

Quanto à ação de improbidade administrativa, passamos a explicitar um entendimento ainda sem precedentes nos tribunais pátrios. Vejamos. Essa ação judicial é disciplinada pela Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992, e tem por finalidade proibir e sancionar as práticas ímprobas dos agentes públicos e terceiros contra o Poder Público e a sociedade. Constatou-se que a tipificação do ilícito *improbidade* prevista na Lei n.8429/92 é extremamente ampla, abrangendo ações que causem enriquecimento ilícito (art. 9), prejuízo ao erário (art. 10) ou aquelas que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

Nos parece certo que o proprietário do bem tombado, em diversos momentos, pode atuar em desconformidade com os princípios da Administração Pública. Especialmente em razão disso consideramos razoável a defesa da ideia de que, em tese, é possível estar no pólo passivo da ação de improbidade administrativa o particular proprietário que deixar de cumprir suas obrigações legais com relação ao resguardo do bem cultural protegido. Para tanto, não há a necessidade de que a atuação tenha se pautado no dolo ou na culpa, bastando a simples ilicitude ou a imoralidade administrativa para se perfazer o ato de improbidade⁵³ ou o prejuízo ao patrimônio moral da Administração Pública decorrente da ofensa aos princípios que regem os atos administrativos, nos termos do artigo 21, inciso I, da Lei de Improbidade.⁵⁴

Observe-se que o artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa prevê como um dos casos daquele ilícito os atos que atentem contra os princípios da legalidade, honestidade, lealdade às instituições, dentre outros, e notadamente: “I – *praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência*; II – *retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício*; (...)”. (grifo nosso).

No caso em que o particular do bem tombado age em desconformidade com as suas competências (*múnus* público) prevista na lei e no ato administrativo, certamente o fará “visando fim proibido em lei” e/ou “diverso daquele previsto na regra de competência”; até mesmo porque a finalidade do tombamento é a preservação do patrimônio cultural. Em sendo assim, qualquer ação ou omissão que degradar direta e indiretamente este patrimônio irá de encontro ao regime jurídico que o resguarda, verificando-se, pois, o tipo previsto no inc. I do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa. No caso do inciso II, se o particular não pode, sem prévia autorização do IPHAN (ou do órgão estadual e municipal correlato), reparar, pintar ou restaurar a coisa tombada e, por

⁵³ Nesse sentido há manifestação do STJ no Resp 826.678/GO (2006/0031998-7) – 2ª T. – Rel. Min. Castro Meira – DJU 23.10.2006.

⁵⁴ Conforme decisão proferida pelo TRF 4 R. na AC 2002.71.10.010039-0- 3ª T. - Rel. Des. Fed. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz – DJU 03.10.2007..

outro lado, deve realizar obras de conservação necessária à preservação do bem, a não obediência a essas regras pode consistir em ato de improbidade administrativa.

Encontramos respaldo à ideia que ora é introduzida quando verificamos o que diz a Lei nº 8.429/92 quanto ao sujeito passivo dos atos de improbidade administrativa, que se encontram elencados em seu artigo 2º. Este artigo afirma que responderá por improbidade administrativa todo agente público, servidor ou não, que exerce, ainda que transitoriamente e sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo 1º da mesma Lei, além dos administradores, empregados e contratados por entidades privadas que tenham recebido verbas públicas diretamente ou sob a forma de incentivos fiscais.

Ao interpretar a norma contida no artigo 2º da Lei nº 8.429/1992, o Supremo Tribunal de Justiça, por sua 1ª Turma, tendo como Relator o Ministro Luiz Fux, ao julgar o Recurso Especial n. 495933/RS (DJ 19.4.2004), decidiu que não só os servidores públicos são sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa, incluindo também todos aqueles que estejam compreendidos no conceito de agente público estabelecido no artigo 2º da Lei n. 8.429/1992. Isso vem trazer forte ânimo na argumentação de que é possível o particular proprietário de bem tombado figurar no pólo passivo da ação de improbidade administrativa, nos casos de transgressão aos princípios administrativos dispostos no art. 11 da Lei em comento.

Ressalte-se que apenas o proprietário pessoa física do bem tombado, considerado agente público, pode figurar como legitimado passivo na ação de improbidade administrativa; não sendo possível que ela seja impetrada contra a pessoa jurídica a qual teve o seu bem tombado, haja vista que, de acordo com a interpretação do art. 1º e 3º, só é possível figurar no pólo passivo da presente ação a pessoa física.

Destaca-se que o art. 12, inc. III, da Lei de Improbidade prevê como possíveis sanções, independentemente das sanções penais, civis e administrativas, o ressarcimento integral do dano, se houver; a perda da função pública; a suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos; o pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente.

Ademais, o mesmo artigo 12 da Lei de Improbidade prevê como uma das formas de sanção a perda da função pública do agente público que praticou o ato ímprobo. Ora, se a função pública do particular decorre da própria função social da propriedade, que faz parte do núcleo essencial do

direito à propriedade, e o particular perde a competência de proteger esse interesse público, ele continuará a exercer o direito de propriedade, só que em consonância com a atuação do Poder Público; o qual passará a atuar diretamente na proteção do bem, visando resguardar sua função social. Ou seja, será possibilitado ao Poder Público intervir na propriedade do particular, sem retirar-lhe este direito, para ver protegido o bem de valor cultural, em razão da perda da função pública conferida ao particular no ato da inscrição do tombamento.

Dessas compreensões decorre a necessidade de visualizar a responsabilidade do proprietário do bem tombado sob uma ótica mais favorável à proteção dos interesses indisponíveis que motivam o ato do tombamento; o que entendemos deve ser tomado como um ponto fulcral a ser considerado na atuação dos advogados públicos (em quaisquer das esferas estatais) voltada à proteção dos bens culturais. .

5. RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA INEFICIÊNCIA DO SERVIÇO PRESTADO À SOCIEDADE QUANTO À REPARAÇÃO DO BEM TOMBADO.

Vimos que a obrigação de reparar o bem tombado é do particular. No entanto, na sua impossibilidade, essa obrigação é transferida ao Poder Público. Nesse caso, a atuação do Estado tem que se dar especialmente com fulcro no princípio da eficiência, conforme dispõe o *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988.

O Poder Público tem a discricionariedade de escolher se presta o serviço de forma direta ou se mediante a contratação de pessoa física ou jurídica para a realização do respectivo serviço ou obra. Normalmente, essa prestação se dará por empresa especializada no ramo e a contratação desta poderá se enquadrar nas hipóteses de inexigibilidade de licitação, em face do que dispõe o art. 25, inc. II, da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.

Caso a prestação se dê de forma direta pelo Estado, este tem o dever de indenizar os danos, morais e materiais, sofridos pela coletividade em seu patrimônio histórico e cultural. A responsabilidade do Estado, neste caso, será objetiva, de acordo com o disposto no art. 37, §6º, da Constituição Federal.

No entanto, caso o Estado contrate um terceiro para prestar esse serviço, a responsabilidade pelos danos causados será do particular, que ocorrerá de forma subjetiva, segundo a disposição do Código Civil.

Não obstante o particular se responsabilizar pelos danos causados em decorrência da prestação do serviço, o Estado se responsabilizará de forma subsidiária à atuação do particular por esses danos materiais e morais causados à sociedade.

Em suma, a coletividade tem o direito de exigir a responsabilização daquele que deu causa ao dano moral e material ao bem cultural protegido por ato do Poder Público. As ações cabíveis para tanto também serão a ação civil pública, a ação popular e a ação de improbidade administrativa, nos moldes do que já foi abordado. A diferença consiste em que aqui o legitimado passivo também será o Estado, que pode, posteriormente, ingressar com uma ação de regresso contra o agente que deu causa ao dano, salvo no caso de improbidade administrativa, que há de ser contra a própria autoridade causadora do ato lesivo.

Disso tudo decorre que também no âmbito da atuação estatal deve ser dar uma interpretação mais rígida às normas jurídicas que resguardam a proteção do patrimônio cultural brasileiro, sempre em vista do interesse social e difuso que o mesmo alberga.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, no tema em debate há que se ter sempre em pauta a essência do instituto do tombamento, seu fim próprio e o regime jurídico de proteção do patrimônio cultural ao qual o mesmo se encontra sujeito.

Nesse sentido, é necessário uma aprofundada compreensão sobre o regime jurídico especial que possui o instituto do tombamento e seu fim precípua - a efetiva proteção do patrimônio cultural -, no qual vincula ao dever de proteção não só proprietário do bem tombado, como também o Poder Público que efetiva o instituto no caso concreto.

A não observância desse regime, com sede na Constituição Federal e normas específicas fixadas no Decreto-Lei n. 25/37, além das normas próprias instituídas pelo estados federados e municípios, gera o dever de indenizar por parte daquele que causou o dano material ou moral ao bem cultural protegido. As ações cabíveis já se encontram postas em nosso sistema jurídico, sendo a ação civil pública, ação popular e a ação de improbidade administrativa, onde o Estado e o proprietário do bem tombado podem figurar no pólo passivo, a depender de cada situação.

Por fim, constata-se haver muito ainda a estudar e debater sobre tema tão relevante, sobre o qual as considerações aqui postas, longe de trazerem observações inflexíveis sobre a matéria,

tiveram como objetivo tão somente contribuir para o aprofundamento da teoria e (re)discussão da prática no âmbito da Advocacia Pública.

REFERÊNCIAS

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21^a. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FERNANDES, Edésio. Do tombamento ao planejamento e à gestão urbana. In: **Revisitando o instituto do tombamento**. Coord: Edésio Fernandes e Betânia Alfonsin. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Desapropriações Ambientais na Lei nº9.985/2000. Direito ambiental das áreas protegidas: o regime jurídico das unidades de conservação**. Antônio Herman Benjamim (coord.). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREITAS, Ney Jose de. **Ato Administrativo: presunção de validade e a questão do ônus da prova**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRAU, Eros. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, 13^a. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEUZINGER, Márcia Dieguez. Criação de espaços territoriais especialmente protegidos e indenização. In **Revista de Direito Ambiental**. Ano 7. n.25, jan-mar 2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 4 ed. Niteroi: Impetus, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes de. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33^a. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. “Relatividade” da competência discricionária. **Revista diálogo jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atuação Jurídica, v. I, n° 3, junho, 2001. Disponível em: [HTTP://www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br). Acesso em: 16 de julho de 2009.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª Ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.

PIRES, Maria Coeli Simoes. **Da proteção ao patrimônio histórico cultural**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RABELLO, Sonia. Tombamento e legislação urbanística: competência e gestão. In: **Revisitando o instituto do tombamento**. Coord: Edésio Fernandes e Betânia Alfonsin. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos do Direito Público**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.