

O TOMBAMENTO COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO CULTURAL

ALEXANDRE FERREIRA DE ASSUMPTÃO ALVES*

RESUMO

Análise do instituto do tombamento associado à proteção constitucional ao patrimônio cultural e seus vários aspectos. O texto apresenta a contribuição da doutrina sobre o tema e decisões de Tribunais brasileiros.

PALAVRAS-CHAVE: Patrimônio Cultural. Tombamento. Direito de Propriedade.

ABSTRACT

Analysis of the institute of the “tombamento” (legal protection to the cultural inheritance) associated to the constitutional protection to the cultural inheritance and his several aspects. The text presents the contribution of the doctrine on the subject and decisions of Brazilian Courts

KEYWORDS: Cultural inheritance. Legal protection. Rights of Property.

* Doutor em Direito Civil. Professor Adjunto nas Faculdades de Direito da UERJ e da UFRJ. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Noção e finalidade do tombamento. 2. Preservação e tombamento. 3. Extensão do tombamento e Competência. 4. Histórico da preservação aos bens culturais no Brasil. 5. O objeto material do tombamento. 6. O tombamento de bens imateriais. 7. Natureza jurídica do tombamento. 8. Ato declaratório ou constitutivo? 9. Ato discricionário ou vinculado? Referências.

Introdução

A preocupação dos cidadãos com o tema preservação é recente e ainda bastante tímida, se comparada a outras nações; no entanto, paulatinamente vai ganhando força uma consciência “ecológica e cultural” que, se espera, seja transmitida às gerações futuras. Não obstante, em sede jurídica, a tutela dos bens materiais que integram o patrimônio cultural e paisagístico já existe e está consolidada de longa data, inclusive em sede constitucional, embora a Constituição de 1988 tenha sido aquela que mais amplamente tratou do assunto.

Dentre as várias formas de ação do Estado em prol da manutenção do patrimônio cultural, destaca-se aquela mais comum e mais antiga: o tombamento, instituto considerado num grau inicial em matéria de intervenção pública na propriedade privada, pois não expropria, mas também não permite ao titular do domínio o exercício pleno das faculdades ou senhorias da propriedade.

A exposição procura apresentar o tombamento inserido no sistema de proteção constitucional aos bens de reconhecido valor histórico, cultural ou ambiental, enfocando a questão sob uma perspectiva crítica e relacionando-o com o direito de propriedade, mas também examinando sua natureza jurídica e seus fundamentos. Merecem análise particular o tombamento de bens imateriais,

medida recente adotada pelo governo federal, ampliando o objeto material do instituto e a natureza das obrigações impostas aos proprietários dos imóveis ou bens tombados.

Ao longo da exposição serão apresentadas as conclusões sobre aspectos controvertidos.

1. Noção e finalidade do tombamento

O tombamento é um instrumento jurídico de proteção ao patrimônio natural e cultural. Quando uma pessoa é proprietária de um bem de valor para a cultura do país, o Estado pode intervir e sujeitá-la a um regime especial de tutela, usando de seu domínio eminente no cumprimento do dever de proteção à cultura. Esta limitação ao direito de propriedade é consentânea com vários dispositivos constitucionais que, em conjunto, atribuem uma função social à propriedade (arts.5º, XXIII, 170, III, e 182, § 2º).

Procura-se através da medida evitar que o proprietário faça alterações, ou mesmo destrua a coisa, eliminando vestígios de fatos, épocas, do interesse da sociedade, ou ainda as áreas de interesse paisagístico. É importante destacar que as restrições administrativas ao direito de propriedade não se direcionam apenas ao imóvel tombado, mas podem atingir sua vizinhança, a fim de permitir que o entorno não fique descaracterizado.

O vocábulo deriva do verbo *tombar*, que significa inscrever, individualizando, um bem móvel ou imóvel em um livro próprio na repartição federal, estadual ou municipal (Livro do Tombo)¹.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto vê no instituto do tombamento uma ação direta do Estado na propriedade privada, com caráter interventor e ordenador, “limitativa de exercício de direitos de utilização e de disposição gratuita, permanente e indelegável,

1 CRETELLA JUNIOR, José. Tombamento. In *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo, v.74, p.1-30, 1977.

destinada à preservação, sob regime especial de cuidados, dos bens de valor histórico, arqueológico, artístico ou paisagístico.”² Embora Diogo de Figueiredo Moreira Neto não mencione em sua definição, é possível o tombamento de bens públicos, realizado *ex officio* (art.5º do Decreto-Lei nº 25/37); neste caso, a autoridade administrativa que determinar o tombamento deverá notificá-lo à entidade a quem pertencer, ou à pessoa sob cuja guarda esteja a coisa tombada, sob pena de não produzir os efeitos necessários.

Nesse sentido manifestou-se a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça:

Administrativo. Imóvel em vias de ser tombado. Atos praticados no desconhecimento desse fato. O início do processo de tombamento só pode produzir efeitos a partir da data em que o respectivo proprietário ou a vizinhança dele teve ciência, pessoal ou presumida. Recurso ordinário provido. Decisão: por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento.³

O tombamento pode ser provisório ou definitivo. O primeiro ocorre a partir da notificação ao proprietário pela autoridade administrativa competente, informando-o de que a coisa que possui tem notável valor histórico, artístico ou natural; é definitivo o tombamento a partir da inscrição dos bens, separada ou agrupadamente, num dos quatro Livros do Tombo da repartição administrativa que determinou a medida (Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico; Tombo Histórico; Tombo das Belas Artes e Tombo das Artes Aplicadas). Destarte, é lícito o tombamento de uma casa, de uma rua, bairro ou até mesmo uma cidade⁴. Antes desta inscrição não é

2 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p.289.

3 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº7581/PA. Relator: Ministro Ari Pargendler. Julgamento em 05/06/1997. In Diário da Justiça de 30/06/1997, p.30970.

4 Alguns casos de tombamentos coletivos: o Centro Histórico de Salvador, o conjunto

possível o poder público exigir do particular que tome as medidas de conservação do bem tombado, impedir sua destruição, demolição ou mutilação, bem como os proprietários vizinhos ao prédio tombado não ficam proibidos de fazer construções que reduzam ou impeçam a visibilidade da coisa.

Mister se faz ressaltar que, embora seja previsto o tombamento provisório, as coisas tombadas não integram o patrimônio nacional antes de sua inscrição num dos Livros do Tombo.

O tombamento pode ser voluntário ou compulsório; em regra, assume essa modalidade. Quando o proprietário solicita a inscrição do bem num dos Livros do Tombo e a coisa passa por uma avaliação técnica que confirma seu valor histórico ou artístico, ocorre o tombamento voluntário. Também tem lugar o tombamento voluntário sempre que o proprietário anuir, por escrito, à notificação da administração pública que se lhe fizer para a inscrição da coisa em qualquer dos Livros do Tombo (art. 7º do Decreto-Lei nº 25/37).

O tombamento compulsório é feito à revelia da vontade do proprietário e, quase sempre, a questão só será dirimida pelo Poder Judiciário, ao qual cabe a apreciação do mérito do ato administrativo, não de seu fundamento, pois é dever do Estado proteger o patrimônio cultural brasileiro. O juiz não vai examinar se o poder público deveria ou não tomba, mas se a coisa pode ser tombada, isto é, se ela se reveste do “excepcional valor arqueológico, etnográfico, bibliográfico ou artístico” a que se refere o *caput* do art.1º de Decreto-Lei nº 25/37. O proprietário irrisignado pode oferecer impugnação ao tombamento; caso não o faça, a coisa

arquitetônico da Pampulha, o sítio urbano de Porto Seguro, a cidade de Ouro Preto. Merece menção, pela sua importância histórica e política para o Brasil, o tombamento determinado pelo Decreto nº 85.849, de 27 de março de 1981, que conferiu à cidade fluminense de Petrópolis o título de Cidade Imperial (art.1º). As edificações, paisagens e conjuntos, especialmente identificados pela Secretaria do SPHAN, foram inscritos nos Livros de Tombo, sendo a proteção do Poder Público extensiva aos respectivos entornos.

será inscrita no Livro do Tombo por simples despacho da autoridade administrativa. Havendo impugnação, o órgão que solicitou o tombamento terá vista do processo para opinar. Em seguida, o processo é encaminhado para o Conselho Consultivo do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ou órgão estadual ou municipal competente.

A Lei nº 6.292/75 (art.1º) determinou que o tombamento de bens com fundamento no Decreto-Lei nº 25/37 pelo IPHAN deve ser homologado pelo Ministro da Educação, após parecer do Conselho Consultivo do órgão.

2. Preservação e tombamento

Preservação é um conceito genérico. Segundo Sonia Rabello de Castro, “é toda e qualquer ação do Estado que vise conservar a memória de fatos ou valores culturais de uma nação”⁵. O tombamento é uma forma legal de preservação, mas existem outras que, inclusive, não atingem o direito de propriedade, como fomentos concedidos pela administração à conservação de bens ou à manifestações culturais ⁶. A Constituição de 1988 (art. 216, § 1º) prevê várias maneiras de proteção ao patrimônio cultural (desapropriação, inventários, registros, vigilância); em algumas delas há uma intervenção até mesmo definitiva na propriedade privada, mas outras podem ser efetivadas sem que o proprietário seja prejudicado.

Em sede legal existem várias leis que cuidam da proteção ao patrimônio cultural, sem que a tutela do Estado se faça mediante processo administrativo de tombamento. Daí se ter advertido anteriormente: o tombamento é **uma das formas** de atuação do Estado em prol da preservação dos bens culturais, mas não a única nem a mais radical. A Lei nº 3.924/61, conhecida como Lei dos

5 CASTRO, Sonia Rabello de. *O Estado na preservação de bens culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p.5.

6 Nesse sentido, destacam-se as Leis nº 7.505/86 (Lei Sarney) e 8.313/91 (Lei Sergio Paulo Rouanet).

Sambaquis⁷, exclui da propriedade privada todas as jazidas arqueológicas encontradas no subsolo, conferindo aos depósitos de sedimentos e materiais enterrados uma proteção *ex vi legis*. Num terreno onde seja descoberto um sambaqui, o proprietário não poderá ficar com nada do que seja encontrado no subsolo, desde que o tesouro seja considerado como bem de interesse científico e caiba sua preservação.

A Lei nº 3.924/61 pôs sob guarda e proteção do poder público os monumentos arqueológicos ou pré-históricos, de qualquer natureza, existentes no território nacional e todos os elementos que neles se encontram. A propriedade superficiária é regida pelo direito civil, mas não inclui a das jazidas arqueológicas ou pré-históricas, nem a dos objetos nelas incorporados.

Para os fins de proteção, consideram-se monumentos arqueológicos ou pré-históricos:

- a) as jazidas de qualquer natureza, origem ou finalidade, que representem testemunhos de cultura dos paleoameríndios do Brasil, tais como sambaquis, montes artificiais ou tesos, poços sepulcrais, jazigos, aterrados, estearias e quaisquer outras não especificadas aqui, mas de significado idêntico a juízo da autoridade competente;
- b) os sítios nos quais se encontram vestígios positivos de ocupação pelos paleoameríndios tais como grutas, lapas e abrigos sob rocha;
- c) os sítios identificados como cemitérios, sepulturas ou locais

7 Sambaqui é um depósito natural de refugos (ossos, conchas e resíduos diversos), acumulado pelo homem pré-histórico. No Brasil, concentram-se especialmente na faixa litorânea dos Estados de Santa Catarina, Paraná e São Paulo. O interesse na preservação dos sambaquis é arqueológico, já que no meio do material enterrado é possível encontrar restos de utensílios domésticos e instrumentos feitos de pedra, chifre e osso, capazes de fornecer informações sobre as condições de vida do homem pré-histórico, impondo-se a proteção do Estado para fomentar os estudos dos povos pré-históricos que habitavam o território brasileiro.

de pouso prolongado ou de aldeamento, “estações” e “cerâmios”, nos quais se encontram vestígios humanos de interesse arqueológico ou paleoetnográfico;

- d) as inscrições rupestres ou locais como sulcos de polimentos de utensílios e outros vestígios de atividade de paleoameríndios.

O proprietário de um imóvel onde estejam localizados sambaquis, casqueiros, concheiros, birbigueiras ou sernambis, bem como de um sítio onde se encontre vestígios positivos de ocupação pelos paleoameríndios, cemitérios, sepulturas ou locais de pouso prolongado ou de aldeamento, “estações” e “cerâmios”, inscrições rupestres ou locais como sulcos de polimentos de utensílios, não pode aproveitar tais bens economicamente (são coisas fora do comércio), nem destruí-los ou mutilá-los. Qualquer utilização do terreno só será permitida após a conclusão das pesquisas arqueológicas. O descumprimento dessas obrigações é considerado crime contra o patrimônio nacional (art. 5º).

Caso não haja manifestação dos proprietários de imóveis onde estão jazidas arqueológicas ou pré-históricas de qualquer natureza, requerendo o registro dos sítios no setor responsável pelo patrimônio histórico federal, estadual ou municipal, para efetuar por conta própria a pesquisa científica, as coisas neles encontradas são consideradas, para todos os efeitos, bens da União. Igual efeito sofrerão aqueles que já exploravam economicamente bens de valor arqueológico na data da publicação da lei e não solicitarem o registro do sítio, sujeitando-se à fiscalização do poder público.

Ainda na esteira da intervenção estatal na propriedade privada, a Lei nº 4.845/65 proíbe a saída do país de quaisquer obras de artes e ofícios tradicionais, produzidos no Brasil até o fim do período monárquico, abrangendo não só pinturas, desenhos, esculturas, gravuras e elementos de arquitetura, como também obras de talha, imaginária, ourivesaria, mobiliário e outras modalidades.

Também é vedada a saída para o estrangeiro de obras da mesma espécie oriundas de Portugal e incorporadas ao meio nacional durante os regimes colonial e imperial; obras de pintura, escultura e artes gráficas que, embora produzidas no estrangeiro no decurso dos períodos colonial e monárquico, representem personalidades brasileiras ou relacionadas com a história do Brasil, bem como paisagens e costumes do País.

A retirada do país de todas as obras mencionadas anteriormente é permitida, excepcionalmente, para fins de intercâmbio cultural e desde que se destinem à exposições temporárias, mediante a autorização expressa do órgão competente da administração federal, que deverá mencionar o prazo máximo concedido para o retorno.

Os proprietários que tentarem a exportação de quaisquer obras e projetos protegidos pela Lei nº 4.845/65, terão os bens seqüestrados pela União ou pelo Estado em que se encontrarem, em proveito dos respectivos museus.⁸

Completando o conjunto de normas tutelares dos bens de valor histórico e artístico nacional, ou aqueles situados no Brasil, a Lei nº 5.471/68 veda, sob qualquer forma, a exportação de bibliotecas e acervos documentais constituídos de obras brasileiras ou sobre o Brasil, editadas nos séculos XVI a XIX.

Estão incluídas na proibição legal de exportação as:

- a) obras e documentos brasileiros ou sobre o Brasil, editadas nos séculos XVI a XIX, que, por desmembramento dos conjuntos bibliográficos, ou isoladamente, hajam sido vendidos;

⁸ Em 2000, houve um caso rumoroso de descumprimento desta lei envolvendo o Presidente da República e o Vaticano. Na última visita do Papa João Paulo II ao Brasil, Sua Santidade foi agraciada com uma imagem sacra datada do século XVIII. A imagem tinha sido adquirida pela Presidência da República para ser ofertada a Chefes de Estado em visita ao Brasil. Depois de “descoberta” a vedação contida na lei em exame, o governo brasileiro solicitou ao Vaticano a devolução do presente.

- b) coleções de periódicos que já tenham mais de dez anos de publicados, bem como quaisquer originais e cópias antigas de partituras musicais.

Embora não possam tais bens retirados do país, a lei autoriza sua saída temporária para fins de interesse cultural, a juízo da autoridade federal competente.

3. Extensão do Tombamento e Competência

A Constituição de 1988 divide a competência (e também a fiscalização) entre a União, os Estados, Distrito Federal e os Municípios (arts. 24, VII e 30, IX), estes últimos com pertinência ao patrimônio histórico-cultural local.⁹

Não só os bens de excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico podem ser tombados. São equiparados a estes bens, sujeitando-se ao regime especial de proteção, os monumentos naturais, sítios e paisagens que, a critério da autoridade administrativa, importe conservar e proteger, sempre tendo como fundamento sua feição notável dada pela natureza ou pela ação do homem. Assim, é possível o tombamento de paisagens autóctones ou não autóctones, como uma mata virgem ou um jardim botânico.

Nem todos os bens de valor histórico e artístico podem ser tombados. O art. 3º do Decreto-Lei nº 25/37 proíbe o tombamento de obras de origem estrangeira que:

9 A nível federal, a proteção do patrimônio histórico e cultural, de acordo com a Lei nº 9.649/98 (art. 14, IV, b), que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, constitui assunto da competência do Ministério da Cultura.

9 Refere-se à antiga Lei de Introdução ao Código Civil (vigorou de 1917 a 1942). A atual Lei de Introdução (Decreto-Lei nº 4.657/42) dispõe sobre a lei de regência dos bens em seu art. 8º, mais especificamente no §1º, *verbis*: “Aplicar-se-á a lei do país em que for domiciliado o proprietário, quanto aos bens móveis que ele trouxer, ou se destinarem a transporte para outros lugares.” Assim, não é mais a lei pessoal que regula o regime dos bens móveis situados do Brasil e de propriedade de estrangeiros, mas a lei do domicílio.

- a) pertençam às repartições diplomáticas ou consulares acreditadas no país;
- b) adornem quaisquer veículos pertencentes a empresas estrangeiras, que façam carreira no país;
- c) se incluam entre os bens referidos no art. 10 da Lei de Introdução ao Código Civil, e que continuem sujeitas à lei pessoal do proprietário ¹⁰;
- d) pertençam a casas de comércio de objetos históricos ou artísticos;
- e) sejam trazidas para exposições comemorativas, educativas ou comerciais; e
- f) sejam importadas por empresas estrangeiras expressamente para adorno dos respectivos estabelecimentos.

4. Histórico da preservação aos bens culturais no Brasil

José Afonso da Silva informa que a proteção ao patrimônio cultural é bastante antiga no direito português e cita o Alvará de Dom João V, o Magnânimo, de 28 de agosto de 1721, proibindo que qualquer pessoa desfigurasse ou destruísse edifícios dos tempos dos fenícios, gregos, romanos, godos ou árabes.

No Brasil, ao contrário, somente no século XX é que houve uma preocupação do legislador com a proteção aos bens de valor histórico, artístico e natural. Nesse sentido, verifica-se a total omissão das Constituições Imperial e da República Velha quanto ao tema. Algumas decisões isoladas foram tomadas no século XIX para impedir a destruição de prédios de valor histórico, angariar fundos para a restauração de monumentos e inventários de coleções pictóricas e epigrafadas., mas não resultaram em medidas protecionistas concretas.

10 SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p.482.

Somente a partir das primeiras décadas deste século é que se pode encontrar um movimento efetivo de consciência da importância do patrimônio cultural para a sociedade e da necessidade de sua proteção. Todavia, esta preocupação em sensibilizar o legislador para dotar o país de uma legislação preservacionista não é oriunda de um amadurecimento cultural da população, mas sim de certas camadas da sociedade (escritores, sobretudo), da Igreja e de certos políticos. Até hoje esta questão não está devidamente assimilada pelos brasileiros, haja vista o número freqüente de atos emulativos às construções ou sítios tombados. A falta de educação, em todos os sentidos, de uma grande parcela da população contribui e estimula aqueles atos.

Providências concretas para dotar o Brasil de leis protetivas do patrimônio cultural só foram tomadas a partir de 1920. Nesse ano, a Sociedade Brasileira de Belas Artes apresentou na Câmara dos Deputados um anteprojeto de lei de defesa do patrimônio histórico e artístico, alvitrando a desapropriação dos bens de valor cultural; contudo, tal iniciativa não teve seguimento.

Em 1923, na Câmara Federal, foi apresentado o primeiro projeto de lei sobre tombamento, mas não contemplava os monumentos arqueológicos. A grande dificuldade no êxito dos projetos apresentados era a Constituição de 1891, que não previa qualquer restrição ao direito de propriedade. Sem o amparo constitucional, qualquer tentativa de limitar as faculdades do proprietário era rejeitada de plano sob a justificativa de inconstitucionalidade.

Em 1925, o Governo do Estado de Minas Gerais apresentou um anteprojeto de lei da autoria de Jair Lins, não merecendo acolhida do Poder Legislativo. Em 1930, o deputado baiano José Wanderley de Araújo Pinho propôs a desapropriação dos bens que viessem a ser catalogados como de valor cultural; o projeto, reapresentado em 1935 já sob a égide da Constituição de 1934, foi novamente arquivado.

Somente com a Constituição de 1934 (art.10, III) que se consagrou uma norma inibidora do direito de propriedade. A Constituição autorizou a União e os Estados a proibir a saída de obras de arte e a proteger, concorrentemente, as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico. Cumpre registrar que mesmo antes da Carta de 1934 alguns Estados, isoladamente, já tinha editado leis criando órgãos de defesa do acervo histórico e artístico (Bahia, em 1927, e Pernambuco, em 1928).

Em 1933, por pressão da bancada mineira no Congresso Nacional, a cidade de Ouro Preto foi erigida à categoria de monumento nacional pelo Decreto nº 22.928/33. Tal atitude do governo só foi obtida com o compromisso assumido pelo Estado de Minas Gerais e pela Prefeitura de Ouro Preto de se responsabilizarem pela vigilância e guarda do patrimônio histórico e artístico da cidade. É oportuno transcrever uma passagem da exposição de motivos ao Decreto, *in verbis*:

[...] considerando que é dever do Poder Público defender o patrimônio artístico da Nação e que fazem parte das tradições de um povo os lugares em que se realizaram os grandes feitos da sua história; considerando que a cidade de Ouro Preto, antiga Capital do Estado de Minas Gerais, foi teatro de acontecimentos de alto relevo histórico na formação de nossa nacionalidade e que possui velhos monumentos, edifícios e templos de arquitetura colonial, verdadeiras obras d'arte, que merecem defesa e conservação

Resolve:

Art.1º. – Fica erigida em Monumento Nacional a cidade de Ouro Preto, sem ônus para a União Federal e dentro do que determina a legislação vigente. [...] ¹¹ [grifos nossos]

11 PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteção ao patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p.34.

Somente em 1937 que se legislou sobre a tutela estatal acerca do patrimônio cultural, tendo dois diplomas importância fundamental naquele momento¹²: a Lei nº 378, de 13 de janeiro de 1937, criando o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (SPHAN), atualmente denominado Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), e o Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, instituindo o tombamento e organizando a proteção do patrimônio histórico e artístico.

O anteprojeto que deu origem ao Decreto-Lei nº 25 era de autoria do escritor Mário de Andrade e foi editado graças ao esforço do Ministro da Educação Gustavo Capanema, que conseguiu o apoio do Presidente Getúlio Vargas. Informa Sonia Rabello de Castro¹³ que, ao contrário do que se pensa, o primeiro texto legal limitador do direito de propriedade para fins de preservação, não obstante tenha assumido a forma de decreto-lei, foi examinado e aprovado, em primeira votação, pelo Congresso. Contudo, antes de ter sido novamente apreciado, o Legislativo foi dissolvido com o golpe que instituiu o Estado Novo.

Com a Constituição de 1937, o Presidente da República tinha competência para legislar sobre todas as matérias de competência da União estando o Congresso em recesso, inclusive em questões de restrição ao direito de propriedade (art.122, XIV, da CF 37). E foi isto o que ocorreu: o Presidente Vargas utilizou-se de um Decreto-Lei para proteger o patrimônio cultural mediante o tombamento de bens públicos e privados. Insta sublinhar que a própria Constituição de 1937 também cuidava da proteção ao patrimônio cultural, dispondo ser tal encargo um dever do Estado (art.134).

12 Tomando-se como base a efetiva restrição à propriedade privada, o Decreto-lei nº 25 foi, de fato, inovador. Antes dele o Decreto nº 23.793/34 (Código Florestal) cuidava da proteção às florestas e matas, mas não impôs restrições à propriedade privada; apenas eram resguardadas as florestas situadas em área de domínio público.

13 *Op.cit.*, p.3.

O Decreto-Lei nº 25 definiu o alcance da expressão “patrimônio histórico e artístico” (art. 1º), seus contornos e a extensão da proteção ao patrimônio natural, organizou o tombamento e estabeleceu seus efeitos sobre bens de terceiros, encontrando-se em conformidade com a norma constitucional (art.134 da CF 37) que restringe o direito de propriedade em prol da conservação de bens de valor para a memória do Brasil e de seu povo. Foi o resultado de um movimento vitorioso para dotar o direito brasileiro de normas que assegurassem a tutela estatal sobre os bens culturais. Ao contrário da desapropriação o tombamento não é causa de perda da propriedade, mas atinge o exercício das faculdades inerentes ao domínio; em compensação, não impõe ao poder público o dever de indenizar, salvo quando o ato administrativo esvaziar o conteúdo econômico da propriedade, impedindo definitivamente a utilização em todo o seu potencial. Neste caso, há uma desapropriação indireta e o Estado deve recompensar o proprietário pelos prejuízos que ele teve com o tombamento.

Atualmente o Superior Tribunal de Justiça, em jurisprudência pacificada, comunga deste raciocínio, *verbis* ¹⁴:

Administrativo. Desapropriação indireta.[...]. Tombamento. Reserva florestal. [...] indenização. Cabimento. Na esteira da iterativa jurisprudência firmada por este egrégio tribunal, é indenizável, por desapropriação indireta, a área de terra tombada, para criação do Parque Serra do Mar-SP, se o apossamento administrativo esvaziou o conteúdo econômico da propriedade, ao privar os seus proprietários de usar e fruir do bem, proibidos que estão de explorar os recursos naturais existentes.

Recurso a que se dá provimento, sem discrepância.

14 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. RESP nº47865/SP Relator Ministro Demócrito Reinaldo. Julgamento em 15/08/1994. In Diário da Justiça de 05/09/1994, p.23044.

As Constituições de 1946 e de 1967 mantiveram em seu texto a proteção ao patrimônio cultural como um dever do Estado, reservando à legislação ordinária a sua qualificação e as formas de tutela dos bens de valor histórico, artístico e natural.

A Constituição de 1967, com a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, era bastante sucinta em matéria de preservação. O assunto era regulado pelo art.180: o *caput* impunha ao Estado o dever de amparar a cultura e o parágrafo único enumerava os bens sujeitos à proteção especial do Estado e o parágrafo único punha sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas.

Durante a vigência da Constituição de 1967 o Município baiano de Porto Seguro foi erigido Monumento Nacional pelo Decreto nº 72.107, de 18 de abril de 1973, que determinou a inscrição nos Livros do Tombo do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional da área urbana, sítio da antiga Capitania, e lugares históricos adjacentes, em especial o Monte Pascoal.

Para justificar a medida, o Presidente Emílio Médici, na Exposição de Motivos, considerou “a necessidade urgente de ser assegurada proteção especial ao acervo arquitetônico e natural do Município [...] e, em especial, o Monte Pascoal, situado em seus limites”; e ainda, “que nessa salvaguarda atende aos mais caros remanescentes do início da história pátria, ali iniciada pelos integrantes da frota cabralina, desde a visão do Monte Pascoal aos primeiros contatos com a nova terra.”¹⁵

A Constituição de 1988 (art. 216) tem normas bem mais amplas sobre o assunto, incluindo no âmbito da preservação (e não

15 BRASIL. Decreto nº 72.107, de 18 de abril de 1973. Converte em Monumento Nacional o Município de Porto Seguro, no Estado da Bahia, e dá outras providências. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, p. 3865, col. 4, 18 abr. 1973, Seção 1.

do tombamento) os bens de natureza imaterial (linguagem, manifestações folclóricas, hábitos, etc) e explicitando outros institutos que podem ser utilizados pelo poder público, seguindo nesse ponto a proposta de Mário de Andrade, não acolhida pelo Decreto-Lei nº 25/37, mas efetivada em agosto de 2000 com a edição do Decreto nº 3.551, instituidor o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial.

Registre-se que pela primeira vez uma Constituição brasileira faz menção expressa às manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional, como os imigrantes, todas sujeitas à proteção do Estado (art. 215, §1º). Foram considerados tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos (art. 216, §5º).

5. O objeto material do tombamento

O tombamento, como já salientado, é o ato final de um procedimento administrativo, resultante do poder discricionário da administração pública que intervém na propriedade privada para impor um regime especial de cuidados sobre determinado ou determinados bens, em razão de suas características peculiares, buscando o Estado com esta gestão cumprir sua função institucional de agente protetor do patrimônio cultural e natural brasileiro, atendendo ao interesse coletivo de preservação.

Insta distinguir, como põe em relevo José Cretella Junior¹⁶, a decisão sobre o tombamento da inscrição do bem num Livro do Tombo. O tombamento, como processo administrativo, é um *iter* que tem início com a individualização do bem, passando pela manifestação do proprietário, decisão da autoridade competente, e, finalmente, a inscrição no livro público. Sob este aspecto (final),

16 *Op.cit.*, p.3. No mesmo sentido Diógenes Gasparini. *Direito administrativo*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

o tombamento é um fato administrativo (ato material praticado por funcionário público responsável, no exercício da administração), mas a decisão de tombamento é um ato administrativo. Trata-se, ademais, de uma intervenção na propriedade privada realizada pelo Estado, uma limitação parcial, onde a desapropriação ocupa o grau extremo.

Apesar de o tombamento ser um instrumento em prol da preservação do patrimônio cultural e natural, é preciso advertir que ele não se aplica a qualquer bem. A Constituição de 1988 ao incluir no âmbito da tutela estatal os bens imateriais (art. 216, I, II e III) não os sujeitou necessariamente ao tombamento. A proteção a esse patrimônio incorpóreo é feita através de outros instrumentos (desapropriação, inventários, campanhas de divulgação, disciplinas específicas nos currículos escolares, etc), de modo a manter vivo na consciência dos cidadãos a prática dessas manifestações. Sonia Rabello de Castro¹⁷, com proficiência, afasta a incidência do tombamento aos bens imateriais, sustentando que a lei deva criar mecanismos específicos de proteção para eles.

O Supremo Tribunal Federal adota o entendimento *supra*, como é possível inferir a partir da seguinte ementa de decisão proferida em Recurso Extraordinário:

Tombamento. Par.1º. do artigo 216 da Constituição Federal.

A única questão constitucional invocada no recurso extraordinário que foi prequestionada foi a relativa ao par. 1º do artigo 216 da Carta Magna. Às demais falta o requisito do prequestionamento (Súmulas 282 e 356).

No tocante ao par.1º do art. 216 da Constituição Federal, não ofende esse dispositivo constitucional a afirmação constante do acórdão recorrido no sentido de que há um conceito amplo e um conceito restrito de patrimônio

17 *Op.cit.*, p.69.

histórico e artístico, cabendo à legislação infraconstitucional adotar um desses dois conceitos para determinar que sua proteção se fará por tombamento ou por desapropriação, sendo que, tendo a legislação vigente sobre tombamento adotado a conceituação mais restrita, ficou, pois, a proteção dos bens, que integram o conceito mais amplo, no âmbito da desapropriação. Recurso extraordinário não conhecido. Unânime.¹⁸

Outra crítica feita pela autora é em relação à expressão “patrimônio nacional” utilizada pelo Decreto-Lei nº 25/37 (art. 1º). A terminologia não pode abarcar os interesses dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. O correto seria denominá-lo “patrimônio federal”, haja vista serem bens de interesse da União, pois a competência é concorrente, inclusive o órgão responsável para determinar o tombamento (IPHAN) é federal.

Os bens de valor cultural ou natural têm um valor destacado que representa, por si só, um bem imaterial de conteúdo não econômico, insuscetível de apropriação individual, já que pertence a todos os brasileiros. O valor contido nas coisas de interesse histórico, cultural ou natural é, em seu todo, um bem público de uso comum (*res communes omnium*), encarado como uma universalidade de direito, cuja conservação interessa a toda sociedade. A comunidade nacional tem, outrossim, um direito subjetivo público de vê-lo protegido.

O reconhecimento do valor excepcional de uma coisa (móvel ou imóvel, material ou imaterial) e sua ligação com a história, as artes e a paisagem brasileiras, devidamente comprovadas, não se resume unicamente em o Estado avocar para si sua tutela. Qualquer cidadão tem o direito subjetivo (de caráter difuso) de ver a coisa protegida, embora não seja o titular imediato desta

18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira turma. RE nº 182782 / RJ, Relator: Ministro Moreira Alves, julgamento em 14/11/1995 In Diário da Justiça de 09/02/95, p.2092.

universalidade, mas pode exigir a sua conservação e restauração pelos meios processuais próprios, v.g., a ação popular (art. 1º, §1º, da Lei nº 4.717/65).

6. O tombamento de bens imateriais

O Decreto nº 3.551, de 4 de agosto de 2000, instituiu o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro e criou o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial, este concebido com o objetivo de implementar inventário, referenciamento e valorização desse patrimônio.

Como já mencionado, a Constituição de 1988 ampliou o conceito de patrimônio cultural, incluindo em seu bojo, entre outros, as formas de expressão e os modos de criar, fazer e viver (incisos I e II). Faltava, no entanto, definir a forma de proteção.

Em boa hora a instituição do Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial, eliminado um vácuo legislativo na proteção desses bens, já tutelados em outras searas específicas, como as Leis do Software, de Direitos Autorais e da Propriedade Industrial (Leis nº 9.609/98, 9610/98 e 9279/97, respectivamente).

A expressão empregada pelo legislador (“Registro de Bens Culturais”) denota uma nítida distinção do tombamento, instituto restrito aos bens corpóreos, o que corrobora a posição de Sonia Rabello de Castro exposta no item anterior. Trata-se de uma catalogação especial de manifestações folclóricas, hábitos, práticas sociais, lugares de referência popular, independentemente de seu valor histórico, paisagístico ou arquitetônico.

Livros especiais foram criados pelo Decreto (não tendo sido adotado o *nomen juris* “Livro do Tombo”), demonstrando a inequívoca intenção de dotar a proteção aos bens imateriais de regras próprias. São eles (art.1º, §1º):

- a) Registro dos Saberes, para a inscrição dos conhecimentos e modos de fazer, enraizados no cotidiano das comunidades;
- b) Registro das Celebrações, onde serão inscritos rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, do entretenimento e de outras práticas da vida social;
- c) Registro das Formas de Expressão, destinado à descrição das manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas;
- d) Registro dos Lugares, onde serão identificados mercados, feiras, santuários, praças e demais espaços onde se concentram e reproduzem práticas culturais coletivas.

São aspectos fundamentais para a inserção do bem num dos livros de registro acima a sua continuidade histórica, bem como sua relevância nacional para a memória, a identidade e a formação da sociedade brasileira.

O rol dos livros estabelecidos no Decreto não é exaustivo. O art.1º, §3º autoriza a abertura de outros livros de registro, caso algum bem não possa ser devidamente enquadrado no âmbito dos pré-existentes. A decisão para a adoção da medida em tela é do Conselho Consultivo do Patrimônio.

Têm legitimidade concorrente para requerer a instauração do processo de registro: sociedades ou associações civis; as Secretarias Estaduais, Municipais e do Distrito Federal; as instituições vinculadas ao Ministério da Cultura; e o próprio Ministro da Cultura.

O pedido, instruído com a documentação técnica (descrição pormenorizada do bem a ser registrado com todos os elementos que lhe sejam culturalmente relevantes), será dirigido ao Presidente do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que deverá submetê-lo ao Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural.

Antes da decisão, o IPHAN dará parecer sobre o pedido de registro, enviando o processo ao Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural para deliberação. Este parecer deverá ser publicado no Diário Oficial da União, a fim de que terceiros possam, eventualmente, opinar sobre a pretensão. Eventuais manifestações serão apresentadas ao Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural no prazo de até trinta dias, contados da data da publicação do parecer, seguindo-se então a deliberação.

Decidindo o Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural favoravelmente ao pedido de registro, o bem será inscrito no livro apropriado e receberá o título de *Patrimônio Cultural do Brasil*, cabendo ao Ministério da Cultura sua promoção e divulgação.

O registro em exame não é definitivo ou perpétuo. Conforme disposição contida no art. 7º, o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional reavaliará, no mínimo a cada dez anos, os bens culturais registrados e encaminhará parecer ao Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural para que este decida sobre a revalidação do título conferido. Não sendo revalidado o título, será mantido apenas o registro, como referência cultural de seu tempo.

7. Natureza jurídica do tombamento

Paulo Affonso Leme Machado observa que uma das finalidades do tombamento é a conservação da coisa, possibilitando a manutenção da propriedade com o particular, evitando-se a estatização de todo o patrimônio cultural. Conquanto o proprietário conserve seu domínio, o bem fica submetido a “um regime jurídico de tutela pública”²⁸.

É oportuno recordar que o direito de propriedade não é absoluto, ao contrário do que outrora se pensava a partir do Código Civil francês, podendo sofrer limitações voluntárias (como os *jura in re aliena*) ou legais. Nesse sentido, o art.1228 do Código Civil, *verbis*:

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.

§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. [sublinhou-se]

O tombamento é uma intervenção administrativa na propriedade privada, que impõe ao proprietário deveres positivos e negativos, podendo demitir-se do cumprimento desses deveres se alienar o bem. Alienando-o, as obrigações são também impostas ao adquirente, inclusive aos sucessores.

No tombamento não há desmembramento de nenhuma das faculdades dominiais, donde ser possível afirmar que o instituto preserva o atributo da exclusividade da propriedade. Não obstante, a sujeição da coisa a um regime especial de tutela, de ordem pública, acarreta condicionamentos ao exercício dos *jura utendi, fruendi e abutendi*, este considerado a mais relevante expressão da propriedade.

O Decreto-Lei nº 25/37 ao tratar dos efeitos do tombamento enumera várias restrições, inclusive quanto à alienabilidade, não só aos proprietários, como àqueles que possuem imóveis vizinhos aos bens tombados. Assim, o bem tombado não poderá sair do país, salvo por curto prazo, sem transferência de domínio e para fim de intercâmbio cultural, a juízo do Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. As coisas tombadas não poderão, em caso algum, ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de cinquenta por cento do dano

causado. E ainda sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso a multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto.

Caio Mário da Silva Pereira¹⁹, analisando a faculdade de disposição do proprietário sobre a coisa (*jus abutendi*), ensina:

Não pode também o *abutere* traduzir-se por *destruir*, porque nem sempre é lícito ao *dominus* fazê-lo, mas somente em dadas circunstâncias. Ao revés, a ordem pública opõe-se a que o titular do direito intente destruir a coisa, prejudicando terceiros, ou atentando contra a riqueza geral.

Sem dúvida, é um instituto de direito administrativo, mas como qualificá-lo dentro do próprio Direito Administrativo? Várias explicações têm sido formuladas para o tombamento:

- a) limitação administrativa ao direito de propriedade com o objetivo de compatibilizar os direitos subjetivos do proprietário com os direitos subjetivos públicos (corrente dominante) ²⁰;
- b) servidão administrativa, uma vez que o tombamento decorre de ato específico da administração pública, impondo um gravame ao proprietário; por conseguinte, cria uma situação nova que atinge o próprio direito de propriedade ²¹;
- c) intervenção na propriedade privada a bem do interesse público: a propriedade particular pode adquirir institucionalmente

19 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. IV. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p.74.

20 Partilham dessa posição, entre outros, Sonia Rabello de Castro, Maria Sylvia Zanella di Pietro, José Cretella Junior, Diógenes Gasparini e Hely Lopes Meirelles.

21 É a opinião, entre outros, de Celso Antonio Bandeira de Mello, Lúcia Valle Figueiredo e Ruy Cirne de Lima.

um interesse coletivo, sujeitando-se a um regime próprio com relação ao exercício das faculdades jurídicas referentes ao domínio. Em vista do interesse público que cerca o bem, a administração passa a ter uma *potestas in rem* para assegurar sua conservação e proteção ²².

8. Ato declaratório ou constitutivo?

A doutrina administrativista, em sua maioria, qualifica o tombamento como um ato administrativo unilateral e constitutivo, com base na orientação do art. 1º do Decreto-Lei nº 25/37, segundo a qual os bens só serão considerados integrantes do patrimônio histórico e artístico depois de inscritos num Livro do Tombo ou livro próprio da repartição pública estadual ou municipal. É a lição de José Afonso da Silva, para quem o tombamento, *em qualquer caso*, modifica a posição jurídica do bem, transformando-o em bem de interesse público, impondo ao proprietário condutas jurídicas que antes não haviam²³.

Posição minoritária, mas digna de ser mencionada adota o professor paranaense Carlos Frederico Marés de Souza Filho ²⁴, rejeitando o caráter constitutivo do ato de tombamento. Para o autor, com o advento da Constituição de 1988 não se pode compreender o instituto senão como ato administrativo declaratório. Existem, explica, bens que integram o patrimônio histórico e artístico nacional mesmo que não estejam inscritos num Livro do Tombo, como os de natureza arqueológica protegidos pela Lei nº 3.924/61. Este “tombamento” é declaratório, porque torna pública uma qualidade já existente no bem; se uma cidade, construção ou paisagem for

22 Perfilham-se neste grupo José Afonso da Silva, Paulo Affonso Leme Machado e Maria Coeli Simões Pires.

23 *Op.cit.*, p.499. Comungam do mesmo entendimento, entre outros, Lúcia Valle Figueiredo, Celso Antonio Bandeira de Mello e Diógenes Gasparini.

24 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e proteção jurídica*. Porto Alegre: Unidade Editorial, 1997, p. 63-65.

tombada por lei ou declarada monumento nacional, o tombamento passa a ser simplesmente um procedimento administrativo de registro, declaratório de uma situação jurídica anterior. Outro exemplo citado por Carlos Frederico Marés de Souza Filho é o tombamento determinado pelo art.216, § 5º da Constituição de 1988 (documentos e sítios que guardarem reminiscências de antigos quilombos); assim, havendo a identificação de que certa propriedade foi utilizada no passado como esconderijo ou abrigo de quilombolas, o órgão federal, estadual ou municipal, após análise técnica, apenas reconhecerá sua importância para a cultura nacional e declarará o que a Constituição já determina: o tombamento. Conclui o professor: é a Constituição Federal que conceitua o patrimônio cultural brasileiro, desvinculando-o do ato administrativo de tombamento. A diferença existente entre os bens tombados e não tombados é que estes não estão protegidos contra atos do proprietário que possam mutilá-los, destruí-los e alterar-lhes a substância, mas já integram o patrimônio cultural nacional.

Não é possível, *data venia*, aceitar os argumentos apresentados pelas seguintes razões: em primeiro lugar o tombamento não é a única forma de preservação do patrimônio cultural. A menção à Lei dos Sambaquis é inoportuna, pois os proprietários dos sítios de interesse pré-histórico ou arqueológico não têm o domínio sobre as jazidas arqueológicas ou pré-históricas, nem a dos objetos nelas incorporados, apenas sobre a propriedade superficiária (art.1º, parágrafo único). O dono de um bem tombado é proprietário e pode usá-lo com restrições, até aliená-lo desde que respeite o direito de preferência da União, Estados e Municípios, nesta ordem (art. 22 do Decreto-Lei nº 25/37); destarte, não é procedente a equiparação das jazidas tratadas pela Lei dos Sambaquis ao conceito de patrimônio cultural para fins de tombamento.

A melhor interpretação é a seguinte: se o bem de valor arqueológico pertence ao particular, por ter seu direito adquirido antes da promulgação da Lei nº 3.924/61, ele pode ser tombado; do

contrário, se forem descobertos após a publicação da lei sambaquis, sernambis, birbigueiras, enfim, as jazidas de qualquer natureza, origem ou finalidade, que representem testemunhos de cultura dos paleoameríndios do Brasil, os bens pertencerão ao domínio público e, como tal, podem ser tombados de ofício. Em relação ao tombamento constitucional, mesmo este não é declaratório, pois as restrições ao direito de propriedade daqueles que possuem imóveis dignos de catalogação e preservação **só sofrerão tais condicionamentos a partir do ato administrativo e devido registro**, donde se conclui ser tal decisão de natureza constitutiva e não declaratória.

9. Ato discricionário ou vinculado?

Outra questão trazida à baila pela doutrina é se o tombamento pode ser qualificado como ato administrativo vinculado ou é discricionário.

O tombamento é resultado de um ato administrativo realizado de acordo com um *iter* definido; a forma de atuação do administrador fica submetida às prescrições legais (processo de tombamento). Por conseguinte, utilizando-se tal raciocínio, tem-se a ilação de que o ato é vinculado já que a administração pública não emite um juízo de valor, cumprindo apenas a lei efetivando o tombamento. Uma vez que o legislador quis impor um regime jurídico especial sobre certa coisa, colimou regras objetivas que afastassem a intervenção arbitrária ou tendenciosa do administrador, cuja ação é conduzida pelo texto legal arrimada em análise técnica, até o momento da edição do ato.

Na verdade, não se trata de um ato vinculado, mas sim discricionário do poder público, haja vista ter deixado a lei à escolha do administrador a decisão de tomar ou não, mesmo que o tombamento seja determinado por lei; é a administração quem valora a conveniência e oportunidade de realizá-lo. Há discricionariedade por ocasião da edição do ato, até porque o tombamento impõe vários encargos ao ente federativo que determinou a medida,

como a fiscalização e, eventualmente, a reparação ou conservação. Mesmo que a medida seja determinada pelo órgão competente, a decisão precisa ser homologada (no caso de tombamento federal) pelo Ministro da Educação, nos termos do art.1º da Lei nº 6.292/75, o que torna mais nítido o aspecto da discricionariedade.

É curial ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento no sentido de que só caberá ao poder público assumir a conservação ou restauração de imóvel tombado quando comprovada a impossibilidade do proprietário arcar com as despesas da obra.

Tombamento - obrigação de realizar obras de conservação – poder público - proprietário.

O proprietário é obrigado a conservar e reparar o bem tombado. Somente quando ele não dispuser de recursos para isso é que este encargo passa a ser do poder público. Recurso provido.²⁵

Administrativo. Imóvel tombado. Pedido de retrocessão. Decreto-lei nº 25 de 1937. Inexistência da obrigação de a união realizar obras de conservação do imóvel tombado, salvo se esse for desapropriado. Consoante dispõe a lei (decreto-lei nº 25/37), ocorrendo o tombamento, o bem a este submetido, adquire regime jurídico “sui generis”, permanecendo o respectivo proprietário na condição de administrador, incumbindo-lhe o ônus da conservação da coisa tombada.

O Estado só assume esse encargo quando, o proprietário, por ausência de meios, não possa efetivar a conservação. Não arcando, a entidade de direito público, com a execução das obras necessárias à conservação do bem, e não ocorrendo a desapropriação, cabe, ao proprietário, requerer que seja

25 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. RESP nº 97852/PR. Relator: Ministro Garcia Vieira. Julgamento em 07/04/1998. In Diário da Justiça de 08/06/1998, p.15.

cancelado o tombamento da coisa. Recurso improvido.
Decisão unânime.²⁶

José Cretella Junior, invocando a autonomia da administração pública, sustenta que a administração pode optar pela não realização do tombamento, mesmo que haja uma recomendação para a sujeição do bem ao regime especial, em razão da prevalência de interesse público diverso²⁷.

É bastante oportuno transcrever o esclarecimento de José Afonso da Silva que dissipa qualquer dúvida sobre a questão.

O ato de tombamento é, porém, vinculado no sentido de que não se verificará sem o parecer técnico do órgão competente (IPHAN ou entidade semelhante nos Estados ou Municípios) aconselhando a medida. O ato está, pois, vinculado a esse parecer. Mas este não vincula a autoridade competente para emitir o ato de tombamento. [...] Pode o administrador reconhecer a qualificação do bem, louvando-se no parecer do órgão competente e, no entanto, não editar o ato, por não achar nem conveniente e nem oportuno tombá-lo [...]. Tombar é o momento jurídico concretizado pela edição do ato. Qualificação é operação de natureza técnica; o tombamento, em si, é ato administrativo discricionário que pode ser editado ou não, porque envolve oportunidade, conveniência, razoabilidade.²⁸

Cumpra advertir que a liberdade dada ao administrador não pode dar azo à arbitrariedade. O agente político deve, a princípio, acatar o parecer do órgão técnico que tenha recomendado o tombamento, sob pena de desconsiderar o comando constitucional que prevê ser dever do Estado proteger o patrimônio cultural e natural

26 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. RESP nº 25371/RJ. Relator: Ministro Demócrito Reinaldo. Julgamento em 19/04/1993. In *Diário da Justiça* de 24/05/1993, p.9982.

27 CRETELLA JUNIOR., José Cretella. *Regime jurídico do tombamento*. *op.cit.*, p.54.

28 *Op.cit.*, p.491.

através de um instrumento jurídico adequado. O administrador deve ser imparcial e evitar pressões políticas positivas ou negativas, fazendo uma rigorosa seleção, em função de sua relevância e a partir das características da coisa, tendo em vista que a lei utiliza o adjetivo “excepcional” para os bens dignos de serem tombados, permitindo concluir que aquela coisa tem um elemento intrínseco diferenciador das demais, e é isto que faz com que seja necessária e imperiosa a sua preservação.²⁹

Cabe ao Poder Judiciário analisar a legalidade do ato administrativo e anulá-lo quando este contrariar a finalidade do tombamento, como as decisões do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Tombamento de imóvel . Ato administrativo. Restrição ao direito. Art. 5º inc. XXII. Art. 37 Constituição Federal de 1988. Anulação do ato.

Tombamento de prédio. Representando restrição ao direito de propriedade, necessário se torna a existência de razões ponderáveis para sua adoção, devendo ela estar ligada a fatos históricos ou culturais de relevo. O tombamento para preservação de tipo de construção deve estar ligada à imponência ou beleza arquitetônica do edifício, ou ainda, à manutenção

²⁹ Existem situações onde há conflito entre o interesse público de preservação e o de destruição. No caso de escavações para a construção de um transporte subterrâneo, descobrindo-se as ruínas de um forte, ou de uma igreja. A autoridade pública pode decidir não tombar ou cancelar a medida para não ficar impedida de destruir a construção e frustrar os planos urbanísticos da cidade. O tombamento nacional da Igreja dos Martírios, em Recife, foi cancelado pelo Decreto nº 70.389, de 11 de abril de 1972. O mesmo ocorreu com o centro histórico de São João Marcos, tombado como monumento nacional em 1939, quando a cidade havia passado a distrito de Rio Claro/RJ, raro exemplo intacto de conjunto arquitetônico colonial, foi destombado pelo Decreto-Lei nº 2.269/1940, para permitir à Light o represamento das águas do ribeirão das Lajes, visando ao aumento da geração de energia elétrica para o Rio de Janeiro (Decreto nº 2269/40).

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Terceira Câmara Cível. Apelação Cível nº 1996.001.1252. Rel. Des. Ferreira Pinto. Julgamento em 08/07/1997 (Unânime).

de um estilo de um núcleo residencial. Tombamento desarrazoado e para atender a interesses particulares passível de anulação, por constituir ato abusivo da Administração Pública. Tombamento ainda que razoável, deve estar sujeito à indenização proporcional à restrição sofrida ao direito de propriedade.

Tombamento de imóvel. Limitação. Direito de propriedade. Motivação. Abuso de poder do município. Laudo pericial. Direito Administrativo. Ato de tombamento de imóvel. Ação ordinária de anulação. Decreto de tombamento com motivação inconsistente. Direito de propriedade *versus* poder discricionário do poder público. Laudo pericial desautorizando as razões do tombamento. Arbitrariedade a consubstanciar abuso de poder. Ausência de metodologia científica a fundamentar pretensão municipal. Necessidade de vinculação do ato a fatos memoráveis da história, ao excepcional valor arqueológico, etnográfico, bibliográfico ou artístico. Improvimento do apelo. É inconsistente decreto de tombamento que se mostra ausente de metodologia científica a fundamentar o ato, de acordo com a prova técnica realizada, demonstrando que as pequenas casas que formam a vila tombada, sobre serem de ínfimo valor pecuniário, não apresentam qualquer linhagem histórica ou arquitetônica que justifique a limitação imposta ao direito de propriedade, consistindo o tombamento, na verdade, em arbitrariedade a consubstanciar abuso de poder, impondo-se sua anulação. A intervenção do Judiciário, para dirimir controvérsia entre o particular e o Poder Público Municipal, não pode ser considerada em quebra do princípio da harmonia e independência dos poderes e, muito menos, em subtração da competência do Executivo e do Legislativo. Longe disso, o Estado-Juiz está arrimado no princípio constitucional de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal). Assim, o poder discricionário, para justificar a edição de ato administrativo do tombamento, está, evidentemente, delimitado pela

possibilidade de que fira ou ameace de lesão o direito do particular, por isso, uma das condições substanciais para a validade do ato administrativo, do qual o tombamento é espécie, é a motivação válida e legal, sem o que o ato se apresentará arbitrário e, por isso mesmo, tingido de abuso de poder, que o torna nulo e sujeito ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário.³⁰

AÇÃO ORDINÁRIA. TOMBAMENTO DE IMÓVEL. DECLARAÇÃO DE NULIDADE. RECURSO PROVIDO.

Ação ordinária objetivando declaração de nulidade dos tombamentos provisório e definitivo do Cassino da Urca. Fundamentados os decretos, no valor cultural e na tipologia do Bairro. Verificada a inexistência de tais valores, impõe-se o acolhimento do pedido. Recurso provido.³¹

Referências

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

CASTRO, Sonia Rabello de. *O Estado na preservação de bens culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. Regime jurídico do tombamento, in *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, nº 112, p.50-68, abr./jun., 1973.

_____. Tombamento. In *Enciclopédia saraiva do direito*. São Paulo, v.74, p.1-30, 1977.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 11.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

30 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. 14ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 1998.001.779. Rel. Des. José Affonso Rondeau. Julgamento em 02/06/1998 (Unânime).

31 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. 3ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 1997.001.7135. Rel. Des. Valéria Maron. Julgamento em 24/03/1998 (Unânime).

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Disciplina urbanística da propriedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

LIMA, Ruy Cyrne de. *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Ação civil pública (ambiente, consumidor, patrimônio cultural) e Tombamento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

_____. *Direito de construir*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 1979.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

_____. Tombamento e dever de indenizar, in *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo, nº 309, p.16-24, mai., 1988.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

OLIVEIRA, Fernando Andrade de. *Limitações administrativas à propriedade privada imobiliária*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. IV. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

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

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e proteção jurídica*. Porto Alegre: Unidade Editorial, 1997.

ZANOBINI, Guido. *Corso de diritto amministrativo*. v.4. 5.ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1958.

