

ano 18 - n. 71 | janeiro/março - 2018
Belo Horizonte | p. 1-324 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v18i71
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246	A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) - . – Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral ISSN: 1516-3210
	Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

A desapropriação como instituto de proteção ao patrimônio cultural e análise da legislação aplicável

Expropriation as a modality of Cultural Heritage protection and an analysis of applied legislation

Francisco Humberto Cunha Filho*

Universidade de Fortaleza (Brasil)
humbertocunha@unifor.br

Bianca de Souza Saldanha**

Universidade de Fortaleza (Brasil)
biasouza@gmail.com

Recebido/Received: 19.04.2017 / April 19th, 2017
Aprovado/Approved: 21.08.2017 / August 21st, 2017

Resumo: O Patrimônio Cultural e os institutos que viabilizam a sua proteção têm como arcabouço fundamental os artigos 215 e 216 da Constituição Federal de 1988. O instituto da desapropriação emerge, nesse contexto, como instrumento consolidado de intervenção supressiva na propriedade privada, que, motivado pela supremacia do interesse público sobre o privado e pela função social da propriedade, efetiva a proteção ao patrimônio cultural. Na presente pesquisa, analisam-se as leis que concretizam a desapropriação por valor cultural (o Decreto-Lei nº 3.365/41, a Lei nº 4.132/62, o Decreto-Lei nº 25/37 e a Lei nº 10.257/01) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 206, ajuizada pelo Ministério Público Federal, que provoca o Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da interpretação do Decreto-Lei nº 3.365/41. Apresenta-se reflexão sobre a suficiência e a efetividade da legislação administrativa vigente no tocante à tutela dos bens concebidos como patrimônio cultural e suas especificidades intrínsecas.

Como citar este artigo/*How to cite this article:* CUNHA FILHO, Francisco Humberto; SALDANHA, Bianca de Souza. A desapropriação como instituto de proteção ao patrimônio cultural e análise da legislação aplicável. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 197-224, jan./mar. 2018. DOI: 10.21056/aec.v18i71.501.

* Professor do Programa de Pós-Graduação – Mestrado e Doutorado – em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza – UNIFOR (Fortaleza-CE, Brasil). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Advogado da União. *E-mail:* humbertocunha@unifor.br.

** Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza – UNIFOR (Fortaleza-CE, Brasil). *E-mail:* biasouza@gmail.com.

Palavras-chave: Patrimônio cultural. Desapropriação. Constituição Federal de 1988. ADPF nº 206.

Abstract: Cultural heritage and the modalities of protection that enable its safeguard have as fundamental framework the articles 215 and 216 of Brazil's 1988 Federal Constitution. Expropriation emerges in this scenario as a firm instrument of suppressive intervention in private property, which motivated by the supremacy of public interest over private one and by the social function of property, effectives the protection of cultural heritage. In the present study we analyze the laws that embody the expropriation by cultural value (Decree-Law No. 3,365 / 41, Law No. 4,132 / 62, Decree-Law No. 25/37 and Law No. 10.257 / 01) and the Allegation of Breach of Fundamental Precept – ADPF No. 206 filed by federal prosecutors, causing the Federal Supreme Court – STF on the interpretation of Decree-Law No. 3,365 / 41. We present a discussion on the sufficiency and effectiveness of current administrative legislation regarding the protection of goods conceived as cultural heritage and their intrinsic characteristics.

Key words: Cultural heritage. Expropriation. Federal Constitution of 1988. ADPF nº 206.

Sumário: Introdução – **1** A desapropriação e suas modalidades – **2** A Desapropriação por motivo cultural – **3** A tricotomia constitucional: necessidade pública, utilidade pública e interesse social – **4** A aplicabilidade das leis desapropriatórias em face do advento da Constituição Federal de 1988 – Conclusão – Referências

Introdução

No presente trabalho, pretende-se investigar o instituto da desapropriação como instrumento a ser utilizado pelo Poder Público visando garantir a preservação ao patrimônio cultural, com a identificação, no contexto da legislação vigente em território nacional, da existência de normatividade especificamente voltada e adequada para a desapropriação como instrumento de salvaguarda ao referido patrimônio.

A Constituição Federal de 1988 (CF), em seus artigos 215 e 216, por reconhecer a relevância dos bens culturais materiais e imateriais e compreender sua importância na formação da teia social, estipula que é dever do Poder Público, partilhado com a comunidade, a proteção ao patrimônio cultural brasileiro; ademais, elenca institutos para concretizar o acesso aos mesmos pela população.

A desapropriação, sendo um desses institutos e o escolhido para ser tratado neste trabalho, configura-se como intervenção supressiva na propriedade, e, quando utilizada por motivo cultural, intenta promover a salvaguarda do patrimônio cultural.

Para efetuar a desapropriação, hoje, o Estado utiliza-se do Decreto-Lei nº 3.365/41, da Lei nº 4.132/62, do Decreto-Lei nº 25/37 e da Lei nº 10.257/01. Três dos quatro instrumentais, contudo, foram sancionados antes da Constituição Federal de 1988, e, portanto, carecem de atenção no tocante à evolução da abrangência do patrimônio cultural, fartamente redimensionado a partir da Constituição Cidadã, que o transportou da ideia de notoriedade dos bens e de sua serventia

como ícones de identidade cultural para a de referencialidade aos modos de criar, fazer e viver dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira. Nas entrelinhas, isso possui o significado de um deslocamento, ao menos parcial, para efeitos de desapropriação, do critério da necessidade ou utilidade pública para o do interesse social, o que, sendo exato, abalaria o atual quadro normativo infraconstitucional sobre o tema.

Nesse contexto, propõe-se o seguinte questionamento: com o advento da nova Constituição Federal de 1988 e a ampliação e o remodelamento da salvaguarda ao patrimônio cultural constante em seus artigos 215 e 216, a legislação administrativa utilizada hoje para promover a desapropriação por motivo cultural é suficiente e adequada?

A justificativa para essa pesquisa, portanto, decorre da reflexão acerca da mecânica necessária para a aplicação da desapropriação enquanto instrumento de proteção ao patrimônio cultural, em consonância com o entendimento da Constituição vigente, que traz um direcionamento ampliativo no tocante às especificidades intrínsecas ao valor cultural, voltando olhares à temática diante da constante escassez de publicações sobre o tema.

Quanto aos aspectos metodológicos, baseiam-se no estudo descritivo-analítico, através de pesquisa: quanto ao tipo, bibliográfica, tendo-se como referencial teórico livros, artigos científicos, revistas, dissertações, monografias e dados oficiais publicados na Internet; quanto à utilização e à abordagem dos resultados é pura, por ter na pesquisa o condão de ampliar saberes conduzindo a um novo entendimento acerca do tema, e, por fim, qualitativa, pois adentra a realidade do ordenamento jurídico nacional vigente. No tocante aos objetivos, a pesquisa é descritiva, por ter o fito de levantar, observar, analisar e discorrer sobre os fatos e fenômenos relacionados ao tema estudado, sem, porém, constar a intervenção do pesquisador, e também exploratória, por convergir ao aprimoramento de ideias através das informações sobre o tema em foco.

1 A desapropriação e suas modalidades

A desapropriação é o instituto do qual o Estado se utiliza quando entende que se faz necessário extirpar a propriedade de outrem, intervindo de forma supressiva. Acerca da definição de desapropriação, Celso Antônio de Mello explana:

[...] desapropriação se define como o procedimento através do qual o Poder Público, fundado em necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, compulsoriamente despoja alguém de um bem certo, normalmente adquirindo-o para si, em caráter originário, mediante indenização prévia, justa e pagável em dinheiro, salvo no caso de certos imóveis urbanos ou rurais, em que, por estarem em desacordo

com a função social legalmente caracterizada para eles, a indenização far-se-á em títulos da dívida pública, resgatáveis em parcelas anuais e sucessivas, preservado seu valor real.¹

A desapropriação desponta como um dos tipos de intervenção estatal na propriedade privada, em que o Poder Público demonstra a sua soberania como Estado e seu domínio eminente com relação à universalidade de bens que se encontrem em território nacional. A desapropriação é a mais drástica das formas e se consubstancia no poder de império da Administração Pública.²

Dessa forma, “a desapropriação consiste na aquisição de bem por aquele beneficiado pela ponderação jurídica de predominância de interesses, de acordo com critérios eleitos no ordenamento jurídico, através da perda indenizada da propriedade do titular originário”.³

A indenização desponta, nesse contexto, como ferramenta que mira o equilíbrio entre o interesse público e o interesse privado, considerando que se trata da perda de um bem do particular e da inserção deste na gama de bens públicos, há que, em conformidade com o disposto na CF/88, ser destinado um valor compensatório pela sua privação ao bem em questão, seja em dinheiro, em títulos da dívida pública ou em títulos da dívida agrária.⁴

O artigo 22, inciso II, da CF⁵ determina que é de competência exclusiva da União legislar sobre desapropriação, porém, o parágrafo único do artigo acima referido estabelece que, quando autorizados por lei complementar, os Estados e o Distrito Federal poderão também legislar sobre desapropriação.

A legitimidade do Estado para promover a desapropriação advém da supremacia do interesse público sobre o privado, de forma que o direito à propriedade, resguardado no artigo 5º, *caput*, CF, é declinado para atender a coletividade, como esclarecido por Tartuće:

A propriedade é o direito que a pessoa física ou jurídica tem de usar, gozar, dispor de um bem ou reavê-lo de quem injustamente o possua ou detenha (art. 1.228, *caput*, Código Civil). Trata-se do mais complexo dos direitos subjetivos e centro do direito das coisas, devendo ser analisado à luz da função social consubstanciada na codificação privada e da Constituição Federal de 1988 [...] o direito de propriedade

¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 865.

² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2008.

³ SOUZA, Marcos Antônio Cardoso de. *Da desapropriação indireta: análise da legalidade da exigência de precatório para o pagamento das parcelas indenizatórias*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Mestrado em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Fortaleza. p. 27.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

⁵ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

não é um direito absoluto, encontrando limites nos direitos alheios, que devem ser respeitados. No Direito Civil moderno, concebido à luz do Texto Maior, cada vez mais vão surgindo medidas restritivas ao direito de propriedade, impostas pelo Estado em prol da supremacia dos interesses difusos e coletivos. Assim, o direito de propriedade esbarra na sua função social e socioambiental, no interesse público, no princípio da justiça social (art. 3º, III, da CF/88) e na proteção do bem comum.⁶

Atuando como mola propulsora da desapropriação, o interesse público origina-se das necessidades coletivas que, encampadas pelo poder político, se sobrepõem ao interesse privado, com reconhecido suporte constitucional e legal, sendo satisfeito pelo regime de direito público.⁷

Ao ser efetuada a desapropriação, o bem passa a compor o rol de bens públicos, e esta aquisição se dá de forma originária. Isso significa que o bem adquirido não tem quaisquer vínculos com o título anterior, ou seja, não depende ou deriva deste, configurando-se como autônomo e capaz de originar título constitutivo de propriedade.⁸ Independe, inclusive, se o vínculo entre o proprietário e o bem era proveniente de boa ou de má-fé, ou se se pautava em título justo ou injusto.⁹

Reforçando tal entendimento Ana Marchesan explica:

Fundada na supremacia do interesse público sobre o privado, sempre que inconciliáveis, a desapropriação é modo de aquisição originário da propriedade. Portanto, não há na desapropriação quem transmita a propriedade, sendo ela suficiente para assegurar, em proveito do Estado, o domínio de determinado bem, desconsiderando-se, dessa forma, as características do título ostentado pelo proprietário expropriado.¹⁰

Nesse contexto, a desapropriação pode se perfazer em decorrência do descumprimento da função social da propriedade, como forma de suprimir o abuso de poder pelo particular no uso de sua propriedade de forma egoística, arbitrária e negligente, por considerar que tais ações desencadeiam reações que são sentidas pela coletividade local.

A desapropriação configura, dessa forma, um instrumento moderno e eficaz, capaz de conciliar a efetiva garantia da propriedade individual e da função social

⁶ TARTUCE, Flávio. A função social da posse e da propriedade e o direito civil constitucional. *Ciência Jurídica*, Belo Horizonte, v. 21, n. 134, p. 406-411, 2007. p. 409-410.

⁷ HARADA, Kiyoshi. *Desapropriação: doutrina e prática*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 16.

⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

¹⁰ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 233.

desta, atentando-se à compatibilidade do uso da propriedade ao bem-estar da coletividade.¹¹ A esse despeito afirma César Leal:

A função social da propriedade consiste, pois, no reconhecimento de que o proprietário, como membro de uma comunidade, tem não apenas direito mas obrigações relativamente aos outros membros, devendo cuidar da coisa para que mantenha a sua produtividade, enfim, para que dê frutos que atendam às suas próprias necessidades e, de modo indireto ou direto, satisfaçam às necessidades dos outros membros do organismo social.¹²

A função social da propriedade tem reflexos diretos no estudo da desapropriação e é considerada uma evolução no tocante ao regime jurídico da propriedade por voltar os olhares dos particulares ao exercício socialmente responsável do uso da sua propriedade.¹³ “Desse modo, seja a propriedade material ou imaterial, bem móvel ou imóvel, singular ou universalidade, todas elas se sujeitam a um regime de exclusividade de uso individual desde que utilizada segundo os fins sociais”.¹⁴

As modalidades desapropriatórias dividem-se em quatro espécies: desapropriação direta, desapropriação indireta, desapropriação sancionatória e desapropriação judicial, como se vê a seguir.

A desapropriação direta, também denominada ordinária ou comum, é aliçada na supremacia do interesse público sobre o privado e estabelecida pelo artigo 5º, XXIV, da CF:¹⁵ “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”. Assim, obedecendo ao artigo acima referido, tem-se a Lei nº 4.132,¹⁶ de 10 de setembro de 1962, que define os casos de desapropriação por interesse social e dispõe sobre sua aplicação, e o Decreto-Lei nº 3.365,¹⁷ de 21 de junho de 1941,

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2008.

¹² LEAL, César Barros. *A função social da propriedade*. Fortaleza: Imprensa Oficial do Ceará, 1981. p. 27.

¹³ SOUZA, Marcos Antônio Cardoso de. *Da desapropriação indireta: análise da legalidade da exigência de precatório para o pagamento das parcelas indenizatórias*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Mestrado em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Fortaleza.

¹⁴ ALVES, Rafael de Oliveira. Desapropriação para preservação cultural: limites e possibilidades. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Org.). *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 257.

¹⁵ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

¹⁶ BRASIL. *Lei nº 4.132*, de 10 de setembro de 1962. Define os casos de desapropriação por interesse social e dispõe sobre sua aplicação. Disponível em: <<http://prespublica.jusbrasil.com.br/legislacao/109257/lei-4132-62>>. Acesso em: 1º nov. 2017.

¹⁷ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.365*, de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3365.htm>. Acesso em: 17 out. 2017.

que dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. As desapropriações por necessidade pública são também tratadas pelo Decreto-Lei nº 3.365/41.¹⁸

A desapropriação indireta não é um instituto regulamentado por lei e se perfaz quando o Estado intervém na propriedade do particular de modo a impossibilitar seu uso e gozo, retirando-lhe o conteúdo econômico. Comumente, a desapropriação indireta se manifesta “disfarçadamente” na forma de uma intervenção restritiva (tombamento, limitação, servidão etc.), forçando o particular a custear isoladamente a propriedade que trará benefícios para a coletividade.¹⁹ Como exemplo pode-se citar ato em que o Poder Público tomba um bem, de forma que recaia sobre o mesmo a impossibilidade de modificar a mobília, mexer em paredes e cômodos e mudar a atividade econômica exercida no estabelecimento, comprometendo, assim, completamente seu uso e gozo, bem como atingindo a questão econômica envolta.

Segundo Souza,²⁰ a desapropriação indireta não deve ser confundida com “esbulho administrativo”, que é constituído quando o Poder Público, sem o devido processo legal, tem a posse irregular do bem de um particular, restando-lhe o direito de reivindicação do mesmo se o bem não tiver sido afetado pela Administração Pública ou apenas o pedido de indenização no caso de já afetado.

A desapropriação judicial tem previsão normativa no artigo 1.228, §4º e §5º do Código Civil,²¹ configurando uma desapropriação que não é promovida pelo Poder Executivo e sim pelo Poder Judiciário, de modo que o juiz, visando ao interesse da coletividade, fixa o valor da indenização, como segue:

§3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

§4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

¹⁸ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.365*, de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3365.htm>. Acesso em: 17 out. 2017.

¹⁹ RAMOS, Livia Nogueira. *Desapropriação direta e indireta*. 2007. p. 2-3. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9596-9595-1-PB.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

²⁰ SOUZA, Marcos Antônio Cardoso de. *Da desapropriação indireta: análise da legalidade da exigência de precatório para o pagamento das parcelas indenizatórias*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Mestrado em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Fortaleza. p. 28-29.

²¹ BRASIL. *Novo Código Civil. Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 out. 2017.

§5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

Resta esclarecer que os casos de culturas ilegais de plantas psicotrópicas e de utilização de mão de obra escrava configuram-se como expropriação do tipo confisco, conforme explicitado no artigo 243 da CF, não sendo caso de desapropriação e não tendo direito o proprietário a qualquer indenização, não sendo, por esta razão, tratados no presente trabalho.

A desapropriação tem duas fases, sendo a primeira declaratória e a segunda executória. A primeira é de exclusividade do Poder Público, de maneira que somente ele pode fazê-lo. A segunda pode ser cumprida pelo mesmo órgão que declarou a desapropriação, como pode também ser delegada a entidades públicas e particulares, desde que estipulado por contrato ou por lei, alcançando autarquias, empresas públicas, fundações governamentais, sociedades de economia mista, concessionárias e permissionárias de serviços públicos.²²

A fase executória ainda pode acontecer de maneira administrativa, nas situações em que exista um consenso entre expropriante e expropriado, no que diz respeito ao valor da indenização, cabendo os mesmos trâmites que são aplicados à compra e venda, inclusive lavrar-se a escritura no Registro de Imóveis, em se tratando de bem imóvel. Na hipótese de dissonância com relação ao valor a ser pago de indenização, a fase executória passa a ser judicial, sendo essa demandada pelo Poder Público, em conformidade ao procedimento estipulado pelo Decreto-Lei nº 3.365/41.²³

Destaca-se que, no caso específico de imóveis, a desapropriação só se perfa após realizado o pagamento da indenização, em razão da imprescindibilidade do cumprimento do estabelecido na CF/88, que determina a prévia indenização.²⁴

É de bom alvitre abordar que, no tocante à utilização do bem desapropriado, o uso deste sem conformidade com a finalidade que justificou sua desapropriação (pode) leva(r) à retrocessão, que consiste no direito que o expropriado tem de reivindicar de volta imóvel que foi seu, com base no destino incongruente do motivado para constituir a desapropriação. Não cabendo, contudo, a retrocessão nos casos em que ocorra uma destinação diversa da alegada inicialmente, porém, sua utilização se dê em consonância com o fim público.²⁵ É o exemplo de desapropriação que tinha o fito de construir uma escola pública e finda numa construção de um hospital público.

²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

2 A desapropriação por motivo cultural

A Constituição Federal de 1988 (CF), em seus artigos 215 e 216, por reconhecer a relevância dos bens culturais materiais e imateriais e compreender sua importância na formação da teia social, estipula que é dever do poder público, com a colaboração da comunidade, a proteção ao patrimônio cultural brasileiro, e elenca institutos para concretizar o acesso aos mesmos pela população.

O termo patrimônio cultural abriga todos os bens que tenham ou possam ter valor e interesse histórico, artístico, científico ou técnico para a sociedade brasileira como um todo ou para as comunidades de uma região, de um Estado federativo ou de um Município. Assim, o tratamento jurídico do patrimônio cultural deve abrigar, segundo a Constituição, um entendimento aberto e contemporâneo, dentro da diversidade sociocultural do nosso país e da dinâmica em que as relações sociais, econômicas, políticas e culturais se desenvolvem.²⁶

Com o fito de preservar a memória coletiva, a desapropriação emerge como instrumento consolidado capaz de garantir a permanência efetiva do bem cultural e a conservação de seus atributos originais, objetivando, com essa prática, torná-lo acessível a toda a comunidade.²⁷

Ressalta-se que a desapropriação é um instituto que traz consigo particularidades, quais sejam: o pleno rompimento do elo existente entre o proprietário e seu bem e a obrigação ao Poder Público de pagamento ao particular, de maneira a onerar os gastos públicos. Por essa razão, a efetivação da desapropriação deve ser feita com cautela. Não é o caso de desapropriar todo e qualquer bem que tenha valor cultural.

A responsabilidade pela eficácia da promoção da desapropriação é atribuída ao Poder Público, e este deve – além de vincular-se aos princípios da legalidade, necessidade, adequação e proporcionalidade *stricto sensu* – considerar que, mesmo sendo incontestado o interesse social da desapropriação por motivo cultural, sua efetivação invade outras esferas de modo a mitigar o direito fundamental à propriedade, sendo de suma importância consagrá-la quando imperioso o valor cultural do bem.²⁸

²⁶ SOARES, Inês Virgínia Prado. *Direito ao (do) patrimônio cultural brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 111.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ PAIVA, Carlos Magno de Souza. A (in)eficácia da desapropriação de bens culturais edificados. In: DIAS, Maria T. F.; PAIVA, Carlos M. de S. (Org.). *Direito e proteção do patrimônio cultural imóvel*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

Também este é o posicionamento de Inês Soares, como segue:

A desapropriação para proteção do patrimônio cultural deve se fundamentar no princípio da proporcionalidade, em razão da magnitude do direito de propriedade. Desse modo, a aferição de validade na utilização da desapropriação como instrumento protetivo dos bens culturais é feita a partir da verificação da sua adequação, da sua necessidade e da proporcionalidade. Assim, a decisão administrativa será idônea se, por meio de sua prática, o objetivo público de preservar o bem cultural ou torná-lo acessível a toda a comunidade for alcançado.²⁹

Anteriormente à concretude da desapropriação, é imprescindível que seja feita, a pedido da administração pública, uma rica análise do bem a ser desapropriado pelos estudiosos da área cultural. Nesse estudo, não que ser analisados pontos como: a relevância histórica e cultural do bem para a sociedade, as implicações positivas e negativas da promoção da desapropriação do mesmo, as possibilidades de uso do bem após a desapropriação (usá-lo como museu, biblioteca, repartição pública, escola etc.) e a relevância do bem de maneira individual ou de maneira coletiva, partindo da sua localização dentro das esferas macro e micro.

A referida análise cultural se perfaz por meio de processo administrativo, podendo ser promovido pelo Município, pelo Estado ou pela União, cabendo a estes identificar os sítios e, partindo deles, fazer o procedimento completo (iniciar, desenvolver e concluir), findando em uma análise decisória para consecução ou não da desapropriação cultural.³⁰

A justificativa da desapropriação gira em torno de uma fundamentada motivação, em que, com base nos estudos do caso concreto, resta provado que o incremento do bem aos domínios do Poder Público acarretará ganhos socioculturais, de cunho educativo e/ou informativo, podendo contemplar também o econômico. Dessa maneira, a primordialidade da desapropriação perpassa sua peculiaridade que é abalzar a base de provisão dos bens culturais e da natureza de bem de interesse social intrínseco a esses legados.³¹

Com o fim da depurada análise cultural e sociológica acerca de um bem, têm-se duas possibilidades: a) o entendimento de que é desaconselhada a promoção da desapropriação, levando em consideração o binômio relevante interesse social *versus* disponibilidade orçamentária da administração pública, sendo suficiente para a devida proteção do bem a utilização de outros institutos, também abarcados pela CF, como o tombamento; ou b) a constatação de que somente

²⁹ SOARES, Inês Virgínia Prado. *Direito ao (do) patrimônio cultural brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 320.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

a desapropriação pode proteger de forma eficaz o bem de tamanha relevância social, cabendo ao orçamento público arcar com as despesas advindas de tal salvaguarda.

Após os procedimentos supracitados serem realizados e sendo considerados todos os fatores que circundam a questão (inclusive a capacidade do dono do imóvel de mantê-lo quando este for tombado), tem-se a desapropriação como instrumento protetivo necessário e adequado para a salvaguarda do bem cultural, como ressalta Carlos Paiva:

[...] há situações em que, verificadas as externalidades positivas que recomendam a preservação do patrimônio cultural [...], a desapropriação é a única solução possível, seja pela total incapacidade do proprietário em manter [...], seja pelo tamanho do sacrifício que isso representa para o mesmo.³²

Resta claro, assim, que a decisão pela desapropriação de bem por motivo cultural é ato de algum modo definido pela discricionariedade administrativa, tendo em vista que fica a cargo do gestor público escolher, dentro do universo de possibilidades e se utilizando dos critérios de conveniência, razoabilidade, oportunidade, equidade e justiça (que configuram o mérito do ato administrativo), pela consumação ou não da desapropriação.³³

A discricionariedade administrativa para consumir a desapropriação, contudo, não pode ser sinônimo de arbitrariedade, pois como bem retratado na Declaração Universal dos Direitos Humanos,³⁴ em seu artigo 17, “Ninguém será arbitrariamente privado da sua propriedade”, de maneira que a motivação para a concretude do ato desapropriatório ascende, nesse contexto, como obrigação indispensável a ser cumprida pelo gestor cultural.

Logo, diferentemente de uma conduta injustificada ou eivada de alvedrio, a discricionariedade do ato público se configura como “a chave do equilíbrio entre as prerrogativas públicas e os direitos individuais”.³⁵

³² PAIVA, Carlos Magno de Souza. A (in)eficácia da desapropriação de bens culturais edificados. In: DIAS, Maria T. F.; PAIVA, Carlos M. de S. (Org.). *Direito e proteção do patrimônio cultural imóvel*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 27.

³³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

³⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração universal dos direitos humanos*, 1948. Disponível em: <www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2017.

³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 14.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁶ aponta que, em se tratando de ato discricionário e de decisão que alcança (pode alcançar) uma grande quantidade de pessoas, é interessante que seja proporcionada a oportunidade de participação dos cidadãos nas escolhas, com o fito de atender aos interesses da sociedade brasileira que é grandiosamente plural, buscando fugir da satisfação dos interesses apenas dos grandes grupos, transpondo, desse modo, as barreiras que possam existir entre o Estado e a sociedade.

3 A tricotomia constitucional: necessidade pública, utilidade pública e interesse social

O poder de promover desapropriações foi conferido à Administração Pública pela Constituição Federal de 1988. Tal direito está, contudo, condicionado ao preenchimento de ordem teleológica ou finalística de pressupostos constitucionais que contemplem necessidade pública, utilidade pública ou interesse social.³⁷

O administrador público, que goza de poder discricionário, deve utilizar como instrumento o decreto expropriatório para perfazer a desapropriação, e este há, impreterivelmente, de se pautar na existência de conteúdo que abarque necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, sob pena de ser declarado ilegal caso não atenda tal premissa, como aclara José Madeira:

Temos, pois, que o administrador exerce o dever de desapropriar mediante ato expropriatório que concretize, que enuncie *in casu* a utilidade ou necessidade pública, que são em tese previstas como pressupostos condicionantes do direito de desapropriar. O ato expropriatório é, então, uma concretização de um enunciado em tese para um enunciado *in concreto*.³⁸ (grifo do autor)

O decreto expropriatório deve, ainda, informar a descrição do bem, o sujeito passivo da desapropriação, bem como a verba orçamentária deliberada para o atendimento da despesa e o fundamento legal.³⁹

Acredita-se ser importante, para viabilizar a imersão no tema do presente estudo, a conceituação das três condicionantes constitucionais da desapropriação, porém, é imprescindível, antes de iniciar com as definições, expor que a CF não as conceitua e igualmente as leis infraconstitucionais, de maneira que têm-se

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Administração pública*: tomo II. 13. ed. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 2015. p. 84.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

apenas retratadas em leis as hipóteses de ocorrências de cada uma delas, como elucida José Madeira:

[...] a própria Carta Magna, no Art. 5º, inc. XXIV, autoriza a desapropriação nos casos de necessidade, utilidade pública ou interesse social, não tendo o dispositivo constitucional, em momento algum, atribuído à lei a tarefa de definir tais casos, mas somente de fixar o procedimento. Entender de forma diversa implicaria limitar o conceito de necessidade ou utilidade pública, e assim o de interesse social, de modo não autorizado pela norma constitucional. A finalidade, assim, da enumeração legal dos casos de necessidade, utilidade pública e interesse social parece-nos servir apenas para afastar dúvidas quanto à existência dos pressupostos constitucionais.⁴⁰

Segundo Hely Lopes, “a necessidade pública surge quando a Administração defronta situações de emergência, que, para serem resolvidas satisfatoriamente, exigem a transferência urgente de bens de terceiros para o seu domínio e uso imediato”.⁴¹

Já para José Madeira, configura caso de necessidade pública quando “a Administração Pública está diante de situações emergenciais que, para serem solucionadas a contento, impõem a transferência de bens de terceiros para o domínio público para que seja considerada válida a desapropriação”.⁴² O autor exemplifica, ainda, a necessidade pública como situações que visem atender demandas de socorro público, calamidade ou salubridade pública, ou que prezem pela segurança pública.

Maria Di Pietro ratifica que resta pacificado um caso de necessidade pública quando tratar-se de imbróglgio inadiável e tormentoso, de maneira que não cabe a procrastinação da Administração Pública, sendo inescusável sua imediata resolução, havendo a necessidade de agregar o bem particular ao Estado.⁴³

No tocante à utilidade pública, Hely Lopes enuncia que “[...] a utilidade pública apresenta-se quando a transferência de bens de terceiros para a Administração é conveniente, embora não seja imprescindível”.⁴⁴

José Madeira define a desapropriação por motivo de utilidade pública como uma situação de normalidade, porém vantajosa para a consecução de algum fim que o Poder Público deseje realizar, pois objetiva beneficiar a coletividade,

⁴⁰ MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Administração pública*: tomo II. 13. ed. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 2015. p. 85.

⁴¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 616.

⁴² MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Administração pública*: tomo II. 13. ed. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 2015. p. 91.

⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

⁴⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 616.

proporcionando uma melhoria à realidade posta.⁴⁵ Partindo dessa premissa, Jose Madeira defende que a utilidade pública “tem o conceito mais amplo e pode abarcar todos os casos de necessidade pública e mais os tidos como de utilidade pública”.⁴⁶

Contudo, não há consenso, na comunidade acadêmica que estuda a desapropriação, acerca da real diferenciação entre utilidade pública e necessidade pública, e tal entendimento se fortalece quando se observa que não há lei específica para tratar sobre necessidade pública e esta é timidamente inserida na lei que versa sobre utilidade pública, como bem explica Eurico Sodré:

Nenhuma causa existe para estabelecer diferença entre a verificação de uma necessidade pública e a verificação de uma utilidade pública. Se esta é suficiente para induzir a uma desapropriação, mais o será aquela, na escala dos motivos determinantes – se é que estes se graduam na vida administrativa – que se reveste de maior urgência ou indeclinabilidade. Necessidade e utilidade pública se equiparam quando se trata de desapropriar, podendo por isto, ser consideradas como sinônimos para esse efeito. Tanto isto é certo que a lei vigente – Decreto-Lei nº 3.365/1941 – aboliu a distinção entre elas, catalogando como utilidade pública todos os casos outrora contemplados como de necessidade pública, nas leis extravagantes do Código Civil.⁴⁷

O Decreto-Lei nº 3.365/41, assim, entrelaçou em um só instrumento as hipóteses de utilidade pública e necessidade pública, de modo a fundir as duas categorias, consubstanciando a proximidade destas.⁴⁸

Resta clara a dificuldade de constituir diferenciação nítida entre a utilidade pública e a necessidade pública, partindo de uma Constituição que não as define e de lei que versa sobre ambas indistinta e simultaneamente, de maneira a mesclar as hipóteses de incidência de ambas.⁴⁹

Acerca do interesse social, Hely Lopes expõe que:

O interesse social ocorre quando as circunstâncias impõem a distribuição ou o condicionamento da propriedade para seu melhor aproveitamento, utilização ou produtividade em benefício da coletividade, ou de categorias sociais merecedoras de amparo específico do Poder Público. [...] O que convém assinalar, desde logo, é que os bens desapropriados por interesse social não se destinam à Administração

⁴⁵ MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Administração pública*: tomo II. 13. ed. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 2015.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 91.

⁴⁷ SODRÉ, Eurico. *A desapropriação*. São Paulo: Saraiva, 1955. p. 51.

⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

⁴⁹ MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Administração pública*: tomo II. 13. ed. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 2015.

ou a seus delegados, mas sim à coletividade ou, mesmo, a certos beneficiários que a lei credencia para recebê-los e utilizá-los convenientemente.⁵⁰

Corroborando com o entendimento supracitado, José Madeira afirma que, “no interesse social, não se cogita do interesse geral do povo e muito menos do interesse do poder público, perquirindo-se tão somente o fim social almejado pelo procedimento expropriatório”; e segue:

O motivo de interesse social aparece sempre que o poder público expropria com o escopo de resolver um problema social, seja colimando a melhoria das condições da vida, seja objetivando a melhor distribuição da riqueza, ou mesmo com a finalidade de assegurar a um maior número de pessoas o progresso econômico, a fim de melhorar a produtividade em benefício da população.⁵¹

Seabra Fagundes traz à tona que desnecessário seria a tripartição em causas justificativas do direito de desapropriar, tendo em vista que o conceito de utilidade pública goza de tamanha amplitude que justifica por si a incorporação ao patrimônio estatal da propriedade privada, pois “a utilidade não implica necessariamente necessidade ou interesse social (em sentido estrito); mas o procedimento que for de necessidade pública ou de interesse social será forçosamente de utilidade pública”.⁵²

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a compreensão supracitada (que é de período anterior a 1988) passa a ser inválida, pois desconsidera que a finalidade da desapropriação por utilidade pública é satisfazer a demandas da Administração Pública e a finalidade da desapropriação por interesse social se volta ao atendimento dos pleitos sociais, como já explanado acima por Hely Lopes e José Madeira.

4 A aplicabilidade das leis desapropriatórias em face do advento da Constituição Federal de 1988

Satisfazendo ao artigo 37 da Constituição Federal de 1988,⁵³ que determina o cumprimento do princípio da legalidade, para execução da desapropriação

⁵⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 616.

⁵¹ MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Administração pública*: tomo II. 13. ed. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 2015. p. 92.

⁵² FAGUNDES, Miguel Seabra. Da desapropriação no direito constitucional brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 14, 1948. p. 2. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/10786>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

⁵³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

hoje, aplicam-se o Decreto-Lei nº 3.365/41,⁵⁴ a Lei nº 4.132/62,⁵⁵ o Decreto-Lei nº 25/37⁵⁶ e a Lei nº 10.257/01.^{57 58} Após a análise de toda a legislação administrativa que atualmente contempla a desapropriação por motivo cultural, observa-se que o Decreto-Lei nº 3.365/41, a Lei nº 4.132/62 e o Decreto-Lei nº 25/37 foram publicados antes da Constituição Federal de 1988, e, portanto, carecem de atenção no tocante à evolução da abrangência do que se entende por patrimônio cultural.

O legislador, ao elaborar a Constituição Federal de 1988, considerou a inestimável importância da cultura na vida dos brasileiros, diferentemente das Constituições Federais de 1934 e 1937, que se reportavam de modo simplista e superficial, e dissertou acerca da constituição do patrimônio cultural de modo a compreender suas plúrimas formas.⁵⁹ Como resultado, tem-se o artigo 216 da Carta Magna,⁶⁰ que contemplou e protegeu a riqueza intrínseca ao patrimônio cultural como segue:

Art. 216 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 brasileira, 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.

No presente artigo, optou-se por dar enfoque aos bens materiais, de modo a analisar as questões atinentes à legislação vigente *versus* a abrangência inaugurada pela Constituição Federal de 1988 dentro da ambiência do patrimônio

⁵⁴ Especificamente o artigo 5º, alíneas “k”, “l” e “m”.

⁵⁵ Especificamente o artigo 2º, inciso VIII.

⁵⁶ Especificamente o artigo 19, §1º.

⁵⁷ Especificamente os artigos 7º e 8º.

⁵⁸ BRASIL. *Lei nº 10.257*, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 2 nov. 2017.

⁵⁹ BRAGA, Janine de Carvalho Ferreira; SALDANHA, Bianca de Souza. O direito cultural como elemento emancipatório e civilizatório e a efetivação da proteção do patrimônio cultural no Brasil. In: WENCZENOVICZ, Thais J.; COSTA, Alexandre B.; CUNHA, Leandro R. da (Org.). *Sociologia, antropologia e cultura jurídicas II*. Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=270>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

⁶⁰ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

cultural, destacando os pontos que carecem da atenção do Poder Legislativo e do Poder Executivo, como segue.

4.1 Os prazos das leis desapropriatórias e a vulnerabilidade intrínseca ao patrimônio cultural

O bem que é considerado patrimônio cultural alça esse patamar por representar a história de um local, de um povo, de um grupo. Para isso, no mais das vezes é um bem antigo, que teve importância em determinada época e até a atualidade ressoa socialmente. Em se tratando de bem construído de longa data, emerge nesse contexto a necessidade de primar-se por sua integridade, pois este adentra a esfera da vulnerabilidade.

Desconsiderar tal premissa desemboca no risco de sofrer prejuízos decorrentes da completa ruína ou parcial deterioração do patrimônio cultural, e, por conseguinte, submeter-se ao risco de jamais reaver o bem destruído, ou reavê-lo parcialmente e mediante alto custo financeiro, servindo-se de contratação de mão de obra especializada, da compra de materiais específicos etc. E, chegando à fática situação de derrocada do bem, trazendo a contundente perda social, o Poder Público seria o responsável por esta lastimável privação?

Considerando que a desapropriação por utilidade pública⁶¹ pode levar até cinco anos para se efetivar, a desapropriação por interesse social⁶² tem até dois anos para se perfazer e que a desapropriação em prol da política urbana⁶³ só pode ser declarada após cinco anos de incidência de majoração da alíquota do IPTU, indaga-se sobre a efetividade das leis desapropriatórias vigentes dentro da conjuntura cultural.

Resta claro que as leis vigentes e utilizadas para efetivar a desapropriação de bens culturais, no tocante a prazos, não são deveras céleres para atender à demanda da vulnerabilidade intrínseca ao patrimônio cultural, cabendo ao legislador debruçar-se sobre a presente questão e elaborar lei que oferte procedimentos compatíveis com sua situação de risco, como também prazos que observem a realidade de urgência pulsante da salvaguarda cultural.

⁶¹ Artigo 5º, alíneas “k”, “l” e “m”, do Decreto-Lei nº 3.365/41.

⁶² Artigo 2º, VIII, da Lei nº 4.132/62.

⁶³ Artigos 7º e 8º, da Lei nº 10.257/01.

4.2 A desapropriação por interesse social e a reforma agrária na Lei nº 4.132/62

A CF/88 traz em seu artigo 184 – inserido no Capítulo III, Da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária – a desapropriação sancionatória, em que, quando não atendida a função social da propriedade e configurado o interesse social, a propriedade, ressalvadas as hipóteses do art. 185, deve ser desapropriada, devendo tal premissa ser tratada em lei específica.

A Lei nº 4.132/62,⁶⁴ assim, regulamenta as hipóteses de desapropriação por interesse social, e, no artigo primeiro da referida lei, estabelece que “a desapropriação por interesse social será decretada para promover a justa distribuição da propriedade ou condicionar o seu uso ao bem-estar social”.

Ascende aqui a necessidade de observar-se que na referida lei o interesse social é mais fortemente entendido como uma questão econômica, ou seja, a norma combate o latifúndio improdutivo e pretende propiciar o bem-estar social através da retirada do imóvel do dono que não o utiliza diretamente para sua subsistência, transferindo-o para quem tanto necessita e supostamente fará bom uso. Tal premissa se alicerça na imprescindibilidade de atendimento da função social da propriedade.

Vale ressaltar que, para a aferição de *status* de produtividade ou improdutividade da propriedade, o Poder Público deve considerar a média de produção da região, bem como as condições de mercado, a situação do solo e as condições climáticas.⁶⁵

O interesse social aparece como evidente sentido técnico, destinado a atender uma determinada classe social prejudicada e desfavorecida cujo problema socioeconômico compete ao Poder Público tentar resolver, interferindo, então, na propriedade particular improdutiva, buscando solucionar o conflito verificado entre o indivíduo e a classe social menos favorecida, lançando mão do instituto da desapropriação, portanto, por interesse social, no momento em que o indivíduo renite em dar à sua propriedade uma função social.⁶⁶

Nesse contexto, faz-se necessário questionar: para além do viés econômico, existem outras questões que se configuram como de interesse social? Em caso positivo, estas são atendidas pela lei vigente? Em situação em que exista um

⁶⁴ BRASIL. *Lei nº 4.132*, de 10 de setembro de 1962. Define os casos de desapropriação por interesse social e dispõe sobre sua aplicação. Disponível em: <<http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/109257/lei-4132-62>>. Acesso em: 1º nov. 2017.

⁶⁵ GOMES, Fábio Bellote. *Elementos de direito administrativo*. Barueri: Manole, 2006. p. 152.

⁶⁶ MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Administração pública*: tomo II. 13. ed. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 2015. p. 93.

reconhecido clamor social pelo usufruto de um bem que tenha imensurável representação e importância histórica para a comunidade local, mas esteja em poderio particular e não esteja sendo utilizado sequer pelo proprietário, é possível ser efetuada a desapropriação aplicando-se a Lei nº 4.312/62?

Observa-se, assim, que a lei supracitada é silente à possibilidade de promoção de desapropriação que vai além da finalidade de ter retorno financeiro e que adentra a esfera do que possa ser de relevante interesse social, culturalmente falando. Isso posto, tem-se que a Lei nº 4.132/62 claramente dá maior enfoque à reforma agrária e pouco se preocupa com outras demandas que configurem interesse social.

4.3 A desapropriação cultural por interesse social e o desenvolvimento de atividades turísticas na Lei nº 4.132/62

A Lei nº 4.132/62⁶⁷ dispõe sobre os casos de desapropriação por interesse social, e, apenas no inciso VIII do artigo 2º, toca a esfera dos bens culturais e de maneira simplista, pois apenas admite o condão turístico como fator justificador da desapropriação.

Ora, é indiscutível que, ao desapropriar um bem e o mesmo entrar para o escopo do patrimônio público – passando a gozar de verbas voltadas para sua conservação e manutenção – tem-se uma situação de privilégio sobre o fruir de um bem que era restrito a um ou poucos, e agora, aberto à sociedade e bem cuidado, há de ser atrativo e convidativo à população, desembocando numa maior visitação, numa criação de um núcleo turístico, ou numa valorização de polo turístico já existente.

Porém, restringir a desapropriação por interesse social apenas ao condão turístico é deveras perigoso, pois fecha os olhos às outras tantas possibilidades que atendem ao que vem a ser de interesse da sociedade, gerando inquietudes e questionamentos, como: um bem que tenha reconhecida importância social para uma comunidade local de uma cidade, porém esteja situado em bairro não turístico (de difícil acesso ou pouco conhecido no cenário daqueles que visam a roteiros de entretenimento), não gozará das benesses proporcionadas pela Lei nº 4.132/62? A única forma de contemplar o interesse social, mediante uma desapropriação, é incorporar ao bem um valor interessante e convidativo para aqueles que moram fora da cidade? Para além do turismo quais as outras possibilidades de ganho social com a desapropriação por motivo cultural?

⁶⁷ BRASIL. *Lei nº 4.132*, de 10 de setembro de 1962. Define os casos de desapropriação por interesse social e dispõe sobre sua aplicação. Disponível em: <<http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/109257/lei-4132-62>>. Acesso em: 1º nov. 2017.

Olhando pelo prisma social, observa-se que, ao consumir uma desapropriação com o fito de alavancar exclusivamente o turismo local, a Administração Pública pode minar a teia social de subsistência até então tecida, tendo em vista que executa a retirada de famílias que ali estão estabelecidas há muitos anos e que, por vezes, tiram o seu sustento a partir de sua localização privilegiada, ocasionando um grande dispêndio social.⁶⁸

Vale ressaltar que não se pretende condenar aqui a possibilidade (e a importância) de arrecadação do Estado a partir da desapropriação e todo o investimento feito para tal, e sim voltar olhares a situações em que, mesmo sem um futuro retorno financeiro para o Poder Público, há a imprescindibilidade de desapropriação, pois resta constatada a importância cultural de certo bem.

Visar à desapropriação apenas para o desenvolvimento turístico, como estipulado na lei supracitada, bota em xeque se o intuito da desapropriação por motivo cultural é realmente atender ao interesse social ou se é, na verdade, atender a uma política que intencione uma maior arrecadação de impostos devido ao aumento de circulação de pessoas no local, evidenciando um viés econômico disfarçado de social.

4.4 A interpretação das leis desapropriatórias segundo a proposta da ADPF nº 206

Em decorrência da completa inércia legislativa no tocante à adequação das leis e decretos que tutelam a desapropriação de bem cultural, após a instauração da Constituição Federal de 1988 e sua inegável evolução no conceito cultural, emerge a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 206,⁶⁹ ajuizada em 07 de janeiro de 2010 pelo Ministério Público Federal (MPF), que provoca o Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da interpretação do Decreto-Lei nº 25/37.⁷⁰ A procuradora-geral da república em exercício, Sandra Cureau, indica que se faz necessário interpretar o referido Decreto-Lei em consonância com os artigos 215 e 216 da CF,⁷¹ sob pena de “violação dos preceitos da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da legalidade (art. 5º, inciso II), do planejamento urbano

⁶⁸ PAIVA, Carlos Magno de Souza. A (in)eficácia da desapropriação de bens culturais edificados. In: DIAS, Maria T. F.; PAIVA, Carlos M. de S. (Org.). *Direito e proteção do patrimônio cultural imóvel*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

⁶⁹ BRASIL. Ministério Público Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 206*. 2010. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/ADPF%20206%20-%20patrimonio%20-%20DL%2025-1937.pdf/view>. Acesso em: 26 nov. 2017.

⁷⁰ BRASIL. *Decreto-Lei nº 25*, de 30 de novembro de 1937. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De10025.htm>. Acesso em: 2 nov. 2017.

⁷¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

sustentado e, especialmente, dos direitos fundamentais de dimensão coletiva e expressão da fraternidade: a proteção do patrimônio cultural”.

Na ADPF nº 206⁷² constata-se que o Decreto-Lei nº 25/37⁷³ “é um marco legal que institui o tombamento no contexto brasileiro”, porém, por ter entrado em vigor em 1937, traz consigo, de forma “bastante arraigada, uma noção de ‘bem patrimonial’ vinculada apenas, ou com uma ênfase maior, à questão da excepcionalidade de seu valor intrínseco, estético, memorável ou notável”, como disposto em seu artigo 1º transcrito a seguir:

Art. 1º Constitui o Patrimônio Histórico e Artístico Nacional o conjunto dos 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.

Sandra Cureau⁷⁴ explica que o artigo 1º do Decreto-Lei nº 25/37 não é suficiente para contemplar a ampla e complexa gama de manifestações que compõem o patrimônio cultural, entendimento este que aflorou a partir de 1980, quando o patrimônio cultural foi entendido como “fator, produto ou imagem de constituição e identidade dos povos” e diretamente vinculado “ao sentido de pertença à preservação de sua memória”, desembocando numa “radical mudança de perspectiva de proteção: de um simples dever ou tarefa do Estado [...], converte-se em direito fundamental de dimensão coletiva e expressão da fraternidade” e que tem fundamentos internacionais advindos da Convenção Europeia para a Proteção do Patrimônio Arqueológico, da Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Arquitetônico da Europa, do Conselho da Convenção Europeia sobre o Valor do Patrimônio para a Sociedade e da Convenção de Nairóbi, realizada pela Unesco em 1976.

O que importa, agora, é a atenção especial que se dá à cultura material e imaterial dos grupos sociais formadores da sociedade, a tomarem-se por referentes à ação, à identidade e à memória de tais grupos. É claro que o fundamento estético não foi extirpado da Constituição Federal de 1988. Porém deixa de ser único e essencial. Os bens protegidos são assim testemunhos, documentos simbólicos e etnográficos do mosaico social do Brasil. Com este enfoque, não é

⁷² BRASIL. Ministério Público Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 206*. 2010. Disponível em: <http://noticias.pgr.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/ADPF%20206%20-%20patrimonio%20-%20DL%2025-1937.pdf/view>. Acesso em: 26 nov. 2017.

⁷³ BRASIL. *Decreto-Lei nº 25*, de 30 de novembro de 1937. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0025.htm>. Acesso em: 2 nov. 2017.

⁷⁴ BRASIL. Ministério Público Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 206*. 2010. Disponível em: <http://noticias.pgr.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/ADPF%20206%20-%20patrimonio%20-%20DL%2025-1937.pdf/view>. Acesso em: 26 nov. 2017.

possível uma limitação à simples percepção ótica, isolada e excepcional do bem, como de costume se fazia ao associar seu valor a um fato ou personagem memorável da história oficial do país (como é de praxe interpretar-se a expressão “histórico”).⁷⁵

Por fim, o MPF deixa claro que a referida ADPF⁷⁶ não preconiza a “retirada do ato normativo editado pelo poder competente, mas sim, sua manutenção no ordenamento jurídico” desde que conceba “conteúdo interpretativo compatível com o atual texto constitucional”.

Ainda nesse contexto de análise da legislação administrativa desapropriatória por valor cultural, porém voltando olhares ao Decreto-Lei nº 3.365/41 e a Lei nº 4.132/62, Fernando Silva e Marcelo Sartori, colocam que:

[...] o instituto da desapropriação por utilidade pública ou interesse social, previsto no Decreto-Lei número 3.365/41 e no Decreto-Lei número 4.132/62, continua a ser aplicado na proteção dos bens culturais. Entretanto, interpretamos que as disposições legais referentes à proteção daqueles bens não foram recepcionadas pela Constituição Federal de 1988, pelo fato de que o conceito de patrimônio e os seus bens constitutivos e característicos são mais amplos que o previsto nas constituições de 1937, de 1945, e de 1967, que deram fundamentos àqueles diplomas legais.⁷⁷

Ocorre que, caso uma lei seja considerada não recepcionada, por ser contrária à nova ordem, a mesma, impreterivelmente, torna-se, em termos de efeito, revogada e por ter sido entendida como inconstitucional, pelo advento de uma nova Constituição, que deu novo disciplinamento à matéria.⁷⁸ Dessa forma, combate-se a interpretação supracitada de que tais leis não foram recepcionadas e entende-se que exista, na verdade, uma inconstitucionalidade por omissão e não uma incompatibilidade de conteúdo.

A proposta da ADPF nº 206, de que o STF atribua ao Decreto-Lei nº 25/37 uma interpretação em conformidade aos artigos 215 e 216 da CF, é, então, mais viável e plenamente possível, em decorrência da técnica da interpretação conforme a Constituição, pois, como definido por Luís Barroso, comporta a “escolha de uma

⁷⁵ *Ibidem*, p. 12.

⁷⁶ BRASIL. Ministério Público Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 206*. 2010. Disponível em: <http://noticias.pgr.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/ADPF%20206%20-%20patrimonio%20-%20DL%2025-1937.pdf/view>. Acesso em: 26 nov. 2017.

⁷⁷ SILVA, Fernando Fernandes da; SARTORI, Marcelo Vanzella. A desapropriação e a proteção dos bens culturais no direito brasileiro. *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI*, Itajaí, v. 10, n. 1, edição especial de 2015. p. 609-610. Disponível em: <<http://www.univali.br/direitopolitica>>. Acesso em: 9 nov. 2017.

⁷⁸ FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outra ou outras possibilidades interpretativas que o preceito admita”.⁷⁹

Porém, indaga-se: o proposto pela ADPF nº 206, de que somente a interpretação em conformidade com a CF/88 é suficiente para uma adequada gestão do poder executivo ou esta medida seria apenas minimamente paliativa até a feitura de nova lei que contemple as singularidades referentes à desapropriação por motivo cultural?

4.5 O interesse social e a utilidade pública como motivações da consecução da promoção da desapropriação do patrimônio cultural

É indiscutível que a Constituição Federal de 1988 trouxe consigo o enaltecimento do condão social e a evolução da abrangência do patrimônio cultural. Contudo, no tocante à desapropriação, não se teve uma postura ativa do legislador, permanecendo em vigência as leis promulgadas antes de 1988. Resta à Administração Pública, assim, o dever de interpretar as leis em voga o mais próximo possível das diretrizes trazidas pela nova Constituição.

Historicamente, na perspectiva do Estado e da ditadura militar, proteger o patrimônio cultural era algo da utilidade pública e não do interesse social, pois visava prioritariamente (para não dizer exclusivamente) promover o governo atual, enaltecer as estruturas do poder vigente e inculcar a semente do patriotismo na população. Quando feitas ações, estas eram pensadas para atender à conveniência da Administração Pública e, quando executadas para promover a cultura, os aspectos abordados eram aqueles inerentes ao interesse da governança atual, desconsiderando as minorias ou a diversidade que é característica do Brasil.

A CF/88 veio a romper essa visão, atualizando-a, de maneira a transcender a barreira da vantagem para a Administração Pública e contemplar a demanda social, até então represada, por reconhecer que a força coletiva e o contexto social são os reais pilares da cultura. De sorte que a política cultural abandona o caráter de prestigiar somente ao Poder Público e abre o devido espaço à reverência dos bens reconhecidos como históricos, dos saberes populares, das tradições, das linguagens, das práticas etc.

Em decorrência da reformulação de concepção e do reconhecimento da teia cultural, tem-se como resultado uma mudança no Direito Administrativo, pois este permanece sendo o responsável por viabilizar o incentivo e a promoção da cultura,

⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 94.

porém, a localização do ato foi alterada, ou seja, proteger patrimônio cultural, que era puramente um ato administrativo, após a CF/88, passa a ser um ato cultural afirmador não de uma utilidade pública, mas de interesses sociais.

O Direito Administrativo, então, passa a dialogar com os Direitos Culturais e não apenas fica adstrito ao interesse público, entendido numa concepção mais antiquada. Nitidamente percebe-se que a CF/88 contempla a proteção ao patrimônio cultural não como política de afirmação do Estado perante os cidadãos e sim para que o cidadão possa se reconhecer como membro e componente de uma comunidade cultural. Assim, observa-se que há uma mudança de polo no tocante à justificativa da desapropriação, qual seja, a desapropriação por interesse social – abrangendo as questões da sociedade – é de muito mais valia que a desapropriação por utilidade pública – que prima pela conveniência do Estado.

Tal entendimento pode ser ratificado pela própria definição de desapropriação por interesse público, pois, reforçando o que foi ilustrado no item 3, Hely Lopes acentua que, em se tratando da desapropriação por interesse social, o bem desapropriado de forma alguma deve servir aos interesses da Administração Pública (nem direta e nem indiretamente), pois essa motivação deve ser empregada quando se tratar de desapropriação em benefício da coletividade ou de uma fatia específica da sociedade, a depender do caso concreto. Corroborando com tal entendimento, José Madeira deixa claro que, na ação de desapropriação que tenha como motivação o interesse social, não há nem que se cogitar o interesse da Administração Pública, havendo de focar somente na finalidade social.

Destarte, após mergulhar nos conceitos de utilidade e interesse social – e de entender a utilidade pública como direcionada aos interesses da Administração Pública e o interesse social como destinado a atender questões sociais – tem-se nas leis vigentes a motivação suficiente e adequada para promover a desapropriação por motivo cultural? Ou a substância da desapropriação cultural está, na verdade, sendo hoje empregada como utilidade pública quando deveria estar consubstanciada no interesse social?

A atuação do Poder Público, no tocante à satisfação da salvaguarda do patrimônio cultural, deve primar por aparatos, instrumentos e normas que sejam condizentes à especificidade que é inerente à demanda cultural, de maneira que, se estes estiverem desatualizados ou em desarmonia com a referida demanda, devem ser modernizados e cadenciados para, enfim, atender devidamente à tutela desse patrimônio.⁸⁰ Resta claro, assim, que, em se tratando de novo padrão interpretativo do termo *interesse social* com a CF/88, as leis vigentes não estão suficientemente adequadas por contemplarem referências defasadas, carecendo

⁸⁰ SOARES, Inês Virgínia Prado. *Direito ao (do) patrimônio cultural brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

de atenção do legislador e a conseqüente feitura de lei que abranja a singularidade do patrimônio cultural a ser desapropriado pela motivação do interesse social.

Resta pacificado que, no cenário jurídico, há grande discussão pelos estudiosos do tema sobre a compatibilidade e/ou incompatibilidade das leis desapropriatórias com a real e latente necessidade de proteção ao patrimônio cultural. E questiona-se a suficiência do enquadramento da desapropriação por motivo cultural com base somente em leis que a classifiquem como de utilidade pública, interesse social, medida posterior ao tombamento e em prol da política urbana.

Considerando que, como já evidenciado nesta pesquisa, os prazos das leis vigentes, que abarcam a desapropriação por motivo cultural não levam em consideração a vulnerabilidade intrínseca ao patrimônio cultural, que a Lei nº 4.132/62 foca prioritariamente o interesse social como demanda de reforma agrária, ou, de maneira simplista, aborda a desapropriação cultural apenas como meio para o desenvolvimento de atividades turísticas, que, com a evolução da abrangência do patrimônio cultural pela Constituição Federal de 1988 e a inércia na elaboração de novas leis, fez-se primordial e salutar a proposta da ADPF nº 206 que clama por minimamente uma interpretação compatível com a realidade existente e que as motivações de interesse social e de utilidade pública estão sendo usadas pela Administração Pública em descompasso com o que é atribuído na CF/88, indaga-se sobre o grau de satisfatoriedade das leis desapropriatórias vigentes.

Corroborando com esse entendimento, Inês Soares afirma que a previsão normativa que trata sobre a proteção ao patrimônio cultural “não é acompanhada por mecanismos e instrumentos que garantam, em termos práticos, a tutela efetiva dos bens culturais”,⁸¹ pois concebe que os bens culturais têm como características a singularidade e a vulnerabilidade, de modo que a morosidade na ação protetiva pode ter grandes repercussões.

Inês Soares explica ainda que “a matéria de patrimônio cultural se caracteriza por uma série de especificidades que fogem inteiramente ao domínio das áreas jurídicas tradicionais, mesmo as que lidam com direitos coletivos e difusos”, e somente quando verdadeiramente compreendida “a situação de risco e fragilidade a que está submetido o patrimônio cultural” poderão ser viabilizados “instrumentos e mecanismos protetivos dos bens culturais que possam ser definidos e utilizados de maneira efetiva”.⁸²

⁸¹ SOARES, Inês Virgínia Prado. *Direito ao (do) patrimônio cultural brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 119.

⁸² *Ibidem*, p. 282.

Conclusão

Ao cabo desse estudo, conclui-se que efetivamente a Constituição Cidadã promoveu, no campo da proteção patrimonial, o transporte da fundamentação de tal prática da notoriedade dos bens e de sua serventia como ícones de identidade cultural para o da referencialidade aos modos de criar, fazer e viver dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira, o que, para efeitos de desapropriação, estabelece um novo critério interesse social, *sui generis*, porque, em uma dimensão mais pragmática, o patrimônio cultural tem como peculiaridade a grande possibilidade de perder-se, deteriorar-se, descaracterizar-se, esvair-se, de modo prematuro quando não é devidamente cuidado, protegido e fomentado, e, nessa circunstância, carece de rapidez na atuação estatal quanto ao andamento da tutela protetcionista.

Depreende-se, assim, da pesquisa realizada e como resposta direta ao questionamento formulado na introdução, que a legislação administrativa utilizada hoje para promover a desapropriação por motivo cultural não é suficiente e nem adequada para abarcar a demanda de salvaguarda do patrimônio cultural, até mesmo porque as leis e decretos-leis que hoje possibilitam a concretização da desapropriação por motivo cultural são, em sua maioria, datadas de período anterior à Constituição Federal de 1988 e, por essa razão, trazem embutidos um modelo simplista de bem patrimonial (como explicitado no artigo 1º do Decreto-Lei nº 3.365/62) que era comum à época, não há como permanecer aplicando-os e acreditar ser modo de atuação estatal suficiente e satisfatório.

Hoje, com a aplicação dos prazos de até cinco anos para a desapropriação por utilidade pública, até dois anos para a desapropriação por interesse social, e até dois anos para a desapropriação em prol da política urbana (que só pode ser declarada impreterivelmente após cinco anos de incidência de majoração da alíquota do Imposto sobre Propriedade Territorial e Urbana – IPTU, de modo a contabilizar sete anos no total), constata-se que os instrumentos atuais podem ser usados, como o são, para promover a desapropriação por valor cultural, porém deixam a desejar, pois os longos prazos para efetivação da desapropriação na seara cultural desconsideram completamente a situação de fragilidade em que se molda a querela patrimonial.

Verifica-se que o pleito da ADPF nº 206, ajuizada pelo Ministério Público Federal, que demanda ao Supremo Tribunal Federal a interpretação do Decreto-Lei nº 25/37 condigna aos artigos 215 e 216 da Constituição Federal de 1988, desponta como um despertar nesse imbróglcio de leis ultrapassadas sendo aplicadas até os dias de hoje. Porém, considera-se que a referida proposta da ADPF nº 206, embora plausível e necessária no contexto atual de instrumentalização deficitária, é, de todo modo, ainda insuficiente para satisfazer a situação *sui generis* pertencente ao patrimônio cultural.

Vislumbra-se, assim, a latente necessidade de feitura de lei que verse exclusivamente sobre a desapropriação como instituto de proteção ao patrimônio cultural, sistematizando o processo declaratório e determinando prazos condizentes à tutela patrimonial, de modo a contemplar as peculiaridades que lhe são pertinentes, aproximar a realidade da aplicabilidade, abranger sua constituição como instituído na Constituição Federal de 1988, concretizar o direito fundamental à cultura, efetivar o acesso à cultura e resguardar a memória coletiva.

Referências

ALVES, Rafael de Oliveira. Desapropriação para preservação cultural: limites e possibilidades. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Org.). *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRAGA, Janine de Carvalho Ferreira; SALDANHA, Bianca de Souza. O direito cultural como elemento emancipatório e civilizatório e a efetivação da proteção do patrimônio cultural no Brasil. In: WENCZENOVICZ, Thais J.; COSTA, Alexandre B.; CUNHA, Leandro R. da (Org.). *Sociologia, antropologia e cultura jurídicas II*. Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=270>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da república federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 25*, de 30 de novembro de 1937. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De10025.htm>. Acesso em: 2 nov. 2017.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.365*, de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13365.htm>. Acesso em: 17 out. 2017.

BRASIL. *Novo Código Civil. Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 out. 2017.

BRASIL. *Lei nº 4.132*, de 10 de setembro de 1962. Define os casos de desapropriação por interesse social e dispõe sobre sua aplicação. Disponível em: <<http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/109257/lei-4132-62>>. Acesso em: 1 nov. 2017.

BRASIL. *Lei nº 10.257*, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 2 nov. 2017.

BRASIL. Ministério Público Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 206*. 2010. Disponível em: <http://noticias.pgr.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/ADPF%20206%20-%20patrimonio%20-%20DL%2025-1937.pdf/view>. Acesso em: 26 nov. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

FAGUNDES, Miguel Seabra. Da desapropriação no direito constitucional brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 14, 1948. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/10786>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

- GOMES, Fábio Bellote. *Elementos de direito administrativo*. Barueri: Manole, 2006.
- HARADA, Kiyoshi. *Desapropriação: doutrina e prática*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- LEAL, César Barros. *A função social da propriedade*. Fortaleza: Imprensa Oficial do Ceará, 1981.
- MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Administração Pública*: tomo II. 13. ed. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 2015.
- MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração universal dos direitos humanos*. 1948. Disponível em: <www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2017.
- PAIVA, Carlos Magno de Souza. A (in)eficácia da desapropriação de bens culturais edificados. In: DIAS, Maria T. F.; PAIVA, Carlos M. de S. (Org.). *Direito e proteção do patrimônio cultural imóvel*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- RAMOS, Livia Nogueira. *Desapropriação direta e indireta*. 2007. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9596-9595-1-PB.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2017.
- SILVA, Fernando Fernandes da; SARTORI, Marcelo Vanzella. A desapropriação e a proteção dos bens culturais no direito brasileiro. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de pós-graduação *stricto sensu* em ciência jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 10, n. 1, edição especial de 2015. Disponível em: <<http://www.univali.br/direitopolitica>>. Acesso em: 9 nov. 2017.
- SOARES, Inês Virgínia Prado. *Direito ao (do) patrimônio cultural brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- SODRÉ, Eurico. *A desapropriação*. São Paulo: Saraiva, 1955.
- SOUZA, Marcos Antônio Cardoso de. *Da desapropriação indireta: análise da legalidade da exigência de precatório para o pagamento das parcelas indenizatórias*. 2010. Dissertação. (Mestrado em Direito). Mestrado em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Fortaleza.
- TARTUCE, Flávio. A função social da posse e da propriedade e o direito civil constitucional. *Ciência Jurídica*, Belo Horizonte, v. 21, n. 134, p. 406-411, 2007.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CUNHA FILHO, Francisco Humberto; SALDANHA, Bianca de Souza. A desapropriação como instituto de proteção ao patrimônio cultural e análise da legislação aplicável. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 197-224, jan./mar. 2018. DOI: 10.21056/aec.v18i71.501.
