

**Instituto Brasiliense de Direito Público**  
**Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito Público**  
**Concentração em Advocacia Pública**

Cassimiro Marques de Oliveira

**O INSTITUTO DO TOMBAMENTO COMO UM DOS INSTRUMENTOS  
CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL  
BRASILEIRO**

**Brasília – Distrito Federal**

**2007**

**CASSIMIRO MARQUES DE OLIVEIRA**

**O INSTITUTO DO TOMBAMENTO COMO UM DOS  
INSTRUMENTOS CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO DO  
PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Pós-graduação em direito público, promovido pelo Instituto Brasiliense de Direito Público.

Orientador:

Brasília, 05 de dezembro de 2007

**CASSIMIRO MARQUES DE OLIVEIRA**

**O INSTITUTO DO TOMBAMENTO COMO UM DOS  
INSTRUMENTOS CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO DO  
PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Pós-graduação em direito público, promovido pelo Instituto Brasiliense de Direito Público.

Orientador:

Aprovado pelos membros da banca examinadora em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_\_, com menção \_\_\_\_\_ (\_\_\_\_\_).

**BANCA EXAMINADORA:**

\_\_\_\_\_  
Presidente: Professor.....  
IDP

\_\_\_\_\_  
Integrante: Prof. Dr. ....  
IDP

\_\_\_\_\_  
Integrante: Prof. Dr. ....  
IDP

Ao meu estimado e admirado, embora a distância, Professor Inocêncio Mártires Coelho, um testemunho permanente, ao vivo e a cores, de que o direito é muito mais do que o conjunto de suas normas pois constitui importante ferramenta para demonstração da grandeza da humanidade.

## RESUMO

Relatório monográfico de pesquisa no âmbito do direito constitucional, cujo objeto é o instituto do tombamento como um dos instrumentos de proteção do patrimônio cultural brasileiro. Por meio da pesquisa instrumental, utilizando-se da técnica bibliográfica, analisou-se o instituto do tombamento expressamente previsto no § 1º do artigo 216 da Constituição da República Federativa do Brasil e inserido pela ordem infraconstitucional no contexto do direito urbanístico, em uma perspectiva de matéria multidisciplinar que requer o domínio de conceitos específicos por profissionais com atuação em diversas áreas do conhecimento. A análise do procedimento de tombamento indica a necessidade de um aperfeiçoamento no que diz respeito ao devido processo legal, bem como na absorção da modernização legislativa no que se refere aos processos administrativos em geral, incluindo os cuidados com os requisitos de validade dos atos administrativos bem como a necessidade, muitas vezes, de ações integradas e em cooperação da União e dos demais entes políticos que formam a federação brasileira, considerando que o direito à preservação do patrimônio cultural brasileiro, após a Constituição Federal de 1988, integra o elenco dos direitos e garantias fundamentais como um todo, na concretização do postulado constitucional da dignidade da pessoa humana, um valor fundamental estabelecido na Constituição da República Federativa do Brasil.

Palavras-chave: Patrimônio Cultural; Tombamento; Preservação; Direito Administrativo; Procedimento; Direito Urbanístico; Direito Constitucional.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. Patrimônio cultural e o instituto do tombamento no direito brasileiro.....	10
2. Do patrimônio cultural brasileiro .....	12
3. Do tombamento.....	17
3.1 Conceito de tombamento .....	17
3.2 Tipos de tombamento.....	22
3.3 Do objeto material do tombamento.....	24
3.4 Finalidades do tombamento .....	31
3.5 Efeitos do tombamento.....	37
3.5.1 Da inscrição do bem tombado na serventia imobiliária competente.....	42
3.5.2 Dos efeitos do tombamento na área de entorno do bem tombado.....	43
3.5.3 Tombamento e indenização .....	46
3.5.4 Outros aspectos relevantes e decorrentes do tombamento.....	48
3.6 Natureza jurídica do tombamento .....	50
4. Do procedimento de tombamento .....	59
4.1 Competência para tomar.....	63
4.2 Aspectos constitucionais sobre a competência para tomar.....	64
4.3 Poderia o Município tomar um bem pertencente a Estado-membro ou à União? .....	68
4.4 Da exigência de estudos técnicos adequados e suficientes para caracterização do bem como integrante do patrimônio cultural.....	70
4.5 Da notificação e da publicidade dos atos do processo de tombamento .....	73
5 Proposta de estabelecimento de fases ou etapas obrigatórias no processo de tombamento.....	77
Conclusão.....	83
Referências bibliográficas .....	85

## **INTRODUÇÃO**

O presente trabalho, situado no âmbito do direito constitucional, centra-se no instituto do tombamento como um dos instrumentos jurídicos de preservação do patrimônio cultural brasileiro.

A escolha do tema se dá em razão de que o tombamento, tradicionalmente considerado no direito brasileiro como ato meramente administrativo, recebe novos ingredientes com a ordem constitucional instituída a partir da promulgação da Constituição Federal em 05 de outubro de 1988, onde, pela primeira vez, expressamente integra o texto, nos termos do disposto no § 1º, do artigo 216.

A importância do estudo reside ainda na busca de uma consolidação doutrinária acerca do tema, especialmente enfocando o procedimento, analisando os tipos indicados pela doutrina, os efeitos e a natureza jurídica do tombamento.

Acresça-se a isso, a consolidação do direito urbanístico como um novo ramo do direito, nos termos do artigo 182 da Constituição Federal e sua regulamentação que se opera através da Lei nº 10.257, 10 de julho de 2001, onde o tombamento é listado como um dos institutos jurídicos e políticos a servir de instrumento para a execução da política urbana<sup>1</sup>. Isto indica que o tombamento não é mero ato administrativo, mas um conjunto de atos integrados e focados em interesses coletivos a serem satisfeitos com a preservação do objeto a ser tombado.

Vê-se, com isso, que a questão da proteção do patrimônio cultural, utilizando-se o tombamento como instrumento, é matéria que se insere no âmbito do direito urbanístico, embora a doutrina não esteja ainda consolidada nesse sentido,

---

<sup>1</sup> Estatuto da Cidade, assim definido pela Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001(alínea d, inciso v, do artigo 4º).

sendo que Silva Soares é categórico em afirmar que o tema é do direito internacional do meio ambiente<sup>2</sup>.

Por tais razões, a primeira questão que se coloca na presente pesquisa é quanto à pertinência ou não de um novo conceito de tombamento, apresentando-se a seguinte pergunta: o conceito tradicional de tombamento, formulado no âmbito do direito administrativo, mesmo considerando o que Moraes denomina de constitucionalização das normas de administração pública<sup>3</sup>, é suficiente para se operar adequadamente com o instituto, diante da nova ordem constitucional?

É importante salientar que no procedimento de tombamento os principais operadores não são juristas, mas, em sua maioria, engenheiros, arquitetos, urbanistas e outros.

Por esta razão o presente trabalho perpassa primeiramente, pela leitura de alguns conceitos de tombamento, ao mesmo tempo em que os relaciona com o conceito de patrimônio cultural, cujo conteúdo é dado pela própria norma constitucional inserida no artigo 216<sup>4</sup>.

Nesse mesmo contexto, com amparo da doutrina de Sonia Rabello de Castro<sup>5</sup>, estabelece-se a distinção entre tombamento e preservação do patrimônio cultural.

---

<sup>2</sup> SILVA SOARES, Guido Fernando, prefaciando o livro: *As Cidades Brasileiras e o Patrimônio Cultural da Humanidade*. Fernando Fernandes da Silva. São Paulo: Ed. Petrópolis/EDUSP. 2003.

<sup>3</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. 3ª Edição. São Paulo: Atlas. 2006.

<sup>4</sup> BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, 11ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

<sup>5</sup> CASTRO, Sonia Rabello. *O Estado na Preservação de Bens Culturais*. Rio de Janeiro: Renovar. 1991.

Desse modo, inicialmente será desenvolvida a tarefa de analisar os conceitos de patrimônio cultural, preservação e tombamento, estabelecendo as diferenciações necessárias, indicando os tipos de tombamento considerados pela doutrina e extraídos da legislação, complementando a discussão com estudos sobre o objeto, a finalidade, os efeitos e a natureza jurídica desse instituto.

Dado que se está a desenvolver um trabalho, cujos destinatários não são apenas os operadores do direito, mas, também, outros profissionais, tais como engenheiros, arquitetos e urbanistas, buscar-se-á, na continuidade deste, descrever os principais aspectos do procedimento para o tombamento, seja no âmbito federal, seja na esfera dos Estados-membros ou Municípios.

É importante lembrar que a Constituição Federal<sup>6</sup> distribui concorrentemente, entre a União, Estados e o Distrito Federal, a competência para legislar sobre a proteção do patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico. Por outro lado, define como competência comum a todos os entes políticos que integram a República Federativa do Brasil, a proteção dos documentos, das obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, dos monumentos, das paisagens naturais notáveis e dos sítios arqueológicos, ou seja, a preservação do patrimônio cultural brasileiro.

Ao conduzir o trabalho para sua conclusão, apresenta-se uma sugestão de regulamentação do procedimento, de modo que as ações de tombamento possam seguir um rito procedimental básico em todo o território nacional, sem prejuízo das peculiaridades de cada caso e de cada entidade política que o realize.

---

<sup>6</sup> BRASIL. Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 11ª edição. São Paulo: RT, 2006. Artigo 23, inciso III (“Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: ... III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos”) e artigo 24 inciso VII (“Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: ... VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico”).

## **1. Patrimônio cultural e o instituto do tombamento no direito brasileiro**

A ordem jurídica brasileira sempre esteve atenta à proteção do patrimônio cultural brasileiro, sendo que se utiliza do tombamento como instrumento desde a edição e entrada em vigor do Decreto-lei 25, de 30 de novembro de 1937, embora jamais se tenha dado, como atualmente, tamanha amplitude e importância a este instituto, inclusive apontando para novos delineamentos conceituais e natureza jurídica.

Sonia de Castro destaca “que desde a Constituição de 1934 as Constituições federais sempre incluíram, dentre os interesses públicos a merecer tutela estatal, a proteção aos chamados bens de valor histórico e artístico”, quando se verificava a competência concorrente entre a União, os Estados e os Municípios, o que foi mantido até a Emenda Constitucional nº 1 de 1969<sup>7</sup>.

É importante observar que as normas constitucionais brasileiras, especialmente a partir da Constituição de 1934, evoluíram sistematicamente até o ápice atingido com o artigo 216 da atual Constituição Federal, sendo que nas constituições anteriores se conjugava, nos mesmos dispositivos, a responsabilidade do Estado com a preservação e a distribuição de competência entre os entes políticos que integravam a federação.

Embora a expressão proteger somente tenha surgido na Constituição de 1934, é possível vislumbrar a preocupação do Estado brasileiro com a proteção à produção artística, cultural e intelectual desde a Constituição de 1891, como se poderá ver em uma leitura atenta dos parágrafos 24, 25 e 26 do artigo 72<sup>8</sup> que

---

<sup>7</sup> CASTRO, Sonia Rabello. O Estado na Preservação de Bens Culturais. Rio de Janeiro: Renovar. 1991, p. 18.

<sup>8</sup> BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (24 de fevereiro de 1891). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm) Acesso em 31 de janeiro de 2008. Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 24 - É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial. § 25 - Os inventos industriais pertencerão aos seus autores, aos quais ficará garantido por

tratava, na linguagem de Luis Roberto Barroso, das “normas constitucionais definidoras de direitos”, onde se inclui o de propriedade, como recebedor da tutela estatal.

A transcrição dos dispositivos constitucionais que tratam da proteção do patrimônio histórico e artístico do país, na linguagem de então, a partir de 1934, é de grande relevância, pois permite observar a evolução acima mencionada.

Art 148 - Cabe à União, aos Estados e aos Municípios favorecer e animar o desenvolvimento das ciências, das artes, das letras e da cultura em geral, proteger os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do País, bem como prestar assistência ao trabalhador intelectual<sup>9</sup>.

Art 134 - Os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens ou os locais particularmente dotados pela natureza, gozam da proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos Estados e dos Municípios. Os atentados contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional<sup>10</sup>.

Art 175 - As obras, monumentos e documentos de valor histórico e artístico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de particular beleza ficam sob a proteção do Poder Público<sup>11</sup>.

Art 172 - O amparo à cultura é dever do Estado. [...] Parágrafo único - Ficam 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<sup>12</sup>.

Art. 180. O amparo à cultura é dever do Estado. [...] Parágrafo único. Ficam sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os

---

lei um privilégio temporário, ou será concedido pelo Congresso um prêmio razoável quando haja conveniência de vulgarizar o invento. § 26 - Aos autores de obras literárias e artísticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las, pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar.

<sup>9</sup> BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm) Acesso em 06.02.2008.

<sup>10</sup> BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm) Acesso em 06.02.2008.

<sup>11</sup> BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm) Acesso em 06.02.2008.

<sup>12</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm) . Acesso em 06.02.2008.

locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas<sup>13</sup>.

O artigo 216 da Constituição Federal de 1988, além de introduzir o conceito de patrimônio cultural, constitucionaliza o instituto do tombamento, que deve ser estudado em conjunto com as disposições constitucionais e infraconstitucionais acerca da política urbana, considerando que o objetivo fundamental desta é assegurar bem estar e qualidade de vida à população urbana, como se verá ao longo deste trabalho.

A legislação federal básica, no que se refere ao tombamento, é o Decreto-lei 25 de 30 de novembro de 1937 que, inclusive, introduz a palavra tombamento no direito brasileiro, espelhando-se no direito português, segundo respeitável doutrina a que se referirá mais adiante.

## **2. Do patrimônio cultural brasileiro**

Por patrimônio cultural se pode entender o conjunto de bens culturais de valor reconhecido para determinada localidade, região, país, ou para a humanidade, e que, ao se tornarem protegidos, como por exemplo, pelo tombamento, devem ser preservados para o usufruto de todos os cidadãos<sup>14</sup>.

Para Maria Cecília Londres Fonseca<sup>15</sup>, a idéia de posse coletiva como parte do exercício da cidadania inspirou a utilização do termo patrimônio para designar o conjunto de bens de valor cultural que passaram a ser propriedade do conjunto de todos os cidadãos.

---

<sup>13</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967, com a redação dada pelas Emendas Constitucionais de nº 1, de 17 de outubro de 1969, a nº 22, de 29 de junho de 1982. Brasília, Câmara dos Deputados. 1983.

<sup>14</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário Aurélio da língua Portuguesa. 3ª edição. Curitiba: Ed. Positivo. 2004, p.1508, verbete *patrimônio*.

<sup>15</sup> FONSECA, Maria Cecília Londres. O Patrimônio em Processo. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ. Minc-IPHAN. 1997, p. 58, *apud* FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário Aurélio da língua Portuguesa. 3ª edição. Curitiba: Ed. Positivo. 2004, p. 1508, verbete *patrimônio*.

Sandra Cureau, ao discorrer sobre a complexidade e expansão da noção de patrimônio cultural destaca:

[...], o patrimônio cultural tem uma carga identitária como testemunho da formação de um povo ou de um país, ou seja, de sua existência coletiva, pois, como lembra Fernando Ainsa, 'cada época histórica tende a criar sua própria singularidade, seu modo de viver e pensar, seu sistema fechado de referências, sua cláusula protetora diante das mudanças'<sup>16</sup>.

Esta autora também ressalta que a noção de patrimônio cultural tem se expandido em um curto período de tempo de modo que, o que hoje se conhece como 'patrimônio' cultural não é o mesmo que era há 20 ou 50 anos atrás e, provavelmente não será o mesmo daqui a 20 anos:

Como acumulação contínua de bens diversificados, que pertencem ao passado de uma comunidade, o patrimônio cultural engloba desde obras de arte até bens de natureza imaterial, que sejam portadores de referência à identidade, à ação e a memória de um povo, incluindo sítios urbanos e de valor histórico, os bens integrantes do patrimônio paisagístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico<sup>17</sup>.

A Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, ao adotar, em 1972, durante sua Convenção-geral reunida em Paris, no período de 17 de outubro a 21 de novembro daquele ano, a Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, estabelece em seu artigo 1 que, para os fins daquele documento, são considerados patrimônio cultural:

- os monumentos: obras arquitetônicas, esculturas ou pinturas monumentais, objetos ou estruturas arqueológicas, inscrições, grutas e conjuntos de valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência;
- os conjuntos: grupos de construções isoladas ou reunidas, que, por sua arquitetura, unidade ou integração à paisagem, têm valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência;
- os sítios: obras do homem ou obras conjugadas do homem e da natureza, bem como áreas, que incluem os sítios arqueológicos, de valor universal

---

<sup>16</sup> CUREAU, Sandra. Patrimônio, uma noção complexa, identitária e cultural. In *Desafios do Direito Ambiental no Século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. Organização: SOARES, Inês Virgínia Prado; Sandra Akemi Shimada Kishi e Solange Teles da Silva. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 728.

<sup>17</sup> CUREAU, Sandra. Op. cit., p. 729-730.

excepcional do ponto de vista histórico, estético, etnológico ou antropológico.

A conceituação adotada pela Convenção é fixada a partir dos objetos que integram o patrimônio cultural, enquanto que a definição proposta por José Afonso da Silva, extraída da Constituição Federal de 1988, além de indicar o conteúdo do patrimônio cultural, aponta as características que o qualificam como tal. Se o bem ou conjunto de bens for referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, integra, por determinação constitucional, o patrimônio cultural brasileiro, que nas palavras do eminente constitucionalista é:

[...] constituído dos bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, desde que portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver, as criações científicas, artísticas e tecnológicas, as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais e os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico<sup>18</sup>.

Temos ainda que nos referir, como parte do patrimônio cultural brasileiro, aos bens culturais de natureza imaterial, que foram, inclusive, objeto de preocupação quando da Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO, durante a sua 32ª Conferência Geral realizada em Paris, no período de 29 de setembro a 17 de outubro de 2003, quando se adotou, no dia 17 de outubro de 2002, a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial.

Esta Convenção, promulgada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 22, de 01 de fevereiro de 2006 e pelo Poder Executivo brasileiro através do Decreto nº 5.753, de 13 de abril de 2006, entrou em vigor internacional em 20 de abril de 2006, e vigora para o Brasil a partir de 1º de junho de 2006.

---

<sup>18</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 29ª edição. São Paulo: Malheiros. 2007, p. 845.

O artigo 216<sup>19</sup> da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, constitui a norma fundamental no direito brasileiro; eis que, além de oferecer o conceito e a qualificação do que seja o patrimônio cultural do país, indica a obrigatoriedade do Poder Público, com a colaboração da comunidade, de protegê-lo, bem como coloca uma série de instrumentos à disposição para tanto, dentre os quais o tombamento.

O próprio José Afonso da Silva expressamente diz: “vê-se daí que, hoje, o tombamento é apenas uma das formas possíveis de proteção do patrimônio cultural”<sup>20</sup>.

A referência temporal feita pelo constitucionalista, ao indicar que hoje em dia é que se verifica ser o tombamento apenas um dos instrumentos disponíveis à proteção do patrimônio cultural brasileiro, nos remete a uma outra necessária diferenciação, qual seja, entre tombamento e preservação, comumente entendidos como sinônimos na doutrina tradicional.

Sônia Rabello de Castro já advertia quanto a isto, quando ensinava que “o conceito de preservação é genérico”, onde se pode compreender toda e qualquer ação do Estado que vise proteger o seu patrimônio cultural<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> BRASIL. Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 11<sup>a</sup> edição. São Paulo: RT, 2006. 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. § 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. § 2º - Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem. § 3º - A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais. § 4º - Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei. § 5º - Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos. § 6º - É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a fundo estadual de fomento à cultura até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, para o financiamento de programas e projetos culturais, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de: I - despesas com pessoal e encargos sociais; II - serviço da dívida; III - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados.”

<sup>20</sup> SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 845.

No que se refere aos bens culturais de natureza imaterial, que constituem o patrimônio cultural brasileiro, não cabe falar em tombamento como instrumento de preservação, eis que tais bens serão levados a registro em um dos livros específicos, nos termos do Decreto nº 3.551, de 04 de agosto de 2000, e passarão a receber a tutela estatal em sua preservação.

Embora tal registro seja equivalente, em termos de procedimento administrativo, ao tombamento, deste não se trata em razão das peculiaridades de tais bens, cuja natureza não comporta uma definição precisa e objetiva, bem como os efeitos e a natureza jurídica são bastante diferentes.

Paulo Affonso Leme Machado, por sua vez, recomenda que se faça uma distinção entre o *caput* do artigo 216 e seus incisos. Eis que, a seu juízo, o *caput* se refere à identidade, à ação e à memória dos grupos formadores da sociedade brasileira, enquanto que “os quatro incisos do mesmo artigo apresentam a relação de bens de natureza material e imaterial que podem ou não se relacionar com os grupos formadores da sociedade brasileira”<sup>22</sup>.

De qualquer sorte, o que deve ser fixado, desde já, é que o patrimônio cultural brasileiro se compõe de bens de natureza material e imaterial, todos protegidos pela ordem jurídica, sendo que, para cada uma das categorias de bens, existem instrumentos de proteção para a conservação, como por exemplo, os registros para os bens imateriais; os mecanismos da Lei nº 3.924, de 26 de julho de 1961, para os monumentos arqueológicos e pré-históricos; e o tombamento para os bens materiais que representam objetos, documentos, edificações ou conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, etc.

---

<sup>21</sup> CASTRO, Sonia Rabello. O Estado na Preservação de Bens Culturais. Rio de Janeiro: Renovar. 1991, p. 5.

<sup>22</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 7ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 726.

Quando nos referirmos ao patrimônio cultural brasileiro tratamos apenas da parte que poderá ser tombada, sem que haja necessidade de fazer qualquer distinção ao longo do texto, eis que esta parte integra o todo.

### **3. Do tombamento**

#### **3.1 Conceito de tombamento**

O conceito de tombamento tradicionalmente considerado é aquele oferecido pela doutrina do direito administrativo, como se pode ver em José Cretella Júnior, para quem o “tombamento é a operação material da inscrição do bem, móvel ou imóvel no livro público respectivo”<sup>23</sup>. A consequência imediata do ato será a imposição, pelo Estado, de restrição parcial ao direito de propriedade, com a finalidade de conservar objetos móveis e imóveis considerados de interesse para a proteção do patrimônio cultural.

Para Diógenes Gasparini:

“O tombamento, entre nós, é ato administrativo que submete bens ou coisas, particulares ou públicas, a um regime especial de proteção em razão de sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, ou por encerrar excepcional valor artístico, paisagístico, arqueológico, etnográfico ou bibliográfico, a fim de evitar o seu perecimento”<sup>24</sup>.

Observemos que não só os bens privados estão sujeitos a este regime especial de submissão à tutela estatal, uma vez que, hoje, qualquer bem identificado como integrante do patrimônio cultural poder ser objeto de tombamento, inclusive os bens públicos de qualquer esfera da federação brasileira.

Esclarece Gasparini que a palavra *tombo*, com sentido de registro, inventário, foi utilizada para designar o Arquivo Nacional português, fundado por D.

---

<sup>23</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 74, verbete Tombamento. São Paulo: Saraiva. 1977, p. 1-2.

<sup>24</sup> GASPARINI, Diógenes. Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 74, verbete Tombamento. São Paulo. Saraiva: 1977, p. 17.

Fernando em 1375, em uma das torres da muralha que cercava Lisboa, que ficou conhecida como a Torre do Tombo.

Para Hely Lopes “é a declaração pelo Poder Público do valor histórico, artístico, paisagístico, turístico, cultural ou científico de coisas ou locais que, por essa razão, devam ser preservados, de acordo com a inscrição em livro próprio”<sup>25</sup>.

A expressão “livro próprio”, na conceituação acima, faz sentido se levarmos em consideração o fato de que a legislação brasileira que disciplina o procedimento de tombamento define, de acordo com o objeto a ser tombado, em qual livro o bem ou conjunto de bens deve ser inscrito.

Em nota de pé de página esclarece Hely Lopes:

As expressões *Livros do Tombo* e *tombamento* provêm do direito português, onde a palavra *tombar* significa *inventariar, arrolar* ou *inscrever* nos arquivos do Reino, guardados na *Torre do Tombo*. Por tradição, o legislador brasileiro conservou as expressões reinícolas na nossa lei de tombamento. E fez bem, porque começou, assim, a preservar o nosso patrimônio lingüístico, dando exemplo aos que vão cumprir a lei<sup>26</sup>.

Para Lúcia Valle Figueiredo:

Tombamento, de maneira singela, é o ato administrativo constitutivo por meio do qual a Administração Pública, ao reconhecer à luz de manifestações técnicas, que determinado bem se enquadra nos pressupostos constitucionais e legais e, no confronto do caso concreto com os valores resguardados pela Constituição, verifica a necessidade de conservá-lo e determina a sua preservação, com a conseqüente inclusão no Livro do Tombo<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros. 2000, p. 524.

<sup>26</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 524.

<sup>27</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª Edição. São Paulo: Malheiros. 2006, p. 314.

A conceituação acima se reveste de grande importância na medida em que indica etapas essenciais do procedimento onde se incluem as manifestações técnicas, bem como ressalta a necessidade de observância dos valores resguardados pela Constituição Federal brasileira, dentre os quais a obediência rigorosa ao devido processo legal, no que a doutrina moderna se coloca em absoluta concordância.

Por sua importância na discussão acerca da natureza jurídica, necessário ainda colacionar o conceito apresentado por Di Pietro, para quem “o tombamento é a forma de intervenção do Estado na propriedade privada, que tem por objetivo a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional<sup>28</sup>”.

Não obstante a restrição do conceito, eis que se trata de instrumento para a proteção do patrimônio cultural, que tem maior amplitude do que patrimônio histórico e artístico, a referência à intervenção do Estado na propriedade privada tem relevância na compreensão do instituto, considerando os demais valores protegidos pela Constituição Federal, dentre eles o direito de propriedade.

Cabe ainda observar que também os bens públicos, que se enquadram no conjunto daqueles que integram o patrimônio cultural brasileiro, podem ser objeto de tombamento, não cabendo aqui um maior aprofundamento acerca da automaticidade ou não deste, em face de possível interpretação extensiva do disposto no § 5º do artigo 216 da Constituição Federal<sup>29</sup>, que a nosso juízo não tem cabimento.

A jurisprudência pátria também já fez incursões na conceituação do tombamento, inclusive, como meio de proteção ao patrimônio cultural brasileiro, como se pode ver na AC 94.01.07553-0/PA, Tribunal Regional Federal da 1ª Região,

---

<sup>28</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12ª edição. São Paulo: Atlas, 2000, p. 131.

<sup>29</sup> BRASIL. Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 11ª edição. São Paulo: RT, 2006. “Art. 216. [...] § 5º Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos”.

Rel. Juiz Carlos Fernando Mathias, Segunda Turma, DJ de 21/08/1997, p.65535<sup>30</sup> e no Recurso Especial 30519/RJ<sup>31</sup>. Porém, ainda não são facilmente localizáveis, na jurisprudência, as referências ao tombamento como instituto de direito urbanístico.

O direito urbanístico<sup>32</sup> vem se consolidando como um novo ramo do direito a partir da Constituição Federal de 1988, sendo que a inclusão do tombamento como instrumento de política urbana se dá com a edição da Lei federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001, que em seu artigo 4º expressamente se refere ao tombamento como um dos instrumentos de política urbana.

---

<sup>30</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. ADMINISTRATIVO. TOMBAMENTO. 1. O tombamento constitui ato complexo que, como bem sabido, caracteriza-se pela manifestação sucessiva de dois ou mais órgãos da administração, quer singular, quer coletivo. 2. O ato de tombamento só se completa com o ato de homologação e não retira ele do particular a sua propriedade, mas tão-só, no interesse do bem cultural a ser preservado, limita o seu uso, sob determinados aspectos como, por exemplo, demolição ou modificação de fachada. 3. É o tombamento a intervenção do Estado no domínio da propriedade privada, frise-se, tão-só para preservá-la no interesse, por exemplo, histórico, artístico ou paisagístico. 4. Apelação e remessa providas, para julgar extinto o processo sem julgamento do mérito, com base no art. 267, VI, do CPC. 5. Custas pela apelada e verba honorária de 10% sobre o valor atualizado da causa. (AC 94.01.07553-0/PA, Rel. Juiz Carlos Fernando Mathias, Segunda Turma, DJ de 21/08/1997, p.65535).

<sup>31</sup> ADMINISTRATIVO. TOMBAMENTO. CONCEITO DE BEM VINCULADO A "FATOS MEMORÁVEIS DA HISTORIA PÁTRIA" E DE "EXCEPCIONAL VALOR ARTISTICO". NULIDADE, NO CASO, CARACTERIZADA. I - o tombamento e a desapropriação são meios de proteção do patrimônio cultural brasileiro, consistentes em atos administrativos, que traduzem a atuação do poder público mediante a imposição de simples restrição ao direito de propriedade ou pela decretação da própria perda desse direito. O tombamento localiza-se "no início duma escala de limitações em que a desapropriação, ocupa o ponto extremo" (J. Cretella Junior). II - as restrições ou limitações ao direito de propriedade, tendo em conta a sua feição social, entre as quais se insere o tombamento, decorre do poder de polícia inerente ao Estado, que há de ser exercitado com estrita observância ao princípio da legalidade e sujeição ao controle do Poder Judiciário. Cabe a este dizer, a vista do caso concreto, se se trata de simples limitação administrativa ou de interdição ou supressão do direito de propriedade, hipótese esta que só pode ser alcançada por meio de desapropriação. III - Constituição Federal, arts. 5., XXII, XXIII e XXIV, e 216, par. 1. Decreto-lei n. 25, de 30.11.37, arts. 1., 7. E 19. Decreto-lei n. 3.365, de 21.06.41, art. 5., letras "k" e "l". IV - Recurso Especial não conhecido. (RESP 30.519/RJ, Rel. Ministro Antonio Torreão Braz, Segunda Turma, julgado em 25.05.1994, DJ 20.06.1994 p. 16077).

<sup>32</sup> Para José Afonso da Silva, o direito urbanístico pode ser definido em sua dimensão objetiva como sendo "o conjunto de Normas que tem por objeto organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade", e, como ciência, "é o ramo do direito público que tem por objeto expor, interpretar e sistematizar as normas e princípios disciplinadores dos espaços habitáveis". Assinala este constitucionalista que uma das características distintivas das normas urbanísticas e que não se encontra em outras normas jurídicas é a coesão dinâmica, a fim de denotar que sua eficácia somente (ou especialmente) decorre de grupos complexos e coerentes de normas e tem sentido transformacionista da realidade. *In* Direito Urbanístico Brasileiro. 2ª edição. São Paulo: Malheiros. 1997. p.p. 42 e 53/54.

Ao tombamento, juntamente com a desapropriação, a servidão administrativa e as limitações administrativas, é dada a qualificação de “instituto jurídico e político”<sup>33</sup> à disposição do Estado na execução de seu mister no que se refere à política urbana.

Dessa forma, é visível a fragilidade dos conceitos de tombamento até aqui indicados pela doutrina e jurisprudência, eis que em nenhum momento se vincula ao primado constitucional de garantia do bem estar e a qualidade de vida da presente e futuras gerações. A proposição de um novo conceito ficará para o aprofundamento deste trabalho em uma pesquisa mais específica.

Não obstante isso, como se vê em André Azevedo da Fonseca, já é possível vislumbrar uma mudança, pelo menos no discurso, do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional:

O tombamento é um ato administrativo realizado pelo poder público com o objetivo de preservar, através de legislação específica, os bens de valor histórico, cultural, arquitetônico, ambiental e afetivo de uma comunidade. O objetivo é impedir legalmente que esse patrimônio coletivo (fotografias, livros, mobiliários, utensílios, obras de arte, edifícios, florestas, cachoeiras, etc) seja descaracterizado ou destruído.

De acordo com o IPHAN, a proteção do patrimônio ambiental urbano está diretamente vinculada à melhoria da qualidade de vida da população, ‘pois a preservação da memória é uma demanda social tão importante quanto qualquer outra atendida pelo serviço público’. Assim, o tombamento não tem por objetivo ‘congelar’ a cidade. ‘De acordo com a Constituição Federal, tomar não significa cristalizar ou perpetuar edifícios ou áreas, inviabilizando toda e qualquer obra que venha contribuir para a melhoria da cidade. Preservação e revitalização são ações que se complementam e, juntas, podem valorizar bens que se encontram deteriorados’<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. “**Art. 4º** Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos: [...] V - institutos jurídicos e políticos: a) desapropriação; b) servidão administrativa; c) limitações administrativas; d) tombamento de imóveis ou de mobiliário urbano; e) instituição de unidades de conservação; f) instituição de zonas especiais de interesse social; g) concessão de direito real de uso; h) concessão de uso especial para fins de moradia; i) parcelamento, edificação ou utilização compulsórios; j) usucapião especial de imóvel urbano; l) direito de superfície; m) direito de preempção; n) outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso; o) transferência do direito de construir; p) operações urbanas consorciadas; q) regularização fundiária; r) assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos; s) referendo popular e plebiscito;”.

<sup>34</sup> FONSECA, André Azevedo da. Disponível em: <http://www.revelacaoonline.uniube.br/portfoliocronologia/p2tomb.html>. Acesso em 12 mar. 2008, 15h37m.

O Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional também oferece um conceito de tombamento nos seguintes termos:

“O tombamento é um ato administrativo realizado pelo Poder Público com o objetivo de preservar, por intermédio da aplicação de legislação específica, bens de valor histórico, cultural, arquitetônico, ambiental e também de valor afetivo para a população, impedindo que venham a ser destruídos ou descaracterizados”<sup>35</sup>.

Na lição de Diógenes Gasparini, “o fundamento da atribuição de tomar, exercida pela Administração Pública, é tríplice: *político, constitucional e legal*”.

O fundamento político reside no domínio eminente reconhecido e exercido pelo Estado sobre todas as coisas, bens e pessoas situados em seu território. O constitucional está explicitado no art. 216, § 1º da Lei Maior. O fundamento legal, no âmbito da União, está no Decreto-lei federal n. 25/37, conhecido como Lei do tombamento, e em alterações posteriores<sup>36</sup>.

Cumprido acrescentar que também a Lei federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001, sem prejuízo de outras disposições constitucionais e legais aplicáveis em cada caso concreto, se constitui em fundamento legal para que a Administração Pública proceda ao tombamento de bens individualizados ou em conjunto.

### **3.2 Tipos de tombamento**

A doutrina brasileira, a partir do conteúdo normativo do Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, identifica vários tipos de tombamento, sem grandes controvérsias.

Diógenes Gasparini, por exemplo, referindo-se a uma classificação, amplamente aceita, ensina que o tombamento, nos termos dos artigos 6º e 7º da Lei de Tombamento, pode ser voluntário ou compulsório, tendo em conta a atitude do

---

<sup>35</sup> BRASIL. Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/portal/montarDetalheConteudo.do?id=12691&retorno=detalhePerguntasFrequentes&sigla=PerguntasFrequentes>, Acesso em 12 mar.2008, 15h31m.

<sup>36</sup> GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 592.

sujeito passivo que é o proprietário ou a pessoa jurídica ou órgão que tenha apenas a guarda do bem a ser tombado.

[...] é voluntário sempre que o proprietário solicitar o tombamento [...], ou a ele anuir, por escrito, após a notificação que lhe for feita pela IPHAN sobre a inscrição do bem em um dos Livros do Tombo. É compulsório quando o proprietário não anuir ou impugnar o ato de tombamento, e essa impugnação não for aceita (arts 8º e 9º) <sup>37</sup>.

Para Gasparini, o tombamento ser ainda individual e geral, provisório e definitivo (art. 10, Decreto-lei nº 25/37). É individual quando atinge certo e determinado bem. É geral quando atinge todos os bens que integram uma comunidade. É provisório quando, identificado o bem como, pelo menos em tese, integrante do patrimônio cultural, é dado início ao procedimento administrativo com a notificação do proprietário do bem a ser tombado, sendo definitivo quando o procedimento cumpriu todas as suas fases e o bem foi inscrito em um dos Livros do Tombo<sup>38</sup>.

Sônia de Castro<sup>39</sup> entende que a distinção entre tombamento voluntário e compulsório, ficou superada com a Lei nº 6.292, de 1975, que tornou obrigatória a manifestação do Conselho Consultivo e homologação ministerial em todos os casos de tombamento, eis que a principal razão legal para tal distinção era a possibilidade de inscrição do bem, no Livro do Tombo pertinente, por simples ato do Diretor do órgão encarregado quando o proprietário anuía expressamente com o ato.

Di Pietro, na mesma linha doutrinária, entende que o tombamento pode ser de várias modalidades. Segundo a constituição ou procedimento: de ofício, voluntário ou compulsório; quanto à eficácia: provisório ou definitivo; e quanto aos destinatários: geral e individual.

Pelo Decreto-lei nº 25, o tombamento distingue-se conforme atinja bens públicos ou particulares. Quando incide **bens públicos**, tem-se o

---

<sup>37</sup> GASPARINI, Diógenes. Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 74, verbete Tombamento. São Paulo: Saraiva. 1977, p. 20.

<sup>38</sup> GASPARINI, Diógenes. Op. cit., p. 20.

<sup>39</sup> CASTRO, Sonia Rabello. O Estado na Preservação de Bens Culturais. Rio de Janeiro: Renovar. 1991, p. 56.

tombamento **de ofício**, previsto no artigo 5º, que se processa mediante simples notificação à entidade a quem pertencer (União, Estado ou Município) ou sob cuja guarda estiver a coisa tombada: com a notificação, a medida começa a produzir efeitos<sup>40</sup>.

Com relação a ser provisório ou definitivo, esclarece Maria Sylvia, a distinção se verifica “conforme esteja o respectivo processo iniciado pela notificação ou concluído pela inscrição dos referidos bens no competente Livro do Tombo”<sup>41</sup>; quanto a ser individual ou geral, verifica-se um e outro caso, quando o tombamento atinge um bem determinado ou atinge todos os bens situados em um bairro ou cidade.

Considerando a atual ordem constitucional, especialmente no tocante à autonomia dos entes que integram a federação brasileira e as suas respectivas competências constitucionais, entendemos que o artigo 5º do Decreto-lei nº 25, de 1937, não mais vigora, podendo-se dizer que não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1998, não sendo, dessa forma, cabível falar em tombamento de ofício.

Sônia de Castro, mesmo antes da atual ordem constitucional, já lecionava a inaplicabilidade do artigo 5º da Lei de Tombamento, em razão de que a Lei nº 6.292, de 15 de dezembro de 1975, determina que o tombamento de bens no Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) previsto no Decreto-lei 25, de 30 de novembro de 1937, dependerá de homologação do Ministro de Estado a que esteja vinculado e de prévio parecer do Conselho Consultivo do referido órgão<sup>42</sup>.

### **3.3 Do objeto material do tombamento**

Vistos os conceitos de tombamento e patrimônio cultural verifica-se que pode ser objeto do tombamento todo e qualquer bem ou conjunto de bens materiais que, após os devidos estudos técnicos, possa ser considerado como integrante do

---

<sup>40</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12ª edição. São Paulo: Atlas, 2000, p. 133.

<sup>41</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 133

<sup>42</sup> CASTRO, Sonia Rabello. *O Estado na Preservação de Bens Culturais*. Rio de Janeiro: Renovar. 1991, p. 47 - 54.

patrimônio cultural brasileiro, nos termos do disposto no artigo 216 da Constituição da República Federativa do Brasil.

É claro que o parágrafo 5º do artigo 216 da constituição da República Federativa do Brasil já estabeleceu que “ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos”. Contudo, também nesses casos, haver-se-á de identificar os objetos portadores da caracterização dada pela norma constitucional.

Sônia de Castro reafirma o entendimento no sentido de que o tombamento, como instrumento de preservação do patrimônio cultural, somente se aplica a coisas móveis e imóveis; “para outras categorias não materializáveis não é próprio o uso do instrumento do tombamento para protegê-los”<sup>43</sup>.

É importante destacar a inteligência desta doutrinadora, uma das maiores especialistas brasileiras na matéria, quando, ao estudar o objeto do tombamento, salienta:

O art. 1º do Decreto-lei nº 25/37, ao referir-se ao objeto de sua proteção, se adequa ao entendimento de que, embora seja a coisa que detém o valor a ser preservado, este valor dela se destaca, constituindo-se um bem que, por ser imaterial e não econômico, é insusceptível de apropriação individual. O valor contido nas coisas de interesse cultural formam (sic), no seu todo, o ‘patrimônio histórico e artístico nacional’, que é uma universalidade que, como bem jurídico, interessa a toda a coletividade, à sociedade nacional.

Ora, se o patrimônio cultural nacional, uma vez reconhecido através da preservação, é bem de interesse da coletividade, pode-se inferir que esta comunidade de cidadãos passa a ter o direito público subjetivo de tê-lo protegido<sup>44</sup>.

Considerando o texto acima transcrito, cabe observar que o patrimônio cultural já está definido na Constituição Federal. O que se vai reconhecer é se o bem ou o conjunto de bens integra ou não o patrimônio cultural e se, uma vez integrante desse patrimônio coletivo, dessa universalidade, será merecedor da proteção estatal, com a colaboração da comunidade, que ao mesmo tempo passa a ser titular

---

<sup>43</sup> CASTRO, Sonia Rabello de. O Estado na Preservação de Bens Culturais. Rio de Janeiro. Renovar: 1991, p. 70

<sup>44</sup> CASTRO, Sonia Rabello de. Op. cit., p. 68-69

de um direito e de uma parte da responsabilidade em assegurar o exercício deste direito.

A preservação a ser alcançada pelo tombamento não é meio através do qual se reconhece o patrimônio cultural nacional como sugere o texto transcrito; ao contrário, é conseqüência do reconhecimento de que a existência deste é um dever imposto pela ordem jurídica brasileira ao Estado e à própria comunidade, destinatária final e co-responsável pelo exercício do direito à preservação dos bens que integram o patrimônio cultural.

O tombamento, importante frisar, é um dos instrumentos colocados à disposição do Estado para a preservação do patrimônio cultural. Cabe destacar mais uma vez, que o tombamento e a preservação não se confundem.

Somente serão objetos de tombamento os bens considerados, após detida análise, como integrantes do patrimônio cultural brasileiro, surgindo a partir daí a obrigatoriedade legal de preservação de tais bens. O procedimento de tombamento será descrito e analisado mais à frente neste trabalho.

As observações acima nos levam a consolidar o conceito de patrimônio cultural, e sugerem a existência de vários efeitos do ato de tombamento com o propósito de preservar os bens integrantes desse patrimônio.

No que se refere ao objeto de tombamento, cabe ainda anotar a lição de Di Pietro que afirma categoricamente que “tombamento pode atingir bens de qualquer natureza: móveis ou imóveis, materiais ou imateriais, públicos ou privados”<sup>45</sup>.

A insigne professora parece confundir preservação com tombamento, cuja distinção já delineamos neste trabalho, eis que os bens por ela indicados podem e devem ser objeto de preservação pelo Estado, com a participação da sociedade, desde que integrantes do patrimônio cultural brasileiro. Porém, os bens culturais de natureza imaterial, embora parte do patrimônio cultural, serão protegidos através dos

---

<sup>45</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo. 12ª edição. São Paulo: Atlas, 2000, p. 132.

registros em livros específicos, nos termos do Decreto nº 3.551, de 04 de agosto de 2000. Não serão, portanto, objeto de tombamento.

O que importa ressaltar é que, identificado o bem como integrante do patrimônio cultural a ser protegido através do tombamento, este deverá ser especificamente determinado “de forma clara e precisa”<sup>46</sup>, conforme lição de Castro, que leciona não poder haver tombamento sem especificação do bem, móvel ou imóvel, sobre o qual incidirão os efeitos.

Ensina a eminente professora Sônia que o artigo 1º do Decreto-lei nº 25, de 1937, está a apontar a necessidade de se determinar com clareza o objeto do tombamento a ser conservado, em razão do interesse público, por causa do valor cultural de tal bem:

Nada obsta, no entanto, que a especificação do objeto do tombamento se faça pelo seu conjunto, nos casos em que é o conjunto, enquanto tal, que tem interesse de ser tutelado (sic), e não cada coisa individualmente considerada. Havendo o tombamento do conjunto de coisas, incidirão os efeitos do tombamento sobre todas as suas partes. O ato de tombamento que irá definir o bem a ser protegido não necessitará, portanto, de especificar as partes do todo, desde que determine, de forma clara e precisa o todo. É o todo, o conjunto das partes, que é o bem imaterial, objeto da tutela do Estado. Desta forma, quando o ato de tombamento determinar o valor cultural do núcleo cultural de uma cidade, especificando os limites físicos do objeto tombado, todos os imóveis inseridos naquele espaço passam a fazer parte do todo tombado, como parte do mesmo<sup>47</sup>.

O que é essencial é a caracterização, a identificação objetiva do bem tombado, seja ele um conjunto ou um bem individual, de modo a não deixar dúvidas sobre o alcance da ação estatal, inclusive, devidamente discriminado o seu entorno, eis que sobre este também incidirão efeitos do tombamento, cabendo ao órgão competente para o ato e encarregado da preservação estabelecer, para cada tombamento, os critérios pelos quais protegerá a visão do bem tombado, em observância ao disposto no artigo 18 do Decreto-lei nº 25, de 1937.

---

<sup>46</sup> CASTRO, Sonia Rabello. Op. cit., p. 71

<sup>47</sup> CASTRO, Sonia Rabello. Op. cit., p. 71.

Naturalmente que, tombado um conjunto arquitetônico, não haverá repercussão sobre os móveis que guarnecem o interior dos imóveis que integram aquele conjunto, ficando sob tutela apenas os prédios, ruas, monumentos, vegetação que adere ao solo, etc.

Uma atenção especial merece ser dada ao caso de Brasília, tombada apenas em seu plano piloto e tendo como definição do objeto tombado a especificação subjetiva das quatro escalas, em especial “a escala bucólica, que confere à Brasília o caráter de cidade parque<sup>48</sup>”.

Com relação à Brasília, não há dúvidas quanto à delimitação territorial do objeto tombado: porém, quanto ao mais, há uma série de discussões, às quais deveremos voltar em um estudo específico a ser desenvolvido no futuro. Não há sequer uma definição exata do que seja o entorno do objeto tombado e quais restrições urbanísticas ou de outra natureza devem ser observadas e respeitadas na preservação da ambiência do objeto tombado.

Com a evolução e inclusão do instituto do tombamento como instrumento de política urbana na Lei nº 10.257, de 2001, a necessidade de se caracterizar e identificar adequadamente o objeto tombado ganha relevo, eis que poderá interferir na ordem urbanística e em especial no planejamento e controle do desenvolvimento urbano, principalmente se considerarmos a competência concorrente para o tombamento e a competência municipal para o estabelecimento e gerenciamento da política urbana.

Sônia Rabello ressalta que, quando a administração federal ou estadual promove o tombamento de uma área urbana, isto deve ser considerado e respeitado pelos agentes públicos municipais ao praticarem atos de gestão urbana, para os quais são constitucionalmente competentes. A autora também destaca:

[...]. Conseqüentemente, qualquer licenciamento de obra só poderá ser deferido pelo Município se forem observadas as restrições impostas pela pessoa jurídica de direito público que tutela o tombamento e seu entorno.

---

<sup>48</sup> DISTRITO FEDERAL. Decreto nº 10.829, de 14 de outubro de 1987. DODF, nº 201, Ano XII, Suplemento. Brasília, 23 de outubro de 1987.

Contudo, só é possível cumprir uma determinação quando se conhece o seu conteúdo, e os seus limites – estes, necessariamente relacionados à sua motivação. Isto significa dizer que o ato de imposição de tombamento nos núcleos tombados, como aliás (sic) é obrigatório para qualquer ato da administração pública (sic), terá de ter clara a demarcação de seu objeto físico (que é, por decorrência, o limite de incidência das obrigações), bem como especificadas as regras que deverão, a partir de então, ser observadas. A razão prática disto é simples: não se pode cumprir aquilo que não se conhece! A especificação da área tombada, seu entorno, e as restrições básicas que dela decorrem é, ao meu ver (sic), condição necessária para a efetividade dos efeitos do tombamento, e decorrente lógico do princípio constitucional da publicidade<sup>49</sup>.

Sobre esse ponto, que precisa ser compreendido exatamente no contexto acima abordado, tendo o tombamento do conjunto urbanístico de Brasília como objeto da discussão, há decisões interessantes do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios<sup>50</sup> e do Superior Tribunal de Justiça<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> CASTRO, Sonia Rabello. Estatuto da Cidade e a Preservação do Patrimônio Cultural Federal. In Temas de Direito Urbanístico, 4. Coordenador: Daniel Roberto Fink. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado. Ministério Público do Estado de São Paulo, 2005, p. 39 – 51.

<sup>50</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. TOMBAMENTO DE BRASÍLIA. MUDANÇA DE DESTINAÇÃO DE ÁREA, AUTORIZADA POR LEI LOCAL. POSSIBILIDADE. O tombamento de Brasília como Patrimônio Cultural e Histórico da Humanidade não impede a modificação, por lei local, da destinação de área que visa atender o interesse da coletividade, se isso não interfere no tombamento nem descaracteriza o patrimônio por ele protegido. Autorização para instalação de igreja, em entrequadra originariamente destinada a clube de vizinhança. Possibilidade, porque as entrequadras foram destinadas, no plano original da Cidade, também a atividades religiosas. (APC4492097, Relator WELLINGTON MEDEIROS, 3ª Turma Cível, julgado em 08/09/1997, DJ 19/11/1997 p. 28.370).

<sup>51</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL. INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL - IPHAN. PRÉVIA MANIFESTAÇÃO ACERCA DE CONSTRUÇÃO DE EDIFÍCIO NO PLANO PILOTO DE BRASÍLIA. ARTIGO 17 DO DECRETO-LEI N. 25/37. OBSERVÂNCIA ÀS NORMAS LEGAIS, NO CASO CONCRETO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.

Cinge-se a controvérsia à necessidade de prévia autorização do IPHAN para construção de edifício localizado na entrequadra 414/415 sul, no Plano Piloto de Brasília, tombado nos termos da Portaria n. 04, 13.03.90, do Secretário do IBPC do Ministério da Cultura, e do Decreto n. 10.829, de 14.10.87. Da análise do artigo 17 do Decreto-lei n. 25/37, conclui-se que não é obrigatória a prévia manifestação do IPHAN, antigo IBPC, em casos como o dos autos, em que não houve destruição, demolição ou mutilação de coisa tombada, mas construção de edifício autorizada pelo Governo do Distrito Federal.

Ainda que assim não fosse, o exame acurado dos autos demonstra que a edificação se deu em conformidade com as determinações legais da época. Por tal razão, o Departamento de Licenciamento e Fiscalização de Obras da Secretaria de Viação e Obras do Governo do Distrito Federal concedeu o Alvará de Construção n. 34/92.

Mais a mais, ressalte-se que a demolição parcial do prédio, a essa altura, seria medida desarrazoada, seja porque a construtora obteve o devido alvará de construção do GDF, seja porque traria um ônus excessivo para os comerciantes e proprietários das unidades comerciais do edifício.

Recurso especial não conhecido. (REsp 290.460/DF, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 13.05.2003, DJ 23.06.2003 p. 302).

Importante, ainda sob o enfoque do direito urbanístico, aderir ao entendimento de Sônia Rabello no sentido de que o tombamento de um bem imóvel não significa que o uso também o foi, eis que o uso, enquanto utilidade urbanística de determinado lote ou edificação, não se constitui em objeto móvel ou imóvel.

Com relação ao aspecto do uso, o que pode acontecer é que, em função da conservação do bem, ele possa ser adequado ou inadequado. Assim, se determinado imóvel acha-se tombado, sua conservação se impõe; em função disto é que se pode coibir formas de utilização [...] que, comprovadamente, lhe causem dano, gerando sua descaracterização. Nesse caso, poder-se-ia impedir o uso danoso ao bem tombado, não para determinar um uso específico, mas para impedir o uso inadequado<sup>52</sup>.

Pode-se dizer, em resumo, que o objeto do tombamento é aquele bem, móvel ou imóvel, fisicamente observável, com relação ao qual se conclua, após estudos técnicos específicos, ser integrante do patrimônio cultural brasileiro que o Estado se obriga a preservar, com a participação da sociedade.

A identificação do bem como integrante do patrimônio cultural é o que motiva o ato de tombamento. Pertinente, mais uma vez, a lição de Castro:

[...]. o que motiva o tombamento é a existência fática de valor cultural no bem; este valor cultural pode ter conteúdo histórico, artístico, arqueológico, bibliográfico, etnográfico, ou de qualquer outro tipo ou categoria de conhecimento, ainda que não mencionado na lei ordinária, mas legítima e reconhecida expressão cultural. Somente entendendo deste modo o motivo do ato de tombamento é que o administrador atenderá o preceito maior e finalístico da Constituição, que é a garantia, pelo Estado, do pleno exercício dos direitos culturais (art. 215)<sup>53</sup>.

Não se pode olvidar que o artigo 3º do Decreto-lei 25, de 1937, expressamente destaca alguns bens, embora bens materiais, como não passíveis de tombamento, quer seja pela origem e propriedade, quer seja pela presunção legal de que não se revestem dos requisitos necessários para integrarem o patrimônio cultural brasileiro.

---

<sup>52</sup> CASTRO, Sonia Rabello. O Estado na Preservação de Bens Culturais. Rio de Janeiro: Renovar. 1991, p. 108.

<sup>53</sup> Idem. Op. cit., p. 90.

### **3.4 Finalidades do tombamento**

Atendidos os requisitos do objeto e da motivação, próprios de todo ato administrativo, passemos à análise da finalidade do tombamento que, nos termos do Decreto-lei 25/37, é a preservação do bem enquanto valor cultural brasileiro.

Sônia Rabello é enfática ao lecionar que a finalidade específica e imediata do tombamento é “a conservação para a proteção do bem cultural”, quando, em nota de rodapé, citando voto do Ministro Castro Nunes, destaca: ‘I – A finalidade do tombamento é conservar a coisa reputada de valor histórico ou artístico com a sua fisionomia característica’<sup>54</sup>.

Mais uma vez é importante ressaltar a necessidade de caracterização adequada do objeto a ser tombado, eis que o ato de tombamento pressupõe a existência de coisas móveis ou imóveis que sejam representativas e integrantes do patrimônio cultural brasileiro.

Logo, se por um lado, não podem ser objeto de tombamento os bens culturais que não se materializem em coisas, por outro, não devem ser tombados bens culturais que, ainda que se materializem em coisas, não se prestem à conservação. A finalidade de conservar implica em determinar claramente o que conservar e o modo como fazê-lo efetivamente.

Talvez este seja o maior desafio dos operadores do tombamento, pois, na maioria das vezes, há envolvimento de forças políticas em uma dimensão que suplanta os aspectos técnicos na definição do objeto do tombamento.

A doutrina brasileira é unânime no que se refere à finalidade explícita e visível do tombamento. Contudo, não se pode descurar que o tombamento pode marcar a atuação política de determinados governantes ou segmentos da estrutura

---

<sup>54</sup> CASTRO, Sonia Rabello. Op. cit., p. 91.

administrativa do Estado. Nesse caso, a finalidade do tombamento, pode ser implicitamente a de demarcar um espaço no tempo.

David Harvey ressalta que a hegemonia ideológica e política em toda sociedade depende da capacidade de controlar o contexto material da experiência pessoal e social em ações de compressão do espaço-tempo. Por isso as materializações e significados atribuídos ao tempo e ao espaço têm uma grande importância para a manutenção do poder político.

Ressalta este autor que compreender os processos sociais mediante os quais suas qualidades objetivas são estabelecidas, é o grande desafio que, uma vez vencido, permitirá avaliar melhor a afirmação de que, “a partir dos anos 70, vem ocorrendo algo vital para a nossa experiência do espaço e do tempo que provocou a virada para o pós-modernismo”<sup>55</sup>.

Continuando nessa linha sociológica cabe salientar a lição de Michel de Certeau, para quem, o conceito de lugar é “a ordem (seja qual for) segundo a qual se distribuem elementos nas relações de coexistência”. Em razão disso, a seu juízo, não é possível que duas coisas ocupem ao mesmo tempo o mesmo lugar, eis que “um lugar é uma configuração instantânea de posições. Implica uma estabilidade”<sup>56</sup>.

Prosseguindo em seu estudo o referido autor ressalta que “existe *espaço* sempre que se tomam em conta vetores de direção, quantidades de velocidade e a variável tempo”, ou, em suas próprias palavras:

O espaço é um cruzamento de móveis. É de certo modo animado pelo conjunto de movimentos que aí se desdobram. Espaço é o efeito produzido pelas operações que o orientam, o circunstanciam, o temporalizam e o levam a funcionar em unidade polivalente de programas conflituais ou de proximidades contratuais. [...]. Diversamente do lugar, não tem portanto a univocidade nem a estabilidade de um “próprio” (sic).

---

<sup>55</sup> HARVEY, David. *Condição Pós-moderna*. Tradução: Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 16ª edição. São Paulo: Edições Loyola. 2007, p. 207.

<sup>56</sup> CERTEAU, Michel de. *A Invenção do Cotidiano: 1. Artes de fazer*. Nova edição, estabelecida e apresentada por Luce Girard. Tradução: Ephraim Ferreira Alves. 12ª edição. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 1994, p. 201.

Em suma, *o espaço é um lugar praticado*. Assim a rua geometricamente definida por um urbanismo (sic) é transformada em espaço pelos pedestres. Do mesmo modo, a leitura é o espaço produzido pela prática do lugar constituído por um sistema de signos – um escrito<sup>57</sup>.

A provocação que ora se inicia tem como perspectiva analisar brevemente, para aprofundar em estudos posteriores (mestrado ou doutorado), o porquê de coincidirem, a onda modernista verificada nos centros urbanos dos anos 20 a 40, com um *boom* de tombamentos no Brasil, os quais foram revistos e ampliados, inclusive com inscrição de alguns na Lista do Patrimônio Cultural da Humanidade, a partir dos anos 80, quando se reconhecia a força do pós-modernismo.

Vejamos por exemplo: o conjunto histórico de Ouro Preto, Minas Gerais, tombado inicialmente em 1938, passou por uma revisão e aperfeiçoamento em 1986 e 1988. O mesmo se deu com o acervo arquitetônico de Olinda, em Pernambuco, que fora tombado em 1968 e passou por um novo tombamento e ampliação da área protegida em 1979.

O próprio tombamento pelo Estado de Minas Gerais, do Santuário de Bom Jesus de Matozinhos, em Congonhas, Minas Gerais, um conjunto arquitetônico e escultural construído pelo Aleijadinho, que se deu somente em 1971.

O centro histórico de Salvador foi tombado pelo Serviço de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional em 1984, mesma década em que ocorre o tombamento de Brasília.

Não se desconhece o *boom* de tombamentos ocorridos em 1938, logo após a edição do Decreto-lei 25, de 1937, momento que coincide com os tempos áureos do modernismo, pelo menos do modernismo canônico<sup>58</sup>. Porém, a corrida se repete a partir dos anos 70, quando o pós-modernismo, inclusive o pós-modernismo de

---

<sup>57</sup> Idem. Op. cit. p. 202.

<sup>58</sup> JAMESON, Frederic. Pós-modernismo e a sociedade de consumo. *In* O mal-estar no Pós-modernismo: Teorias e práticas. Organização de E. Ann Kaplan; tradução, Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993, p. 25-44.

reação, na conceituação de Hal Foster<sup>59</sup>, está em plena efervescência. No mesmo período, mais exatamente no ano de 1972, ocorre a aprovação da Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, pela Conferência-Geral das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, em Paris, França.

Um caso emblemático é o do centro histórico da Cidade de Diamantina, em Minas Gerais, tombada em 1938 e inscrita na Lista do Patrimônio Cultural da Humanidade em 1999, quando, apesar daquele centro histórico ter sofrido uma intervenção tipicamente modernista, em absoluto desacordo com as construções existentes, o Comitê do Patrimônio Mundial acolheu as razões apresentadas pela representação brasileira.

O professor Fernandes da Silva destaca as razões brasileiras apresentadas e acatadas pelo Comitê:

Diamantina possui um conjunto arquitetônico e urbano típico dos séculos XVIII e XIX e representa o ápice da exploração de diamantes ocorrida na mesma época. O centro histórico forma com a serra dos Cristais uma paisagem cultural que justifica a inscrição do conjunto na Lista do Patrimônio Mundial. Os critérios defendidos pela representação brasileira para fundamentar a inscrição foram: pelo fato de Diamantina representar um período do século XVIII permeado por descobertas do território brasileiro pelos aventureiros em busca de diamantes e pelos representantes da Coroa enviados à região, propiciando a formação de uma cultura extremamente original; pelo fato de o conjunto urbano de Diamantina apresentar uma situação mista de espírito aventureiro e de fonte de refinamento, características significativas da história humana; e pelo fato de ser um dos últimos exemplos representativos da formação cultural do Brasil<sup>60</sup>.

Cumprir registrar que um dos critérios para que um bem seja inscrito na Lista do Patrimônio Cultural da Humanidade é a comprovação de que o Estado interessado adotou as medidas protetoras que sejam adequadas à preservação do bem objeto de inscrição. No caso do centro histórico de Diamantina, isso aparentemente não ocorreu, eis que na década de 50 foi construído, em estilo modernista e em absoluto contraste com o centro histórico, o Hotel Tijuco, que não

---

<sup>59</sup> Apud KAPLAN, E. Ann. *In O mal-estar no Pós-modernismo: Teorias e práticas*. Organização de E. Ann Kaplan; tradução, Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993, p. 11-20.

<sup>60</sup> DA SILVA, Fernando Fernandes. *As Cidades Brasileiras e o Patrimônio Cultural da Humanidade*. São Paulo. Ed. Petrópolis/EDUSP. 2003, p. 106.

se harmoniza com o objeto tombado. Contudo, isso não foi levado em conta quando da inscrição na Lista do Patrimônio Cultural da Humanidade.

Por que fazer tais referências? Simplesmente porque, ao investigar as finalidades implícitas do tombamento, se pode especular acerca da possibilidade de certos grupos sociais, utilizarem este instrumento como forma de tentar dominar o espaço-tempo, marcando um estilo e uma época em que detinham parcela significativa de poder em sociedades determinadas.

No caso em comento, se pode verificar a presença de dois protagonistas de uma época em que eram detentores de poder e símbolos do modernismo, quais sejam: Juscelino Kubitschek de Oliveira, Governador de Minas Gerais e em seguida Presidente do Brasil, na década de 50, e o arquiteto Oscar Niemeyer, autor do projeto modernista do Hotel Tijuco em Diamantina e um dos principais responsáveis pela gestão da construção de Brasília, elaborando, inclusive, projetos de importantes monumentos e coordenando o concurso que elegeu o projeto urbanístico do plano piloto da cidade, elaborado por Lúcio Costa.

Isso efetivamente sugere que David Harvey pode estar certo quando afirma que: “a hegemonia ideológica e política em toda sociedade depende da capacidade de controlar o contexto material da experiência pessoal e social”<sup>61</sup>. Ou seja, não importa – se efetivamente ocorreu – que o artigo 17 do Decreto-lei n 25, de 1937, tenha sido violado em Diamantina, pois a força política dos protagonistas da obra do Hotel Tijuco para controlar o contexto tornavam o fato insignificante, tanto que a Cidade foi incluída na Lista do Patrimônio Mundial.

A doutrina da arquitetura também reconhece que o movimento modernista acabou por cultuar excessivamente o papel histórico de determinadas personalidades e de um pequeno grupo de intelectuais, que acabou por estabelecer

---

<sup>61</sup> HARVEY, David. *Condição Pós-moderna*. Tradução: Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 16ª edição. São Paulo. Edições Loyola. 2007, p. 207.

um conjunto de regras universais para a arquitetura de uma época de modo que imperasse o “primado do tempo sobre o lugar”<sup>62</sup>.

Paolo Portoghesi, ao estudar a evolução da arquitetura, ressalta que a produção imobiliária, mesmo configurando um conjunto de intervenções em escalas diversas que se estende sobre o tecido urbano como uma rede de sinais, não foi reputada indispensável ao estudo das transformações da arquitetura, permanecendo à sombra das grandes discussões por longo período, embora seja fato que ela constitua o tecido conectivo da cidade moderna<sup>63</sup>.

Destaca o autor que tais aspectos “serviam, no máximo, para evocar o clima de uma época, as imagens de uma sociedade ou os pálidos reflexos da ‘produção criativa’ própria dos fenômenos artísticos”, razão porque escreve:

Permanecia, portanto, sem explicação a complexidade do fenômeno da cidade, porquanto tais edificações, privadas de valores monumentais e consideradas sobretudo uma degeneração ou simplificação dos modelos eruditos, jamais eram analisadas nas suas regras de crescimento, na sua realidade regulada pelo embate dos fatores institucionais (as convenções lingüísticas, as tipologias formais e distributivas) com as novas demandas coletivas e individuais.

Esta simplificação – que leva à valorização excessiva do papel histórico das grandes personalidades criadoras e à redução, se não anulação, do significado cultural dos lugares e da contribuição coletiva no processo de transformação da cidade – serviu ao desenvolvimento da ideologia do Movimento Moderno (sic), [...]<sup>64</sup>.

A argumentação acima explica o porquê de não se ter considerado mutilado o bem tombado em 1938 – o centro histórico de Diamantina – quando de sua inscrição como Patrimônio Cultural da Humanidade em 1999, não obstante o texto explícito dos artigos 17 e 18 do Decreto Lei-25/37.

Desse modo, é fácil compreender a possibilidade de existirem finalidades implícitas no tombamento, seja em afirmação ao movimento modernista, como é o

---

<sup>62</sup> PORTOGHESI, Paolo. Depois da Arquitetura Moderna. Tradução e apresentação: Ana Luiza Nobre. São Paulo. Martins Fontes Editora. 2002, p. 27-28.

<sup>63</sup> Idem. Op. cit.

<sup>64</sup> Idem. Op. cit. p. 28.

caso de Brasília, seja como reação ao mesmo movimento, sob a orientação do pós-modernismo.

Quanto à finalidade urbanística do tombamento, nos termos do que está definido no artigo 4º, inciso V, alínea *d*, na Lei nº 10.257, de 2001, é importante destacar que tal idéia se coaduna com a concepção de espaços urbanos como bens coletivos, eis que a partir da Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural “é fundada a dimensão do pertencimento comum e de solidariedade”, muito embora, como ressalta Sandra Bernardes Ribeiro<sup>65</sup>, a noção de patrimônio urbano tenha surgido na época do Barão de Haussmann<sup>66</sup>.

A mesma autora destaca que em alguns países da Europa como França e Itália, já a partir do final da década de 70, começam a articular a política de preservação com a de desenvolvimento urbano, sendo que na França a legislação de proteção foi englobada pela legislação de urbanismo, embora registrando que o patrimônio urbanístico, por outro lado, “passa a ser um produto de consumo, atrelado ao desenvolvimento urbano e ao turismo”<sup>67</sup>.

### **3.5 Efeitos do tombamento**

Com relação aos efeitos do tombamento, podemos iniciar afirmando que, uma vez tombado o bem, recai sobre ele um manto protetor que o coloca em condição especial, de modo que o seu proprietário, embora mantenha o domínio, passa a se submeter aos encargos e proibições visando à preservação daquele objeto, eis que a finalidade específica do tombamento de um bem é a sua conservação.

---

<sup>65</sup> RIBEIRO, Sandra Bernardes. Brasília: memória, cidadania e gestão do patrimônio cultural. São Paulo: Anablume, 2005, p. 46-47.

<sup>66</sup> Segundo a Enciclopédia Livre Wikipedia, o Barão Georges-Eugène Haussmann (Paris, 27 de Março de 1809 — Paris, 11 de Janeiro de 1891) — largamente conhecido apenas como Barão de Hausmann — foi prefeito do departamento do Sena entre 1853 e 1870, tendo sido responsável pelas remodelações que ocorreram na cidade de Paris sob a iniciativa de Napoleão III e que tornaram-no uma referência na história do urbanismo e das cidades.  
Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Haussmann>. Acesso em: 31.03.2008, 16h31m.

<sup>67</sup> Idem. Op. cit. p.47-48.

Cretella Júnior destaca que os efeitos ou conseqüências do tombamento do bem se resumem ou em restrições negativas, de natureza de um *non facere*, ou em restrições positivas, verdadeiras imposições do poder público, de natureza de um *facere*<sup>68</sup>.

De fato, a partir de uma leitura direta dos artigos que integram o Capítulo III do Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, que tratam dos efeitos do tombamento, verificamos que os bens tombados não podem ser destruídos, demolidos, mutilados, reparados, restaurados, pintados, sem que o órgão de tombamento participe formalmente do ato; e ainda caberá ao proprietário conservar e vigiar o objeto do tombamento, procedendo com relação a este como um *bônus pater familias*<sup>69</sup>. E, na hipótese de pretender a sua alienação, terá que assegurar, ao ente político que efetivou o tombamento, o direito de preferência na aquisição:

Inscrito, pois, o bem, no livro de registros do tombo, o Estado investe-se num direito subjetivo público, fundamentado no poder de polícia, de fiscalizar permanentemente a coisa tombada, zelando para que conserve seus característicos e, pois, impedindo seja destruída, demolida ou mutilada, reparada, pintada ou restaurada, alienada. O Estado tem o direito de remir a dívida pela qual responde a coisa tombada, levada à praça em execução judicial. A reparação, restauração ou pintura dos bens tombados depende de prévia autorização do órgão administrativo competente; a alienação está vinculada ao direito de preferência por parte do Estado, devendo o proprietário notificá-lo para usar desse direito no prazo legal, sob pena de decadência do direito de preferência. [...].<sup>70</sup>

Cabe destacar que o artigo 19 do Decreto-lei 25, de 1937, admite a exclusão da responsabilidade pela conservação da coisa tombada quando o proprietário, comprovadamente, não possuir recursos financeiros suficientes para tanto, devendo comunicar esse fato ao órgão de preservação a fim de eximir-se das penalidades ali previstas.

---

<sup>68</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 74, verbete Tombamento. São Paulo: Saraiva. 1977, p. 5-6.

<sup>69</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. Op. cit., p. 5-6.

<sup>70</sup> Idem. Op. cit., p. 6.

Nos casos de imóveis tombados pela União, a comunicação se faz diretamente ao Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, conforme previsão expressa da Lei de Tombamento. Contudo, se a coisa é tombada apenas pelo Estado-membro ou pelo Município, poderá o proprietário invocar a aplicação do dispositivo legal acima referido caso a legislação estadual ou local não contenha tal previsão.

Diógenes Gasparini, ao tratar dos efeitos do tombamento, acaba por ressaltar sua natureza jurídico-eficaz:

Dúvida também parece não existir quando se afirma que o ato de tombamento é constitutivo. O tombamento retira o bem da categoria em que se encontra e o entroniza na categoria dos bens tombados, alterando-lhe substancialmente o regime jurídico. Nesta mudança de regime está a constitutividade do ato de tombamento.

[...].

O tombamento impõe à propriedade uma limitação ou restrição de natureza administrativa, no que se respeita às suas mais importantes funções de uso, gozo, disposição e, sobretudo, quanto à faculdade de destruir. Por ele não se retira do proprietário o seu domínio, que exerce sobre o bem ou coisa, mas se a submete a um regime mais restrito em relação a esses aspectos da propriedade<sup>71</sup>.

Sonia de Castro, por sua vez, aponta como principal efeito jurídico do tombamento a transformação em interesse jurídico, do valor cultural de que se reveste a coisa ou bem tombado, tanto que decorre, direta e imediatamente após o tombamento, a obrigação de sua conservação no sentido da preservação do patrimônio cultural nacional<sup>72</sup>.

Ao estudar os efeitos específicos, esta autora, após ressaltar que o tombamento importa em imposição de obrigações e restrições ao proprietário, ao Poder Público e até a terceiros, destaca a restrição à alienação que incide de forma diferente sobre os bens tombados, dependendo de quem seja a propriedade destes.

---

<sup>71</sup> GASPARINI, Diógenes. Tombamento II. In. Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 74, verbete Tombamento. São Paulo: Saraiva. 1977, p. 18

<sup>72</sup> CASTRO, Sonia Rabello de. O Estado na Preservação de Bens Culturais. Rio de Janeiro: Renovar. 1991, p. 107.

De fato, o artigo 11 do Decreto-lei 25, de 1937, cuida de regular a movimentação das coisas tombadas que são de propriedade das pessoas jurídicas de direito público interno, que uma vez tombadas, somente podem ser transferidas de uma pessoa jurídica para outra, devendo tal fato ser comunicado ao órgão de tombamento competente.

Sonia de Castro entende que se incluem entre tais bens, aqueles pertencentes às respectivas autarquias da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios, com relação aos quais também se estabeleceu uma condição especial de inalienabilidade.

Com relação aos bens pertencentes à União, Estados e Municípios, a lei estabeleceu uma inalienabilidade especial. Com este dispositivo legal, será inaplicável aos bens públicos tombados a regra geral de que a inalienabilidade desses bens possa ser dispensada por lei emanada por cada uma dessas pessoas políticas (art. 67 do Código Civil<sup>73</sup>). Havendo tombamento, pela União, de bem público federal, estadual ou municipal, sua inalienabilidade só poderá ser liberada por lei federal específica em relação a este bem, que autorize sua alienação<sup>74</sup>.

Não podemos concordar com a tese de que, uma vez tombados pela União, bens pertencentes aos estados e municípios, somente leis federais específicas poderão autorizar a alienação daqueles bens, uma vez que à Constituição Federal são muito caros o pacto federativo e o destaque à autonomia política e administrativa deferida aos entes políticos que formam a federação brasileira, não havendo a possibilidade de se imaginar uma superioridade hierárquica de qualquer destes.

Assim, a melhor interpretação a ser dada ao artigo 11 é no sentido de que os bens pertencentes aos Estados-membros, ao Distrito Federal e aos Municípios, mesmo quando tombados no âmbito federal, serão zelados e cuidados por tais entes políticos, nos termos das respectivas Constituições ou Leis Orgânicas, sem prejuízo da responsabilidade com a conservação de tais bens, eis que pertencentes ao

---

<sup>73</sup> Corresponde ao atual artigo 100, do Código Civil em vigor.

<sup>74</sup> CASTRO, Sonia Rabello de. O Estado na Preservação de Bens Culturais. Rio de Janeiro: Renovar. 1991, p. 107.

patrimônio cultural brasileiro, bastando, quando de sua alienação, que se comunique ao órgão de tombamento federal, bem como se assegure aos demais entes políticos a possibilidade de exercer o direito de preferência, em especial a União que promoveu o tombamento.

Diferente será o caso dos bens pertencentes às empresas públicas e sociedades de economia mista, que são pessoas jurídicas de direito privado, sendo que seus patrimônios respectivos seguem a mesma natureza jurídica destas, cabendo o alerta da professora Sonia, no sentido de que o art. 11 da Lei de Tombamento trata de uma restrição ao direito de alienação<sup>75</sup> e, como é assente na doutrina e jurisprudência brasileiras, as regras restritivas de direito se interpretam restritivamente.

Maria Sylvia anota que os efeitos do tombamento “se produzem quanto à **alienação**, quanto ao **deslocamento**, quanto às **transformações**, quanto aos **imóveis vizinhos**, quanto à **conservação**, quanto à **fiscalização**”<sup>76</sup>.

Destaca esta autora que disso decorrem obrigações positivas e negativas para os proprietários dos bens tombados e, ainda, a obrigação de suportar a fiscalização pelo órgão competente, sob pena de multa em caso de opor obstáculos indevidos à vigilância. Para os proprietários de imóveis vizinhos ao bem tombado, obrigações negativas de não fazer construções ou quaisquer obras que impeçam ou reduzam a visibilidade do objeto do tombamento.

Por outro lado, destaca que surgem efeitos também para o órgão de tombamento, embora mencione apenas o IPHAN, dentre os quais se destacam:

1. mandar executar as obras de conservação do bem, quando o proprietário não puder fazê-lo ou providenciar para que seja feita a desapropriação da coisa (art. 19, §1º); não adotadas essas providências, o proprietário pode requerer que seja cancelado o tombamento (§ 2º);

---

<sup>75</sup> CASTRO, Sonia Rabello de. O Estado na Preservação de Bens Culturais. Rio de Janeiro: Renovar. 1991, p. 100.

<sup>76</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 12ª edição. São Paulo: Atlas, 2000, p. 136-137.

2. exercer permanente vigilância sobre as coisas tombadas, inspecionando-as sempre que julgar conveniente (art. 20);

3. providenciar, em se tratando de bens particulares, a transcrição do tombamento no Registro de Imóveis e a averbação ao lado da transcrição do domínio (art. 13). Não adotada essa providência, [...], a União, os estados e os Municípios perderão o direito de preferência a que se refere o artigo 22.<sup>77</sup>

Cumprе salientar que, em se tratando de bens móveis tombados, nos termos do artigo 14 do Decreto-lei 25/37, é vedada a sua retirada do país, salvo por curtos períodos e sem transferência de domínio, para fins de intercâmbio cultural, a juízo do Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, sendo que a tentativa de exportação sujeita a coisa a seqüestro e o seu proprietário, se responsável, às penas de multa e às cominadas ao crime de contrabando, previstas no art. 334 do Código Penal brasileiro.

### **3.5.1 Da inscrição do bem tombado na serventia imobiliária competente**

Sonia de Castro, ainda a pretexto da discussão acerca dos efeitos do tombamento, destaca no que o art. 13 do Decreto-lei 25, de 1937<sup>78</sup>, já causou polêmicas na doutrina brasileira, sendo que grandes juristas como Pontes de Miranda, Temístocles Cavalcanti e Carlos Medeiros advogavam a tese de que o tombamento somente produzia efeitos após a averbação no Registro de Imóveis competente, importando nulidade absoluta de todos os tombamentos levados a

---

<sup>77</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 12ª edição. São Paulo: Atlas, 2000, p. 139.

<sup>78</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937. Organiza a proteção do patrimônio histórico nacional. DOU de 6.12.1937. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0025.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0025.htm) Acesso em 21.02.2008. "Art. 13 - O tombamento definitivo dos bens de propriedade particular será, por iniciativa do órgão competente do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, transcrito para os devidos efeitos em livro a cargo dos oficiais do registro de imóveis e averbado ao lado da transcrição do domínio. § 1º - No caso de transferência de propriedade dos bens de que trata este artigo, deverá o adquirente, dentro do prazo de trinta dias, sob pena de multa de dez por cento sobre o respectivo valor, fazê-la constar do registro, ainda que se trate de transmissão judicial ou causa *mortis*. § 2º - Na hipótese de deslocação de tais bens, deverá o proprietário dentro do mesmo prazo e sob pena da mesma multa, inscrevê-los no registro do lugar para que tiverem sido deslocados. § 3º - A transferência deve ser comunicada pelo adquirente, e a deslocação pelo proprietário, ao Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, dentro do mesmo prazo e sob a mesma pena".

efeito sem a transcrição ou averbação do bem tombado, a cargo do órgão de tombamento<sup>79</sup>.

Registre-se que o tombamento não integra a lista dos chamados direitos reais sobre coisa alheia, o que repercutiria de modo direto nessa discussão. A natureza jurídica do tombamento será objeto de estudo específico neste trabalho.

A mesma Sonia de Castro coloca-se, de modo correto, contrária à tese antes referida quando manifesta entendimento no sentido de que o artigo 13 do Decreto-lei 25, de 1937, ao imputar ao órgão de tombamento a responsabilidade para mandar transcrever junto ao registro 'para os devidos efeitos', "não se referia aos efeitos do tombamento, enquanto ato administrativo de interesse público," mas sim, aos efeitos relacionados à alienação de domínio de bens privados, de modo a salvaguardar os direitos de terceiros<sup>80</sup>.

Esta é a única compreensão que se pode dar ao referido art. 13, já que seria incompreensível limitar os efeitos do ato administrativo à sua averbação no Registro de Imóveis.

Não é da sistemática dos atos administrativos vincular sua eficácia ao registro de imóveis, bastando-lhes unicamente a publicidade para vigorarem *erga omnes*, publicidade esta que se dá por seus próprios registros e com a publicação de seus atos. Seria contrariar princípios básicos da eficácia do ato jurídico administrativo esta vinculação. [...] <sup>81</sup>.

### **3.5.2 Dos efeitos do tombamento na área de entorno do bem tombado**

Com relação aos efeitos do tombamento na vizinhança do bem tombado, tendo em vista o artigo 18 do Decreto-lei nº 25, de 1937, Sonia de Castro ressalta que estes são de importância fundamental em decorrência da própria existência de um bem imóvel tombado, no intuito de que ele seja visível e admirado por todos<sup>82</sup>, dado o direito da coletividade na preservação daquele.

<sup>79</sup> CASTRO, Sonia Rabello de. Op. cit., p. 101-103.

<sup>80</sup> Idem, op. cit. p. 104.

<sup>81</sup> Ibidem.

<sup>82</sup> CASTRO, Sonia Rabello de. O Estado na Preservação de Bens Culturais. Rio de Janeiro: Renovar. 1991, p. 118-119.

É interessante ressaltar que a visibilidade do bem tombado exigida pela lei tomou, hodiernamente, interpretação menos literal. Não se deve considerar que prédio que impeça a visibilidade seja tão-somente aquele que fisicamente, obste, pela sua altura ou volume, a visão do bem; não somente esta a hipótese legal. Pode acontecer que prédio, pelo tipo de sua construção ou pelo seu revestimento ou pintura torne-se incompatível com a visão do bem tombado no seu sentido mais amplo, isto é, a harmonia da visão do bem, inserida no conjunto que o rodeia. Entende-se hoje que a finalidade do art. 18 do Decreto-lei 25/37 é a proteção da ambiência do bem tombado, que valorizará sua visão e compreensão no espaço urbano<sup>83</sup>.

No mesmo sentido Hely Lopes Meirelles:

[...]. O conceito de *redução de visibilidade*, para fins da lei de tombamento, é amplo, abrangendo não só a tirada da vista da coisa tombada como a modificação do ambiente ou da paisagem adjacente, a diferença de estilo arquitetônico e tudo o mais que contraste ou afronte a harmonia do conjunto, tirando o valor histórico ou a beleza original da obra ou do sítio protegido<sup>84</sup>.

Continuando a discussão, aquela autora destaca que cabe ao órgão de tombamento, nos termos do artigo 18, no uso do poder discricionário, “estabelecer para cada tombamento os critérios pelos quais protegerá a visão do bem tombado, critérios estes que variarão conforme a categoria, tamanho, espécie de bem”. Ao mesmo tempo, adverte que esse poder discricionário conferido pela legislação não poderá ser convolado em arbitrariedade, quando, por exemplo, adota critérios diferenciados para duas aprovações tratando-se da mesma hipótese de bem tombado; ou não explicita os motivos determinantes da adoção deste ou daquele critério.

Não se quer dizer com isto que, ao longo do tempo, os critérios para a vizinhança de determinado bem não possam ser alterados e aperfeiçoados com estudos técnicos. Negar esta possibilidade seria dificultar a própria proteção. O que não se admite é que, numa mesma ocasião, sem que tenha havido novos estudos, e sem se ter decidido objetivamente pela adoção de novos critérios, a autoridade, para casos análogos, adote posições técnicas diferentes, ou que seus critérios não sejam baseados em trabalhos que demonstrem o motivo da determinação<sup>85</sup>.

---

<sup>83</sup> Idem. Op. cit., p. 118

<sup>84</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 25ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros. 2000, p. 527.

<sup>85</sup> CASTRO, Sonia Rabello de. O Estado na Preservação de Bens Culturais. Rio de Janeiro: Renovar. 1991, p. 120.

Como se pode observar, a definição clara e precisa do objeto tombado, bem como de sua vizinhança ou seu entorno, discriminando as limitações que incidem na região, é de fundamental importância para um adequado gerenciamento da conservação do bem integrante do patrimônio cultural brasileiro, sem surpreender os administrados atingidos e interessados diretos no tombamento.

Sônia de Castro registra em nota de pé de página que em Sergipe, a Justiça Federal, nos autos nº 4.349/76, condenou o prefeito da cidade de São Cristóvão, tombada pelo IPHAN, por mandar demolir o mercado municipal e construir sanitário público em desarmonia com o conjunto arquitetônico da cidade, que se constitui na vizinhança do bem tombado.

Uma questão ainda não resolvida pelo direito positivo nem mesmo pelos órgãos de tombamento, em atos administrativos, é como definir com segurança o que seja a vizinhança de um bem tombado. Embora isso pareça intuitivo, muitas dificuldades operacionais têm surgido para aqueles que atuam na preservação de bens tombados, especialmente considerando a relação que a matéria mantém com o planejamento e o desenvolvimento urbano de cada cidade.

O Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional se limita a dizer, em seu sítio na rede mundial de computadores, que “compete ao órgão que efetuou o Tombamento estabelecer os limites e as diretrizes para as intervenções nas áreas de entorno de bens tombados”, definindo o entorno como “a área de projeção localizada na vizinhança dos imóveis tombados, que é delimitada com o objetivo de preservar a sua ambiência e impedir que novos elementos obstruam ou reduzam sua visibilidade”.<sup>86</sup>.

---

<sup>86</sup> BRASIL, Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/portal/montarDetalheConteudo.do?id=12697&retorno=detalhePerguntasFrequentes&sigla=PerguntasFrequentes>. Acesso em: 25 mar. 2008, 15h48m.

No Distrito Federal, o art. 9º da Lei nº 47, de 02 de outubro de 1989, determina que o ato de tombamento, seja ele provisório ou definitivo, definirá uma área de tutela, o que significa dizer que será caso a caso. Isto nos parece a solução mais adequada, eis que os estudos técnicos a serem empreendidos, no momento da identificação e da descrição precisas do bem a ser tombado, servirão de subsídios na indicação da área do entorno que deve ser preservada.

Na cidade de São Paulo, a legislação estabelece uma área num raio de 300 (trezentos) metros em torno da coisa tombada, nos termos dos artigos 137 e 138, do Decreto nº 13.426, de 16 de março de 1979, o que pode ser excessivo ou insuficiente dependendo das circunstâncias, do relevo, e da localização da coisa tombada e de vários outros fatores.

Por outro lado, na mesma linha do que já dissera Sonia de Castro<sup>87</sup>, Paulo Affonso estabelece uma importante relação entre o tombamento e o planejamento urbano, quando recomenda uma especial atenção ao artigo 18 do Decreto-lei 25/38, para que este não seja fonte de conflitos entre o órgão de proteção cultural e o órgão licenciador de construções, ao tempo em que identifica a existência de uma lacuna a ser preenchida, uma vez que a legislação federal não impõe a obrigatoriedade de o plano urbanístico fixar os limites e condicionantes a vigorarem na área do entorno do bem tombado<sup>88</sup>.

### **3.5.3 Tombamento e indenização**

A doutrina brasileira tem sido unânime quanto aos efeitos gerais e específicos do tombamento. Contudo, alguma discussão remanesce no que se refere ao cabimento ou não de indenizações ao proprietário que passa a suportar os encargos decorrentes do tombamento.

---

<sup>87</sup> CASTRO, Sonia Rabello de. Estatuto da Cidade e a Preservação do Patrimônio Cultural Federal. In Temas de Direito Urbanístico, 4. Coordenador: Daniel Roberto Fink. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado. Ministério Público do Estado de São Paulo, 2005, p. 39 – 51.

<sup>88</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 7ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 733-736.

Hely Lopes Meirelles destaca que “o tombamento, em princípio, não obriga a indenização”, salvo se as condições impostas para a conservação do bem acarretar despesas extraordinárias ao proprietário ou resultar de sua interdição ao uso regular, ou mesmo prejudicar a sua normal utilização, suprimindo ou depreciando o valor econômico, quando será necessária a indenização.

Tombamento não é confisco. É preservação de bens de interesse da coletividade imposta pelo Poder Público em benefício de todos; e, assim sendo, não podem um ou alguns particulares ser sacrificados no seu direito de propriedade sem a correspondente indenização reparatória do prejuízo ocasionado pelo tombamento<sup>89</sup>.

Seguem a mesma linha de entendimento Diógenes Gasparini<sup>90</sup>, Zanella di Pietro<sup>91</sup>, Lúcia Valle Figueiredo<sup>92</sup>, sendo que esta última recomenda que quando ficar totalmente aniquilada a propriedade pelo tombamento, “configura-se autêntico caso de desapropriação”, que se resolveria com a indenização correspondente. Por outro lado, se a propriedade privada tiver diminuída a sua possibilidade de utilização, “deverá o Poder Público constituir uma servidão, indenizando o proprietário na medida em que este for atingido pela medida do tombamento”.

É importante salientar que o tombamento é um dos casos de utilidade pública referidos nas alíneas *k* e *l* do artigo 5º do Decreto-lei nº 3.365, de 1941, que dispõe sobre desapropriações por utilidade pública, podendo o Estado utilizar desse poder expropriatório, sempre que verificar que a preservação do bem vai exigir a subtração total de seu uso ao proprietário.

No que se refere à indenização, parece que o Superior Tribunal de Justiça segue a mesma linha da doutrina acima referida, como se vê:

---

<sup>89</sup> MEIRELLES, Hey Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros. 2000, p. 528.

<sup>90</sup> GASPARINI, Diógenes. *Tombamento II*. In. *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 74, verbete *Tombamento*. São Paulo: Saraiva. 1977, p. 18

<sup>91</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12ª edição. São Paulo, Atlas, 2000, p. 131-132.

<sup>92</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 317-318.

ADMINISTRATIVO - TOMBAMENTO ÁREA SERRA DO MAR - INDENIZAÇÃO - REVISÃO OU REAVALIAÇÃO DA PROVA - OMISSÃO DO TRIBUNAL.

1. A jurisprudência desta Turma, bem assim da Primeira Turma, é no sentido de admitir indenização de área tombada, quando do ato restritivo de utilização da propriedade resulta prejuízo para o *dominus*.
2. Acórdão que não avaliou a prova pericial para esse enfoque, omitindo-se no exame dos arts. 23 e 27 da Lei de Desapropriação.
3. Posição jurisprudencial que diferencia reexame de prova (Súmula 7/STJ) com reavaliação de prova (precedentes).
4. Recurso do ESTADO DE SÃO PAULO provido, não conhecido o primeiro recurso especial dos autores e prejudicado o segundo<sup>93</sup>.

### **3.5.4 Outros aspectos relevantes e decorrentes do tombamento**

Como vimos, com o tombamento do bem que integra o patrimônio cultural brasileiro como uma universalidade, o Estado passa a ter um direito subjetivo na sua preservação sendo legitimado a agir em juízo, se necessário, mesmo exercendo o poder de polícia e sendo dotado de auto-tutela.

Sônia Castro registra, em nota de rodapé, um importante acórdão do extinto Tribunal Federal de Recursos, na Apelação Cível nº 177, 06.04.49, publicado na Revista dos Tribunais, vol. 191, maio de 1951, p. 378 a 398, cuja ementa é a seguinte:

Ementa:

Tem a União nacional qualidade para tomar medidas judiciais tendentes a proteger imóveis tombados como monumento histórico ou artístico, sendo a ação cominatória adequada para impedir a prática de danos causados pela vizinhança.

A ação tendente a proteger imóvel histórico ou artístico prescreve em trinta anos.

Provados os danos causados à igreja considerada obra artística nacional, provocados pela fumaça de torrefação de café nas vizinhanças, julga-se procedente ação cominatória tendente a obter a remoção da maquinaria dessa indústria<sup>94</sup>.

<sup>93</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 401.264/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05.09.2002, DJ 30.09.2002 p. 243. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=processo++tombamento&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=13#> . Acesso em 14.03.2008.

<sup>94</sup> CASTRO, Sonia Rabello de. O Estado na Preservação de Bens Culturais. Rio de Janeiro: Renovar. 1991, p. 109-110, rodapé.

Além do Estado, cada um dos integrantes da sociedade está legitimado para, através da ação popular, nos termos do art. 5º, inciso LXXIII da Constituição Federal e da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, a buscar em juízo a anulação de ato lesivo ao patrimônio cultural brasileiro.

A ordem jurídica brasileira admite também a ação civil pública, inclusive com medida cautelar preparatória, nos termos do artigo 4º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, a ser proposta por qualquer dos legitimados indicados no art. 5º desta mesma lei, como adequada para reparação de danos e cominação de sanções civis e administrativas àqueles que causem danos aos bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, ou seja, que integram o patrimônio cultural brasileiro.

Outra importante previsão legal é aquela constante do artigo 10, inciso X, da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que tipifica como improbidade administrativa que causa prejuízo ao erário, o agir negligentemente no que diz respeito à conservação do patrimônio público.

Quanto aos aspectos criminais, o Código Penal brasileiro tipifica como crime de dano em coisa de valor artístico, arqueológico ou histórico, destruir, inutilizar ou deteriorar coisa tombada pela autoridade competente, com pena de detenção de seis meses a dois anos e multa. Da mesma forma, é crime alterar, sem licença da autoridade competente, o aspecto de local especialmente protegido por lei, com pena de detenção de um mês a um ano e multa, nos termos dos artigos 165 e 166 do Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

Além disso, a própria Lei de Tombamento, no artigo 15, § 3º, atribui a pena cominada para o crime de contrabando – reclusão de um a quatro anos – a quem tentar ou exportar coisa móvel tombada, cumulando-se pena de multa de cinquenta por cento do valor da coisa. São crimes puníveis a título de dolo, não admitindo a forma culposa e podem ter como sujeito ativo do delito, qualquer pessoa, inclusive o proprietário da coisa tombada.

Esses aspectos criminais merecem uma releitura, diante do disposto nos artigos 62 a 65 da Lei nº 9.605, de 11 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, sendo que os artigos ora referidos cuidam exatamente dos crimes contra o ordenamento urbano e ao patrimônio cultural.

O fato é que, não obstante a vasta gama de meios processuais à disposição do Estado e da população para a conservação do patrimônio cultural nacional, a eficiência na proteção do bem tombado está diretamente relacionada com a sua definição objetiva, indicação precisa de seu entorno, bem como de critérios para aferição da ocorrência ou não de violação, o que deve ser cuidado desde o início do procedimento de tombamento, obtendo-se os laudos técnicos necessários, bem como assegurando o direito de defesa e do contraditório a todos os atingidos e interessados no tombamento da coisa.

### **3.6 Natureza jurídica do tombamento**

Já vimos, a partir da lição de Diógenes Gasparini, que a natureza jurídico-eficaz do tombamento é constitutiva<sup>95</sup>, no que é acompanhado por Lúcia Valle Figueiredo<sup>96</sup>.

O ato administrativo de tombamento, em si, é tido como um ato composto, eis que resulta da vontade de um órgão, o órgão de tombamento cuja manifestação final, após estudos técnicos coerentes e sistemáticos objetivando a caracterização do bem como integrante do patrimônio cultural, se dá em parecer de seu Conselho Consultivo, mas para se tornar exequível depende da verificação por parte de outro órgão: o Ministro de Estado ou o Chefe do Executivo Estadual ou Municipal. Isto é o que veremos no próximo capítulo quando trataremos do processo de tombamento em si.

---

<sup>95</sup> GASPARINI, Diógenes. Tombamento II. In. Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 74, verbete Tombamento. São Paulo: Saraiva. 1977, p. 17-18.

<sup>96</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 8ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 318.

Parte da jurisprudência, como se vê em acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região prolatado no julgamento da apelação cível nº 94.0107553-PA, em que foi relator o Desembargador federal Carlos Fernando Mathias, entende que “o tombamento constitui ato complexo que, como bem sabido, caracteriza-se pela manifestação sucessiva de dois ou mais órgãos da Administração, sejam eles singulares ou coletivos”, sendo que o ato somente se completa com a homologação do Ministro de Estado com competência legal para tal, no âmbito da União, ou do Chefe do Poder Executivo nos demais entes federativos.

A nosso juízo, o tombamento através de lei, de um ato emanado diretamente do Poder Legislativo, não se coaduna com a finalidade essencial de conservação da coisa, bem como com a ordem jurídica como um todo, se interpretada sistematicamente.

Paulo Affonso Leme Machado entende não haver vedação constitucional a que o tombamento se faça diretamente por ato legislativo, alegando, inclusive ser vantajoso que assim ocorra, eis que isto dificultaria a revogação do tombamento, que somente poderia ocorrer através de outra lei. Ademais, acrescenta, “não é preciso ser perito de nomeada para ter sensibilidade de que um bem deva ser conservado”<sup>97</sup>.

Não se pode esquecer a separação de poderes, os valores jurídicos envolvidos no tombamento e, em especial, os efeitos deste, não só sobre o bem tombado, mas, sobretudo, sobre o seu entorno.

Porém, o que nos interessa neste momento é discutir a natureza jurídica do tombamento em si, vez que uma parte da doutrina o considera limitação administrativa<sup>98</sup>; outra, considera uma limitação, uma restrição<sup>99</sup> ao direito subjetivo

---

<sup>97</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental Brasileiro. 7ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 748-749.

<sup>98</sup> CASTRO, Sonia Rabello de. O Estado na Preservação de Bens Culturais. Rio de Janeiro: Renovar. 1991, p. 125-144.

do proprietário do bem tombado; outra ainda, considera que o tombamento é em si mesmo dotado de natureza jurídica própria; e existem aqueles, como Lúcia Valle Figueiredo, que o consideram uma restrição administrativa híbrida com “características assemelhadas à desapropriação ou à servidão”<sup>100</sup>.

Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que, “se a propriedade é atingida por um ato específico, imposto pela Administração, embora calcada em lei”, é hipótese de servidão, sendo que “as limitações administrativas à propriedade são sempre genéricas”. Com isso, indica como exemplo de servidão administrativa, “o tombamento de bens em favor do Patrimônio Histórico Nacional”<sup>101</sup>.

Quem parece ter estudado melhor e de modo mais consistente a natureza jurídica do tombamento foi Sonia Rabello, muito embora, como veremos a seguir, não parece ter chegado à melhor conclusão, acredito que por não servir a esse instituto a moldura e os conceitos tradicionais do direito administrativo, em razão de sua inserção constitucional no campo do direito urbanístico.

Inicia esta autora a sua argumentação reafirmando entendimento no sentido de que o principal efeito jurídico do tombamento é transformar em interesse jurídico os valores culturais contidos na coisa tombada, eis que tais valores são dotados de funções de interesse público, o que podemos dizer, dotados de uma função social.

Antes de prosseguir na análise das lições daquela autora, cabe uma pequena nota sobre a função social que todas as propriedades nacionais devem atender, nos termos do inciso XXIII, do art. 5º da Constituição Federal, trazendo significativa lição de Marco Aurélio Greco quando diz: “para que algo apresente uma

---

<sup>99</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 74, verbete Tombamento. São Paulo: Saraiva. 1977, p. 4.

<sup>100</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 8ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 318.

<sup>101</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 12ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 680.

função social, é preciso que esse objeto se insira no plano do ‘social’; quer dizer, no *plano fático* daquelas coisas que compõem a vida em sociedade”<sup>102</sup>.

[...]. Função, portanto, é noção que surge desde que se adote uma visão *dinâmica* e relacional do mundo e se considerem aqueles objetos e pessoas atingidas ou afetadas pelo bem examinado. [...].

Esta constatação é de grande relevância, pois, sendo assim, a Constituição Federal, ao referir-se a ‘função social’, está implicitamente dando realce aos efeitos (sociais) de uma atividade globalmente considerada que tem por suporte físico aquele determinado bem. Assim, a função social será atendida quando a utilização do bem provocar efeitos desejados pela comunidade interessada, o que traz à baila as idéias de uso e de atividade. O prestígio constitucional de cláusula da ‘função social’ traz em seu bojo o reconhecimento de que, sobre a propriedade, há uma *confluência de interesses*, sendo uns de cunho exclusivamente individual e outros de caráter coletivo. Na função, tem-se, em última análise, uma atividade pela qual alguém cuida de interesses alheios, mediante a realização de atos sobre bens que estejam ao seu alcance material<sup>103</sup>.

Esta nota se faz necessária em razão de que o tombamento de um bem, por ser reconhecido pelo Estado como integrante do patrimônio cultural, faz surgir para o proprietário, seus vizinhos e para o próprio Estado, uma série de direitos e obrigações novas, em razão da situação jurídica em que se coloca tal bem, no interesse da coletividade que, inclusive, passa a ter meios processuais para buscar a tutela judicial no sentido de que aquele bem atenda efetivamente a uma função social específica.

Voltando aos estudos desenvolvidos pela professora Sonia, verificamos que:

As limitações administrativas, em geral definidas como ‘imposição de caráter geral, gratuita, unilateral e de ordem pública, condicionadora do exercício de direitos ou atividades particulares ao bem-estar social’, formam o conteúdo do poder de polícia da administração pública; é, portanto, instituto típico de direito público, do direito administrativo, determinante e modelador do aspecto público do direito de propriedade. Tem a limitação administrativa caráter diverso dos direitos de vizinhança e dos ônus reais sobre a propriedade, previstos no Código Civil. As limitações existem porque há um interesse público a ser protegido, e a partir do seu surgimento cria-se também um direito público coletivo determinante do seu cumprimento pelo Estado; o Estado passa a ter o

<sup>102</sup> GRECO, Marco Aurélio. Solo Criado e a Questão fundiária. In, Direito do Urbanismo: Uma visão sócio-jurídica. Coordenação de Álvaro Pessoa. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos: Instituto Brasileiro de Administração Municipal, 1981, p. 8-10.

<sup>103</sup> GRECO, Marco Aurélio. Op. cit., p. 9-10.

poder-dever de cumprir e fazer com que se cumpram as restrições impostas. Ao especificar uma limitação administrativa o Estado não é titular de um direito específico, mas gestor de um interesse público indeclinável<sup>104</sup>.

E, exatamente por entender que as limitações têm um caráter de interesse público geral, de onde nascem direitos públicos coletivos, exigíveis pelos cidadãos, no sentido de fazer com que o Estado cumpra o seu poder-dever, ressalta corretamente esta doutrinadora que as raízes romanísticas do nosso direito privado não contribuem para a elucidação da natureza jurídica do instituto do tombamento.

Não se poderia sequer imaginar que tal instituto tenha a natureza das chamadas servidões pessoais de origem romana.

Do mesmo modo, entende Sonia que a servidão no nosso direito está inserida no *numerus clausus* dos direitos reais e, citando Maria Sylvia di Pietro, afirma: “O direito sobre a coisa implica necessariamente *jus in re aliena*”, ou seja, um terceiro passa a ter direitos reais sobre a coisa alheia, podendo, inclusive, opor tal direito a outros, reivindicando-a em face de qualquer pessoa, até mesmo do detentor do domínio<sup>105</sup>.

A ilustre professora Sonia integra a parte da doutrina que entende ter o tombamento natureza jurídica de limitação administrativa específica, como já se referiu neste trabalho. Contudo, elucida também o porquê considera inadequado admitir que tal instituto seja enquadrado como servidão administrativa que, enquanto figura genérica de direito público, não está prevista em lei.

O que diferencia a servidão administrativa da servidão civil é a inexistência do prédio dominante naquela, tanto que a existência de um prédio público dominante sobre um prédio privado serviente não transforma a servidão civil em administrativa. Contudo, em ambas, há a constituição de um direito real sobre coisa alheia.

---

<sup>104</sup> CASTRO, Sonia Rabello de. O Estado na Preservação de Bens Culturais. Rio de Janeiro: Renovar. 1991, p. 126.

<sup>105</sup> Idem, p. 129.

Nessa linha de entendimento, Sonia de Castro conceitua servidão administrativa como "uma utilidade pública que afeta um bem como direito real, dando, por conseguinte, a titularidade deste direito ao sujeito que o constitui – uma pessoa jurídica de direito público (ou ente delegado)".

Como em qualquer direito real, a servidão administrativa implicará desmembramento do conteúdo do direito de proprietário; afastará o proprietário, total ou parcialmente, da titularidade exclusiva do desfrute de um dos seus elementos. Compartilhará o titular do domínio de outra titularidade de direito, por parte de outro sujeito, sobre o mesmo bem. Este segundo titular poderá não só exercer seu direito, especificamente, sobre o elemento do direito que passa a compartilhar, como também poderá em princípio aliená-lo; exercerá este direito como direito próprio, e não como obrigação pessoal ou interesse geral a proteger<sup>106</sup>.

Aqui cabe uma outra importante observação no sentido de considerar que a imposição de servidões, afastando o proprietário, total ou parcialmente, da titularidade exclusiva do desfrute de um dos seus elementos, independentemente de apreciação do prejuízo, será sempre indenizável. Assim, mesmo reconhecendo que o titular do domínio não possui direitos absolutos sobre a coisa, a ordem jurídica brasileira lhe assegura a exclusividade sobre o bem. Vale dizer: é o proprietário *erga omnes*.

Na defesa de que o tombamento tem natureza jurídica de limitação administrativa, Sonia de Castro salienta que a limitação administrativa entendida em seu sentido estrito, difere substancialmente da servidão na medida em que é uma das formas do exercício do poder de polícia da administração pública, não interfere na exclusividade das faculdades do domínio do proprietário e atua tão somente na modulação do seu exercício, adequando-o ao convívio social.

Interessante e curiosa é a opção de Maria Sylvia, eis que quando trata dos efeitos do tombamento afirma que "trata-se de uma servidão administrativa em que dominante é a coisa tombada e, serviente, os prédios vizinhos<sup>107</sup>". Ressalta que tal servidão decorre automaticamente do ato de tombamento e impõe aos proprietários

---

<sup>106</sup> Ibidem, p. 131.

<sup>107</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 12ª edição. São Paulo: Atlas, 2000, p. 137-140.

dos prédios servientes obrigação negativa de não fazer construções que impeçam ou reduzam a visibilidade da coisa tombada, sendo que esse encargo não gera qualquer direito à indenização.

De modo diferente, a mesma autora, ao se referir à natureza jurídica do tombamento, diz que “não se trata de servidão, pelo fato de não haver a coisa dominante”. A restrição não é imposta em benefício da coisa afetada a fim público, mas, tem por objetivo satisfazer a interesse público genérico e abstrato. Aqui, ao justificar que evoluiu em relação ao entendimento que adotara na tese ‘Servidão Administrativa’, considera o “tombamento como categoria própria, que não se enquadra nem como simples limitação administrativa, nem como servidão<sup>108</sup>”.

Compartilhamos integralmente desse entendimento, até porque a evolução do sistema jurídico brasileiro, com o reconhecimento do direito urbanístico como ramo autônomo, nos impõe uma releitura de vários institutos e a admissão de novos conceitos para alguns.

Em reforço dessa tese, basta que verifiquemos que os institutos da servidão administrativa, da limitação administrativa e do tombamento de imóveis ou de mobiliários urbanos, além de muitos outros, estão dispostos no mesmo artigo 4º do Estatuto da Cidade, de modo a não permitir confusões quanto aos seus significados distintos, embora com finalidades direcionadas ao bem-estar e qualidade de vida das populações urbanas.

Nessa linha, que aqui chamamos de evolutiva da ordem jurídica brasileira, em que os institutos acima referidos merecem novas conceituações, cabe destacar a doutrina de Carlos Ari Sunfeld quando diz que a administração ordenadora, como projeção de conceito jurídico multidisciplinar envolvendo o direito constitucional, o direito processual e direito administrativo, “congrega as operações estatais de regulação do setor privado (e, portanto, ligadas à aquisição, exercício e sacrifício de direitos privados) com emprego do poder de autoridade<sup>109</sup>”.

---

<sup>108</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 140.

<sup>109</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Ordenador. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 16-17.

Para este autor, a “administração ordenadora é a parcela da função administrativa, desenvolvida com uso do poder de autoridade, para disciplinar, nos termos e para os fins da lei, os comportamentos dos particulares no campo de atividades que lhes é próprio”.

O que é importante, na linha de argumentação trazida por Sundfeld, é a nova perspectiva, quando assinala ser necessária a distinção entre “condicionamentos e sacrifícios de direitos”.

Este autor, embora se refira ao tombamento em várias oportunidades, não deixa, a meu juízo, clara a sua opção quanto a natureza jurídica do tombamento, ora considerando-o como condicionamento do direito ora como sacrifício de direito<sup>110</sup>.

Cabível aqui a exortação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior no sentido de que “compreender o direito não é um empreendimento que se reduz facilmente a conceituações lógicas e racionalmente sistematizadas<sup>111</sup>”.

A jurisprudência também faz incursões acerca da natureza jurídica do tombamento como se vê do excerto a seguir<sup>112</sup>:

O tombamento e a desapropriação são meios de proteção do patrimônio cultural brasileiro, consistentes em atos administrativos, que traduzem a atuação do poder público mediante a imposição de simples restrição ao direito de propriedade ou pela decretação da própria perda desse direito. O tombamento localiza-se "no início de uma escala de limitações em que a desapropriação, ocupa o ponto extremo" (J. Cretella Junior). As restrições ou limitações ao direito de propriedade, tendo em conta a sua feição social, entre as quais se insere o tombamento, decorrem do poder de polícia inerente ao estado, que há de ser exercitado com estrita observância ao princípio da legalidade e sujeição ao controle do poder judiciário. Cabe a este dizer, a vista do caso concreto, se se trata de simples limitação administrativa ou de interdição ou supressão do direito de

---

<sup>110</sup> Idem, p. 89-95.

<sup>111</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação, 4ª edição, São Paulo: Atlas, 2003, p. 21.

<sup>112</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 30519/RJ, Rel. Ministro ANTONIO TORREÃO BRAZ, SEGUNDA TURMA, julgado em 25.05.1994, DJ 20.06.1994 p. 16077.

propriedade, hipótese esta que só pode ser alcançada por meio de desapropriação.

Referida decisão está em sintonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quando aborda a questão da abrangência do conceito de patrimônio cultural, como se vê do aresto a seguir:

"No tocante ao § 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 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 à 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."<sup>113</sup>

Por outro lado, é importante observar que tanto a jurisprudência como a doutrina titubeiam na definição da natureza jurídica do tombamento, sendo que no REsp 220.983/SP, julgado em 15.08.2000, DJ 25.09.2000 p. 72, em que foi relator o Ministro José Delgado, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça deixou assentado que o ato de tombamento de bem imóvel configura “servidão administrativa”, quando assim se pronuncia no item 3 da ementa:

ADMINISTRATIVO. TOMBAMENTO. INDENIZAÇÃO.  
[...].

3. O ato administrativo de tombamento de bem imóvel, com o fim de preservar a sua expressão cultural e ambiental, ao esvaziar-se, economicamente, de modo total, transforma-se, por si só, de simples servidão administrativa em desapropriação, pelo que a indenização deve corresponder ao valor que o imóvel tem no mercado. Em tal caso, o Poder Público adquire o domínio sobre o bem. Imóvel situado na Av. Paulista, São Paulo<sup>114</sup>.

---

<sup>113</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 182.782, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 14-11-95 DJ de 9-2-96.

<sup>114</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 220.983/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15.08.2000, DJ 25.09.2000 p. 72.

#### **4. Do procedimento de tombamento**

Já fixamos neste trabalho, com amparo na doutrina de Hely Lopes, que o ato de tombamento é um ato administrativo composto<sup>115</sup>, eis que somente se completa com a conjugação de vontades do órgão encarregado do tombamento, expressa em parecer de seu Conselho Consultivo e, no Caso da União federal, do ato do Ministro de Estado ao qual se subordina o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN. Nos demais entes da federação, além do órgão de tombamento, participa o chefe do Poder Executivo, eis que não se pode admitir o tombamento por ato legislativo.

Não conseguimos imaginar o tombamento simplesmente por via legislativa sem que algum ato administrativo lhe venha dar materialidade, mesmo nas hipóteses descritas no parágrafo quinto do artigo 216 da Constituição Federal.

Portanto, sendo da competência do órgão de tombamento (IPHAN na esfera federal; Diretoria de Patrimônio Histórico e Artístico do Distrito Federal – DePHA, vinculada à Secretaria de Estado da Cultura, no âmbito do Distrito Federal; Departamento do Patrimônio Histórico da Cidade de São Paulo, no município de São Paulo; etc.) teremos de extrair um procedimento que lhe seja comum a partir do disposto na legislação que rege a matéria e outra que seja aplicável em cada caso.

Primeiramente, cumpre recordar que o tombamento implicará, no mínimo, em condicionamento do direito de propriedade dos particulares, o que para Carlos Sundfeld se diferencia de sacrifício de direitos, eis que se tratará, a nosso juízo, de um gravame “*normal*, tido por indispensável e coerente com os graus de exigência da vida social”<sup>116</sup>, quando determinado bem integre o patrimônio cultural, o que será aferido através de estudos técnicos abalizados.

---

<sup>115</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros. 2000, p. 162.

<sup>116</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 89-94.

A doutrina e a jurisprudência brasileiras têm sido unânimes quanto à importância do devido processo legal, como direito substantivo, quando se trata de a Administração Pública adentrar no limite dos direitos e garantias fundamentais dos administrados.

Por tal razão é que o tombamento exigirá um procedimento devidamente instruído e seguidor dos preceitos normativos pertinentes à garantia de que ninguém seja privado de seus bens ou parte deles, ou mesmo tenha o exercício do direito de gozo e disposição limitado pelo Estado, sem que lhe seja assegurado o amplo contraditório e a oportunidade de apresentar seus argumentos e manifestações.

Nesse sentido é a lição de Lúcia Figueiredo quando diz que o tombamento é ato vinculado à lei e que não se pode efetuar sem a existência de determinados pressupostos fáticos explicitados na lei e sem a obediência rigorosa do devido processo legal<sup>117</sup>.

Ademais, não se pode esquecer que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito, nos exatos termos do artigo 1º da atual Constituição Federal. Isto significa dizer que o Brasil é um país constitucionalista, tanto no sentido mínimo como no sentido pleno do termo constitucionalismo.

O constitucionalista argentino Carlos Nino registra que o estado de direito implica ao menos em que as relações básicas dos habitantes de um país entre si, e destes com o Estado, estejam bem definidas em normas gerais, obedecendo a um critério de isonomia, tanto em sua elaboração quanto em sua aplicação; que haja procedimentos relativamente confiáveis para determinar se aquelas normas são aplicáveis aos fatos que elas descrevem; e que as normas sejam relativamente estáveis<sup>118</sup>.

---

<sup>117</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 8ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 314-315.

<sup>118</sup> NINO, Carlos Santiago. Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional. 2ª reimpressão. Ciudad de Buenos Aires: editora ASTREA, de Alfredo y Ricardo DePalma. 2002, p. 3. No original: "El Estado de derecho, que puede estar incorporado a este sentido mínimo de constitucionalismo, implica, en efecto, al menos las siguientes condiciones que se dan en sistemas de muy diferente contenido sustantivo: a) las relaciones básicas de los habitantes entre sí y de éstos con el Estado están definidas por normas generales, o sea que

Sobre o procedimento administrativo ou processo administrativo nos termos da Lei federal nº 9.874, de 29 de janeiro de 1999, cabe registrar a lição de Celso Antônio quando diz ser “uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final conclusivo”<sup>119</sup>, como no caso em estudo que é a inscrição do bem, individual ou em conjunto, em um dos Livros do Tombo.

Isto significa que para existir o procedimento administrativo ou processo cumpre que haja uma seqüência de atos conectados entre si, isto é, armados em uma ordenada sucessão visando a um ato derradeiro, em vista do qual se compôs esta cadeia, sem prejuízo, entretanto, de que cada um dos atos integrados neste todo conserve sua identidade funcional própria, que autoriza a neles reconhecer o que os autores qualificam como “autonomia relativa”<sup>120</sup>.

Cumprido destacar que o Decreto-lei 25, de 1937, que é a lei geral de tombamento, somente se refere ao processo de tombamento na hipótese de ser esse ato classificado pela própria norma como compulsório, ou seja, quando o proprietário do bem se recusa a anuir com o tombamento.

Mesmo nesse caso, ainda se prevê uma abreviação na hipótese de o proprietário deixar de proceder à impugnação.

O procedimento referido no Decreto-lei 25, de 1937, sofre modificações significativas quando da edição e entrada em vigor da Lei nº 6.292, de 15 de dezembro de 1975, que dispõe sobre o tombamento de bens pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional e que, em seu artigo 1º, determina que o tombamento de bens, pelo IPHAN, fica sujeito à homologação do Ministro de Estado

---

no discriminan de acuerdo con situaciones identificadas por nombres propios o por descripciones definidas; b) tales normas se aplican regularmente a las situaciones que ellas describen sin hacer diferencias en cuanto a su aplicación que no estén reconocidas por las mismas normas; c) hay procedimientos relativamente confiables para determinar si las normas son aplicables a los hechos que ellas describen, y d) las normas son relativamente estables y no son en general retroactivas”.

<sup>119</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 12ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 417.

<sup>120</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit. p. 417.

ao qual a autarquia esteja vinculada, após parecer do Conselho Consultivo daquele órgão de tombamento.

Complementando a idéia acerca do procedimento necessário ao tombamento, respeitada a competência orgânica e constitucional, destaca Sonia de Castro<sup>121</sup> que o momento da eficácia do ato de tombamento é aquele imediatamente após a inscrição do bem em um dos Livros do Tombo, ao que acrescentamos ser indispensável ampla publicidade, sob pena de mitigação desta eficácia em relação a terceiros que não tenham qualquer conhecimento do tema e não tenham sido partes interessadas no tombamento.

A evolução da ordem jurídica brasileira incorporou aos direitos e garantias fundamentais, o direito à informação, mormente quando, a partir do condicionamento do direito de propriedade de alguém, se trata de incorporar ao patrimônio coletivo o valor cultural de um bem ou de um conjunto de bens, razão porque aplicável ao procedimento de tombamento alguns dispositivos da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, especialmente os artigos que tratam da organização e instrução do processo administrativo, o que torna cabível, quando de grande repercussão o bem ou conjunto de bens a ser tombado, a utilização de mecanismos como consultas públicas e audiências públicas, dado o interesse geral envolvido na questão.

Em razão também da evolução do ordenamento jurídico, utilizando como exemplo o que dispõe o art. 1º da Lei nº 6.292, de 15 de dezembro de 1975, não admitimos o tombamento de ofício na forma do disposto no artigo 5º do Decreto-Lei 25, de 1937, embora algumas legislações estaduais, inclusive a do Distrito Federal (artigos 4º e 6º da Lei distrital nº 47, de 2 de outubro de 1989), continuem fazendo referência a esse tipo de tombamento.

O referido artigo 5º do Decreto-lei 25, de 30 de novembro de 1937, estabelece que o tombamento de bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno “se fará de ofício por ordem do Diretor do Serviço do Patrimônio

---

<sup>121</sup> CASTRO, Sonia Rabello de. O Estado na Preservação de Bens Culturais. Rio de Janeiro: Renovar. 1991, p. 94.

Histórico e Artístico Nacional”. Tal dispositivo, mesmo com o complemento determinando que a entidade a quem pertencer o bem tombado ou tenha sua guarda seja comunicada para que se produzam os necessários efeitos, reflete o vazo autoritário daquela norma, nesse aspecto, absolutamente incompatível com a ordem jurídica vigente.

Do mesmo modo, deixou de ter validade a disposição do § 2º do artigo 9º da Lei de Tombamento que, em seu todo, deverá ser aplicada absolutamente de acordo com a ordem jurídica vigente.

Por outro lado, permanece válida a disposição do artigo 10 do Decreto-lei nº 25, de 1937, no que se refere aos efeitos do tombamento provisório, considerando que a natureza jurídica deste é de verdadeira medida cautelar administrativa, admitida no nosso ordenamento jurídico, como por exemplo, no art. 45 da Lei nº. 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

#### **4.1 Competência para tomba**

Sonia de Castro inicia o estudo do processo de tombamento pela questão da competência<sup>122</sup>, considerando esta doutrinadora que o ato de tombamento é administrativo e, como todo ato administrativo, há de atender aos requisitos indispensáveis à sua validade, dentre os quais a competência do agente, a forma – que ora estudamos – o objeto, a motivação e a finalidade.

Destaca inicialmente esta autora que a competência para o tombamento de bens por parte da União federal está definida no Decreto-lei 25, de 30 de novembro de 1937, combinado com a Lei nº 6.292, de 15 de dezembro de 1975, que em seu artigo dispõe:

“O tombamento de bens no Instituto do Patrimônio e Artístico Nacional (IPHAN) previsto no Decreto-lei 25, de 30 de novembro de 1937, dependerá de homologação do Ministro de Estado da Educação e Cultura, após parecer do respectivo Conselho Consultivo”.

---

<sup>122</sup> CASTRO, Sonia Rabello de. O Estado na Preservação de Bens Culturais. Rio de Janeiro: Renovar. 1991, pp.43-54.

#### **4.2 Aspectos constitucionais sobre a competência para tombar**

A Constituição Federal estabelece, em seu artigo 23, que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, “proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos” e “impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico e cultural”<sup>123</sup>.

Sobre esse aspecto há uma importante decisão do Supremo Tribunal Federal que parece vislumbrar possíveis conflitos de atribuições entre as várias esferas com competência comum para as ações administrativas decorrentes do tombamento.

Federação: competência comum: proteção do patrimônio comum, incluído o dos sítios de valor arqueológico (CF, arts. 23, III, e 216, V): encargo que não comporta demissão unilateral. L. est. 11.380, de 1999, do Estado do Rio Grande do Sul, confere aos Municípios em que se localizam a proteção, a guarda e a responsabilidade pelos sítios arqueológicos e seus acervos, no Estado, o que vale por excluir, a propósito de tais bens do patrimônio cultural brasileiro (CF, art. 216, V), o dever de proteção e guarda e a conseqüente responsabilidade não apenas do Estado, mas também da própria União, incluídas na competência comum dos entes da Federação, que substantiva incumbência de natureza qualificadamente irrenunciável. A inclusão de determinada função administrativa no âmbito da competência comum não impõe que cada tarefa compreendida no seu domínio, por menos expressiva que seja, haja de ser objeto de ações simultâneas das três entidades federativas: donde, a previsão, no parágrafo único do art. 23 CF, de lei complementar que fixe normas de cooperação (v. sobre monumentos arqueológicos e pré-históricos, a L. 3.924/61), cuja edição, porém, é da competência da União e, de qualquer modo, não abrange o poder de demitirem-se a União ou os Estados dos encargos constitucionais de proteção dos bens de valor arqueológico para descarregá-los ilimitadamente sobre os Municípios.<sup>124</sup>

---

<sup>123</sup> BRASIL. Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 11ª edição. São Paulo: RT, 2006. Artigo 23, cabeça e incisos III e IV.

<sup>124</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI 2.544, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 14 nov.1995.DJ.de 9.2.96. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/constituicao/artigo.asp#ctx1>. Acesso em 14 mar. 2008, 18h05m.

Cumpra ressaltar que o parágrafo único desse artigo, diz que “leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”<sup>125</sup>.

Também o artigo 24 da Constituição Federal regula a matéria quando firma a existência de competência concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal para legislar sobre “proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico” e “responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”.

No que se refere aos Municípios, é importante anotar que a própria Constituição Federal especificou as competências desses entes políticos nessa matéria quando estabeleceu, no art. 30, que compete aos Municípios, dentre outras coisas, “legislar sobre assuntos de interesse local; promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”; e ainda “promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual”<sup>126</sup>.

Vistos esses postulados constitucionais, parece não remanescer quaisquer dúvidas de que o Decreto-lei 25, de 30 de novembro de 1937, se constitui em norma geral sobre tombamento, considerando o que dispõe os parágrafos primeiro e segundo do artigo 24 da Constituição Federal.

Paulo Affonso nos ensina que as normas gerais sobre tombamento são aquelas que dão as características desse instituto jurídico, cabendo aos Estados e

---

<sup>125</sup> BRASIL. Constituição de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) Acesso em 17.03.2008. Parágrafo único do artigo 23, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 53, 2006. Acesso em: 17.03.2008, 19h30m.

<sup>126</sup> BRASIL. Constituição de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) Art. 30, *caput* e incisos I, VIII e IX. Acesso em: 17.03.2008, 19h30m.

Municípios complementar as diretrizes federais acerca da aplicação do instituto em cada localidade, especialmente considerando a competência municipal para promover o planejamento urbano com vistas ao bem estar e a qualidade de vida da população<sup>127</sup>.

Uma última observação acerca da competência nos pode ser dada por Daniela Libório quando a conceitua como sendo “a particularização do poder do Estado em alguma pessoa, que recebe essa responsabilidade através de disposição legal”<sup>128</sup>, para que os fins do Estado se realizem através de atos e fatos jurídicos, tais como o tombamento.

Acrescenta esta professora que, para conseguir a realização dos fins do Estado, “tais pessoas recebem ‘poderes especiais’ para o cumprimento de seus deveres. Dentre estes ‘poderes especiais’ encontra-se a possibilidade de impor, restringir e alterar direitos”<sup>129</sup>.

A possibilidade jurídica de se impor restrições ou limitações ao exercício de direitos, respeitados os demais postulados constitucionais, não encontra objeções na ordem jurídica brasileira, conforme se vê da seguinte ementa que é representativa das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal:

Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas — e considerado o substrato ético que as informa — permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito

---

<sup>127</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 7ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 741.

<sup>128</sup> DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Competências Urbanísticas*. In. *Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal nº 10.257/2001*. Coordenadores: Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz. 1ª edição, 1ª tiragem. São Paulo: Malheiros. 2003, pp. 61-70.

<sup>129</sup> DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Op. cit.* p. 62.

ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.<sup>130</sup>

Por outro lado, a jurisprudência e a doutrina têm sido intransigentes quanto ao devido processo legal e quanto à aplicação do princípio da proporcionalidade, especialmente quando se trata de restrição a direitos constitucionalmente consagrados.

Nesse sentido, a lição sempre atual de Gilmar Mendes:

A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o *princípio da proporcionalidade*. Essa nova orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal [...] no *princípio da reserva legal proporcional* [...], pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a *adequação* desses meios para a consecução dos objetivos pretendidos [...] e a *necessidade* de sua utilização [...].<sup>131</sup>

Por esta e outras muitas razões, é que se defende a necessidade de um processo administrativo, com rito procedimental claro e compreensível por qualquer pessoa, na efetivação do tombamento de qualquer bem ou conjunto de bens, vez que se imporá um novo condicionamento sobre propriedades particulares.

Essa, a linha que segue a jurisprudência brasileira, que podemos ilustrar com mais esse julgado do Supremo Tribunal Federal:

O postulado constitucional do *due process of law*, em sua destinação jurídica, também está vocacionado à proteção da propriedade. Ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). A União Federal — mesmo tratando-se de execução e implementação do programa de reforma agrária — não está dispensada da obrigação de respeitar, no desempenho de sua atividade de expropriação, por interesse social, os princípios constitucionais que, em tema de propriedade, protegem as pessoas contra a eventual expansão arbitrária do poder

---

<sup>130</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23.452. Relator: Ministro Celso de Mello, julgamento em 16.09.99. Diário da Justiça de 12.05.2000. Brasília. 2008. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/constituicao/artigo.asp#ctx1>. Acesso em 12 de março de 2008.

<sup>131</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. São Paulo: Celso Bastos editor. 1998, p. 39.

estatal. A cláusula de garantia dominial que emerge do sistema consagrado pela Constituição da República tem por objetivo impedir o injusto sacrifício do direito de propriedade. [...].<sup>132</sup>

Estes aspectos constitucionais complementam o conceito de patrimônio cultural, de modo que não importa se o interesse predominante na preservação seja do Município, do Estado, do Distrito Federal ou da União, o que é significativo é que o bem a ser objeto material de tombamento, integra o patrimônio cultural brasileiro, cujo ato formal de reconhecimento constará do processo de tombamento, não sendo cabível dizer que existem patrimônios culturais distintos nas várias esferas da federação.

#### **4.3 Poderia o Município tomar um bem pertencente a Estado-membro ou à União?**

A resposta é afirmativa. Ressalta Sonia de Castro que a legislação de tombamento não impõe qualquer restrição quanto a isso, podendo qualquer um dos entes políticos que integram a federação brasileira proceder ao tombamento de bens de particulares, próprios da entidade política que realiza o tombamento ou dos demais entes que integram a federação brasileira, não havendo que imaginar, como no caso de desapropriação, uma aparente “hierarquia”.

Com relação ao tombamento de bens públicos a dúvida geralmente levantada é quanto a possibilidade jurídica de Município tomar bens da União ou dos Estados, ou de Estados tomarem bens públicos federais. Há quem argumente quanto à impossibilidade de entidades políticas “menores” procederem à proteção de bens públicos de entidades “superiores”, por analogia à lei de desapropriação. Não cabe de forma alguma este entendimento, pois seria estender à outro instituto uma interpretação restritiva, fazendo exceção onde a própria lei não o faz; não há qualquer razão de se fazer a transposição analógica restritiva de um instituto (desapropriação) para outro (tombamento).

A Constituição garante e prevê o dever de qualquer das entidades políticas proceder à proteção de bens culturais de seu interesse, não restringindo este exercício pelo fato de o titular de domínio ser ou não pessoa de direito público. [...].<sup>133</sup>

---

<sup>132</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23.032. Relator: Ministro Celso de Mello, julgamento em 29.08.2001. Diário da Justiça de 09.02.2007. Brasília. 2008. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/constituicao/artigo.asp#ctx1>. Acesso em: 12 de março de 2008, 19h30m.

<sup>133</sup> CASTRO, Sonia Rabello de. O Estado na Preservação de Bens Culturais. Rio de Janeiro: Renovar. 1991, p. 81.

Outro aspecto relevante envolvendo o tombamento de bens públicos ou particulares é quando o tombamento puder contrariar outro interesse federal.

Tradicionalmente se tem resolvido este aparente impasse com o predomínio do interesse da União, sendo exemplo clássico o regramento do direito de construir no âmbito municipal que não se aplica quando a União vai construir determinados tipos de edificações. Todavia, esta solução, que também é acatada por Sonia de Castro, admitindo, inclusive, ser causa de cancelamento do tombamento por interesse público superveniente, não me parece a mais adequada.

Com a constitucionalização do instituto, todo e qualquer conflito de interesses envolvendo o tombamento há de ser resolvido sob a orientação dos princípios que orientam a hermenêutica constitucional e que sejam aplicáveis ao caso, dentre os quais destacamos o da unidade da Constituição, o do efeito integrador, o da conformidade funcional e o da concordância prática ou da harmonização<sup>134</sup>.

Inocêncio Mártires Coelho resume os princípios acima delineados da seguinte forma:

Princípio da *unidade da Constituição*: as normas constitucionais devem ser consideradas não como normas isoladas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de regras e princípios;

Princípio do *efeito integrador*: na resolução de problemas jurídico-constitucionais, deve-se dar primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política, posto que essa é uma das finalidades primordiais da Constituição;

Princípio da *conformidade funcional*: o órgão encarregado da interpretação constitucional não pode chegar a resultados que subvertam ou perturbem o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido, como o da separação de poderes e funções do Estado;

Princípio da *concordância prática ou da harmonização*: os bens constitucionalmente protegidos, em caso de conflito ou concorrência,

---

<sup>134</sup> MENDES, Gilmar Ferreira e outros. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 103-115.

devem ser tratados de maneira que a afirmação de um não implique no sacrifício do outro, o que só se alcança na aplicação prática do texto;<sup>135</sup>

Como se vê, a solução dos conflitos de interesses entre o tombamento efetuado ou a realizar-se pelo Município e outros interesses da União ou do Estado-membro, há se dar com absoluto respeito à distribuição de competências e à organização político-administrativa estabelecidas na Constituição Federal, sob pena de violação desta, razão porque não se pode mais concordar com simples argumento de que a questão é de segurança nacional, para que haja predomínio do interesse da União nessa matéria, que agora também integra o texto constitucional.

#### ***4.4 Da exigência de estudos técnicos adequados e suficientes para caracterização do bem como integrante do patrimônio cultural***

Da leitura do texto do Decreto-lei 25, de 30 de novembro de 1937, combinado com a Lei nº 6.292, de 15 de dezembro de 1975, já se pode vislumbrar que o rito procedimental do tombamento perpassará por um pronunciamento de um colegiado vinculado ao órgão de tombamento, como o Conselho Consultivo, no caso do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, cujo parecer favorável será submetido à homologação do Ministro de Estado ao qual se vincula e sendo acatado, subsidiará a decisão final acerca do tombamento a ser efetivado, inscrevendo o bem ou o conjunto de bens em um dos Livros do Tombo.

Sendo o Decreto-lei 25, de 1937, a norma geral nacional acerca do tombamento, todos os demais entes políticos deverão seguir um rito semelhante, cabendo a homologação do tombamento ao Chefe do Poder Executivo, após o parecer do colegiado.

O que não se vislumbra diretamente da legislação é qualquer determinação no sentido de que se proceda a estudos técnicos para comprovar e fundamentar a decisão, no sentido de afirmar que o bem ou o conjunto de bens objeto de estudo, de fato, integra o patrimônio cultural brasileiro, nos termos do artigo 216 da Constituição Federal e legislação infraconstitucional.

---

<sup>135</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 91.

Todavia, constatando-se que o bem efetivamente integra o patrimônio cultural, a necessidade desses referidos estudos decorre do próprio sistema jurídico brasileiro, que exige que as decisões administrativas sejam fundamentadas. Ademais, os gravames ou limitações a direitos devem ocorrer com estrita observância aos princípios da legalidade e da proporcionalidade.

Mais uma vez, importante a lição de Sonia de Castro quando diz que “o tombamento de bens reveste-se de aspectos jurídicos complexos” para compreensão do que seja efetivamente valor cultural, razão porque os estudos técnicos aprofundados, independentemente de previsão legal, são imprescindíveis para embasarem a decisão do órgão colegiado que obrigatoriamente se manifestará no processo.

Tais estudos e demais pronunciamento técnicos que constarão do processo de tombamento, servirão também “para esclarecer a motivação do ato administrativo, explicitando a relação entre a escolha de determinado bem e o interesse público de conservá-lo”, informando aspectos essenciais tais como a descrição precisa do objeto a ser tombado, com seus elementos característicos que o tornam expressão de valor cultural do país, bem como a delimitação da área de seu entorno e as limitações que deverão incidir sobre esta, quando se tratar de bem imóvel isolado ou em conjunto.

É importante reiterar que a efetividade da preservação de um bem tombado dependerá em muito da definição precisa do objeto material tombado, com suas características especiais e fragilidades a serem cuidadas pelo Poder Público com o apoio da comunidade que, mesmo mantendo a propriedade individualizada no domínio do particular, passa a ter sobre ela, após o tombamento, um direito subjetivo de vê-la conservada.

Parece não haver controvérsias relevantes sobre a necessidade de se acrescentar algum passo em procedimento administrativo, quando tal seja em benefício do devido processo legal e em respeito aos direitos e garantias

consagrados pelo sistema jurídico brasileiro, além de ser instrutório de todo o processo e subsídio importante para a tomada de decisão.

É nessa linha que segue a jurisprudência da qual extraímos dois exemplos em decisões prolatadas pelo Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL - ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 535, I, DO CPC - NÃO-OCORRÊNCIA - MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE - TOMBAMENTO - LEGALIDADE DO ATO - VALOR HISTÓRICO-CULTURAL DO BEM - INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 07/STJ.

[...].

Hely Lopes Meirelles define o tombamento como "a declaração pelo Poder Público do valor histórico, artístico, paisagístico, turístico, cultural ou científico de coisas ou locais que, por essa razão, devam ser preservados, de acordo com a inscrição em livro próprio" (p. 547).

In casu, o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ao julgar a apelação interposta pela recorrente, negou-lhe provimento ao fundamento de que "resulta do processo administrativo instaurado com o escopo de se proceder ao tombamento do bem imóvel em questão que também existente o motivo de fato, assim, o valor cultural do bem, configurado no estudo técnico que se encontra relatados às fls. 61/156-TJ, dispondo sobre a conveniência do tombamento de vários conjuntos urbanos de Belo Horizonte, entre eles o da Avenida Carandaí, região em que se encontra o imóvel tombado em exame.

Ressalte-se que a conclusão do aludido estudo em momento algum foi ilidida satisfatoriamente pela apelante" (fl. 355).

Do exame do artigo 1º do Decreto-lei n. 25/37, conclui-se que, para que um bem seja tombado, deve restar demonstrado seu valor histórico ou artístico nacional. Ocorre, porém, que o termo "valor cultural", utilizado pelo Tribunal a quo, abrange o conceito de valor histórico mencionado na lei.

Adotar entendimento diverso do esposado pela Corte a quo, no sentido de que o laudo juntado aos autos pelo Município de Belo Horizonte logrou demonstrar o valor cultural do bem tombado e que o objetivo do tombamento seria o de promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, demandaria o reexame de aspectos fático-probatórios, o que é vedado nesta instância especial, nos termos da Súmula 07/STJ<sup>136</sup>.

RECURSO ESPECIAL - TOMBAMENTO - NULIDADE - ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 12, 13, 22 E 216 DO DECRETO-LEI N. 35/37, 1.025, 1.035 E 1.059 DO CÓDIGO CIVIL - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - INCIDÊNCIA DAS SÚMULA NS. 07 E 211/STJ, 282 E 356/STF - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA.

[...]

Por outro lado, denota-se, sem maiores esforços, que, com base nas provas dos autos, considerou o v. acórdão recorrido que o ato de tombamento é nulo e que o estudo técnico acostado aos autos "não é, por

<sup>136</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 436.253/MG. Relator: Ministro Franciulli Neto. Segunda Turma. Julgado em 08.06.2004, Brasília. 2008. Disponível em: [http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=devido%20processo%20legal%20e%20tombamento#](http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=devido%20processo%20legal%20e%20tombamento#). Acesso em: 12 de março de 2008, 19h31m.

si só, suficiente para a identificação dos motivos que porventura tenham recaído sobre o imóvel, posto que apóia-se em informações genéricas, que alcançam todo o Município, sem especificar a importância da preservação da residência tombada".

Adotar entendimento diverso do esposado pelo acórdão recorrido envolveria, necessariamente, o reexame do conjunto probatório inserto nos autos, o que é vedado em recurso especial pelo comando da Súmula n. 07 desta Corte Superior de Justiça. [...] <sup>137</sup>.

#### **4.5 Da notificação e da publicidade dos atos do processo de tombamento**

Neste momento do trabalho, quando se encaminha para apresentação de uma proposta de procedimento básico para o tombamento, faz-se necessário destacar alguns aspectos acerca da publicidade que deve ser a mais ampla possível em tais casos, especialmente com relação às pessoas diretamente envolvidas e cujos direitos de propriedade sofrerão algum tipo de efeito com o ato final de tombamento, sendo que alguns efeitos são produzidos já a partir da instauração do processo, quando ocorre o tombamento provisório.

Inicialmente cabe discutir acerca da importância da notificação do detentor do domínio ou mesmo daquele que tenha apenas a guarda da coisa a ser tombada.

Cumprе ressaltar que tal notificação somente se realizará após uma análise preliminar do órgão competente em que se conclua pela viabilidade, pelo menos em tese, da efetivação do ato de tombamento, ou seja, o bem ou o conjunto de bens em um juízo administrativo preliminar, integra o patrimônio cultural brasileiro, seja pelo interesse para a comunidade local, estadual ou nacional.

Sonia de Castro, entendendo que a formação do processo administrativo rege-se por princípios próprios, onde não se pode afirmar a existência de lide, admite, no procedimento de tombamento, a possibilidade de a Administração

---

<sup>137</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 401.719/MG. Relator: Ministro Franciulli Neto. Segunda Turma. Julgado em 02.12.2003. Brasília. 2008. Disponível em: [http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&li vre=devido%20processo%20legal%20e%20tombamento#](http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&li vre=devido%20processo%20legal%20e%20tombamento#). Acesso em: 12 de março de 2008, 19h35m.

Pública escolher a forma de proceder à notificação dos interessados, afirmando que “não se pode dizer que ela será necessariamente pessoal”<sup>138</sup>.

Não entendemos haver tal possibilidade eis que, como bem reconhece aquela autora, a notificação tem dois objetivos fundamentais: dar conhecimento ao proprietário ou aquela entidade que tenha a guarda da coisa a ser tombada em definitivo; e estabelecer o tombamento provisório desde já, nos termos do parágrafo único do art. 10 do Decreto-lei 25, de 1937.

A notificação é a oportunidade dada pela lei para que o proprietário do bem ou qualquer outro atingido diretamente pelo ato de tombamento, possa apresentar suas considerações acerca dos fatos ou de questão jurídica envolvidos na discussão da matéria.

Desse modo, a notificação há de ser pessoal e conter todos os requisitos fixados nos artigos 26 a 28 da Lei nº 9.784, de 1999, combinados com o disposto no parágrafo primeiro do artigo 9º do Decreto-lei 25, de 1937, quanto ao prazo para eventual impugnação.

Contudo, em se verificando a recusa ou utilização de artifícios para que a notificação não se materialize, poder-se-á utilizar-se das demais possibilidades estabelecidas para a intimação previstas na legislação brasileira, em especial no artigo 23 da Lei nº 9.784, de 1999.

A nosso juízo, isso deverá ocorrer em todos os casos sem prejuízo de ampla publicidade pelos meios próprios, inclusive em determinadas situações específicas, de notificação também pessoal, daqueles que sofrerão os efeitos do tombamento por possuírem imóveis no entorno daquele a ser tombado, com o que parece discordar Sonia de Castro<sup>139</sup>.

---

<sup>138</sup> CASTRO, Sonia Rabello de. O Estado na Preservação de Bens Culturais. Rio de Janeiro: Renovar. 1991, pp. 55-64.

<sup>139</sup> CASTRO, Sonia Rabello de. O Estado na Preservação de Bens Culturais. Rio de Janeiro: Renovar. 1991, pp. 60-61.

Embora o Decreto-lei nº 25, de 1937, contenha previsão de notificação apenas ao proprietário para anuir ou impugnar o tombamento, não se pode negar aos vizinhos atingidos pelas restrições, que podem ser quase tão severas quanto as incidentes sobre o bem tombado, a mesma possibilidade, aplicando-se ao caso o disposto no artigo 58 da Lei nº 9.874, de 1999, quanto à legitimidade. Quanto ao prazo, há de se observar a regra especial do parágrafo primeiro do art. 9º da Lei de Tombamento, por ser mais benéfica.

Não se trata de analogia ao processo judicial, mas de respeito integral ao disposto no inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal, combinado com aplicação do princípio da proporcionalidade/razoabilidade, vez que se estará diante de hipóteses de restrição ou condicionamento do exercício de direitos garantidos pela ordem jurídica.

A jurisprudência também reconhece a necessidade de notificação, demonstrando o aresto a seguir que não se trata de assemelhar o processo de tombamento a um feito judicial.

ADMINISTRATIVO - TOMBAMENTO - NOTIFICAÇÃO.

1. O processo de tombamento seguiu as exigências legais (devido processo legal), sendo chamado para defesa o proprietário varão.
2. Irresignação da mulher que se diz preterida no seu patrimônio, sem defesa, porque não notificada, assim como seu marido.
3. Quebra do rigor formal do Direito Administrativo, para atender às preocupações substanciais do ato estatal. Ciência presumida plenamente válida.  
[...]<sup>140</sup>.

Como visto, o processo administrativo de tombamento há de seguir um rigor suficiente para demonstrar o atendimento à cláusula de direito substancial ao devido processo legal, quando se trata de condicionamento ou restrição a direitos fundamentais.

---

<sup>140</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança RMS nº 14.970/SC. Relator: Ministra Eliana Calmon. Segunda Turma. Julg. em 05.09.2002. Brasília. 2008. Disponível em: [http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&li vre=devido%20processo%20legal%20e%20tombamento#](http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&li vre=devido%20processo%20legal%20e%20tombamento#). Acesso em 12 de mar. de 2008, 16h23m.

O próprio Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, em seu endereço eletrônico, embora de modo impreciso, deixa transparecer a idéia de que há um procedimento para que se efetue o tombamento de bens, ao responder resumidamente como é um processo de tombamento.

O Tombamento é uma ação administrativa do Poder Executivo, que começa pelo pedido de abertura de processo, por iniciativa de qualquer cidadão ou instituição pública. Este processo, após avaliação técnica preliminar, é submetido à deliberação dos órgãos responsáveis pela preservação. Caso seja aprovada a intenção de proteger um bem cultural ou natural, é expedida uma Notificação ao seu proprietário. A partir desta Notificação o bem já se encontra protegido legalmente, contra destruições ou descaracterizações, até que seja tomada a decisão final. O processo termina com a inscrição no Livro Tombo e comunicação formal aos proprietários<sup>141</sup>.

Cabe ressaltar que, considerando a natureza de medida cautelar que se reveste o tombamento provisório, os efeitos deste se produzirão a partir da notificação do proprietário ou de quem simplesmente tenha a guarda legal do bem a ser tombado.

Referida medida não perderá sua eficácia enquanto não concluído o processo de tombamento ou decidido que o tombamento definitivo não se realizará, conforme se pode ver da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERRA DO GUARARÚ. TOMBAMENTO. DISCUSSÃO QUANTO À PRECEDÊNCIA DO PROCESSO DE TOMBAMENTO PROVISÓRIO AO DEFINITIVO. INCOERÊNCIA.

1. O instituto do tombamento provisório não é fase procedimental precedente do tombamento definitivo. Caracteriza-se como medida assecuratória da eficácia que este poderá, ao final, produzir.
2. A caducidade do tombamento provisório, por excesso de prazo, não prejudica o definitivo, Inteligência dos arts. 8º, 9º e 10º, do Decreto Lei 25/37. [...] <sup>142</sup>.

---

<sup>141</sup> BRASIL. Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Perguntas frequentes. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/portal/montarDetalheConteudo.do?id=12691&retorno=detalhePerguntasFrequentes&sigla=PerguntasFrequentes>. Acesso dia 12.03.2008, 15h47m.

<sup>142</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 8.252/SP. Relator: Ministra Laurita Vaz. Segunda Turma. Julgado em 22.10.2002, Brasília. 2008. Disponível em: [http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&li vre=devido%20processo%20legal%20e%20tombamento#](http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&li vre=devido%20processo%20legal%20e%20tombamento#). Acesso em 14 de março de 2008.

## **5 Proposta de estabelecimento de fases ou etapas obrigatórias no processo de tombamento**

Busca-se neste capítulo apresentar uma proposta de rito procedimental geral para o processo de tombamento, considerando que o Decreto-lei 25, de 30 de novembro de 1937, nesse aspecto, é insuficiente, em face da ordem jurídica estabelecida no Brasil, sendo conveniente, a exemplo do já ocorre em vários Estados e Municípios brasileiros, que se edite uma regulamentação da Lei de Tombamento de modo que esse processo obedeça no mínimo as seguintes etapas ou fases:

1 – Pedido de tombamento ou de abertura de processo de tombamento de determinado bem, formulado por qualquer interessado e dirigido ao órgão de tombamento, do Município, do Estado ou da União, ou mesmo simultaneamente à todos estes, através de carta, requerimento ou outro meio idôneo à manifestação da vontade do administrado, indicando o bem a ser tombado, com a sua localização, justificativa do pedido e, se possível, juntando documentos indicativos de seu valor enquanto potencial integrante do patrimônio cultural brasileiro.

A instauração desse processo de tombamento poderá ser de iniciativa do próprio órgão de tombamento, por qualquer de suas unidades orgânicas, com a caracterização do bem e fundamentação da decisão inicial de assim proceder. Isto, não significa tombamento de ofício, mas simplesmente decisão administrativa inicial de se proceder, após um procedimento regular, ao tombamento de determinado bem.

2 – Recebido o pedido formulado por qualquer cidadão interessado, ou decidida a instauração de processo por iniciativa do órgão de tombamento, procede-se a autuação da documentação, formando autos devidamente numerados de modo a possibilitar o controle de sua tramitação ainda interna.

3 – Os autos, com a documentação inicial disponível oferecida pelo interessado ou juntada pelo órgão de tombamento, deverão ser encaminhados ao órgão ou órgãos especializados que compõem a estrutura administrativa daquele

que detém a competência para o tombamento, para que se proceda às análises e estudos técnicos iniciais que possibilitem a primeira tomada de decisão acerca do tombamento ou não do bem. Esses estudos iniciais e eventuais estudos complementares são essenciais para a garantia da efetividade da conservação do bem que vier a ser tombado.

É nessa fase interna que se procederá a identificação precisa do bem a ser objeto material do tombamento, com as suas características essenciais indicativas de que, pelo menos em tese, é integrante do patrimônio cultural brasileiro, bem como se definirão as condicionantes a ser obedecidas tanto no uso do bem quanto no seu entorno. É aqui que se fixam os parâmetros e limites a serem observados na preservação da ambiência do bem a ser tombado.

Cumprido ressaltar que cabe ao poder público a instrução do processo, mesmo quando iniciado por provocação de particular. Quando se tratar de bens imóveis, a instrução conterá descrição e documentação do bem, justificativa pela qual o bem será tombado, a definição e delimitação da preservação do entorno do bem, os parâmetros para futuras instalações e usos. Para bens móveis, além das já colocadas, deverá ser definido o procedimento para sua saída do município, do estado ou do país e, em caso de coleções, a relação das peças componentes e a definição de medidas que garantam sua integridade.

4 – Tomada a decisão positiva quanto ao prosseguimento do processo, proceder-se-á às notificações pessoais do interessado no tombamento, do proprietário do bem a ser tombado e, no caso de imóvel, de todos aqueles proprietários de imóveis do entorno do bem e que sofrerão os efeitos diretos do tombamento. Além disso, deverão ser publicados editais dando conhecimento ao público em geral de que está em trâmite um processo visando o tombamento daquele bem, devidamente caracterizado no edital a partir do que consta do processo.

Da notificação deverá constar que o proprietário do bem a ser tombado, e os demais atingidos pelo ato de tombamento poderão, querendo, impugnar a

pretensão administrativa de tombamento, no prazo de quinze dias, indicando as razões e os fundamentos de fato e de direito para que aquele ato não seja levado a efeito (§ 1º, art. 9º, DL 25, de 1937).

Na hipótese de se identificar, em qualquer caso específico de tombamento, o interesse de uma grande massa populacional, o que a Lei nº 9.784, de 1999, considera interesse geral, poder-se-á abrir consulta pública de modo a possibilitar o recebimento de contribuições da população a ser beneficiada pela medida, ou mesmo realizarem-se audiências públicas.

Conforme demonstrado neste trabalho, a medida cautelar – tombamento provisório – não perde sua eficácia pela demora na tramitação regular do processo e na efetivação do tombamento.

Se a tomada de decisão, devidamente fundamentada, for negativa, arquivase o processo e notifica-se o interessado requerente do tombamento, esclarecendo-lhe os motivos do ato. Isso, não impede que nova solicitação seja apreciada, especialmente se anexados novos elementos que possibilitem analisar aspectos não considerados anteriormente.

5 – Procedida a notificação ou notificações e dada ampla publicidade à decisão, recebidas e decididas as impugnações, com as intimações que sejam necessárias, o dirigente do órgão de tombamento encaminhará os autos ao Colegiado que atua na matéria, como o Conselho Consultivo, no caso do IPHAN, para indicação de um relator na forma regimental, o qual deverá apresentar voto na próxima reunião em que a matéria esteja em pauta.

O relator, ou o Colegiado como um todo, poderá decidir pela necessidade de mais estudos e baixar os autos em diligência para que sejam adotadas as providências que recomendar, ou mesmo decidir pelo arquivamento por entender não caracterizado que o bem ou bens indicados integrem o patrimônio cultural brasileiro.

Estando os autos, a juízo do relator e do colegiado ou apenas do colegiado, caso vencido o relator, devidamente instruídos com a caracterização do bem como integrante do patrimônio cultural brasileiro, seja no âmbito municipal, estadual, distrital ou federal, a decisão será no sentido de que o tombamento seja efetuado, indicando a motivação e a fundamentação do ato.

É recomendável que essa decisão seja na forma de Resolução, para o que deve haver previsão no regimento interno do colegiado.

Essa decisão, da qual serão notificados o proprietário do bem, aqueles diretamente atingidos pelo tombamento e ainda o interessado pelo pedido inicial, deverá ser publicada no Diário Oficial do ente público que está promovendo o tombamento e em jornal de grande circulação, dando a necessária publicidade do ato, cuja eficácia ficará contida e na dependência da homologação ministerial ou do Chefe do Poder Executivo nos demais casos.

6 – Decididas eventuais questões incidentes, os autos serão encaminhados ao Ministro de Estado ao qual o órgão federal de tombamento esteja vinculado, ou ao Chefe do Poder Executivo do Estado ou do Município para homologação e decisão final acerca do tombamento.

7 – Tomada a decisão final homologatória do tombamento, os autos serão encaminhados à unidade orgânica competente para que proceda à inscrição do bem no livro específico e averbação na serventia competente. Se imóvel, no Cartório de Registro de Imóveis onde esteja registrado. Se móvel, no Cartório de Registro de Títulos e Documentos.

Com a presente proposta, que extrapola os limites do processo definido pelo Decreto-lei 25, de 1937, procuramos estabelecer um rito mínimo a ser seguido por qualquer órgão de tombamento que eventualmente não possua normas procedimentais específicas e claras.

Creio que o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional tem o dever de elaborar um rito procedimental geral, a ser aprovado por decreto presidencial,

regulamentando e atualizando o processo de tombamento no âmbito federal, seguindo uma linha de raciocínio como a que ora propomos, o que será de grande valia para os demais entes da federação brasileira que ainda não possuem um procedimento normatizado.

Referida proposta não invalida nem impede que ritos procedimentais mais detalhados e com um número maior de fases ou etapas sejam praticados, eis que é apenas uma busca de contribuir com a aplicação do instituto constitucional do tombamento para a preservação do patrimônio cultural brasileiro.

Assim, os autos do processo de tombamento poderão apresentar os seguintes elementos materiais:

I – Capa, com a numeração dos autos, seguindo a ordem de autuação de qualquer matéria administrativa no âmbito do órgão de tombamento, bem como o nome do interessado e a indicação do assunto, com a indicação do bem a ser tombado.

II – Documentos referentes à solicitação do tombamento ou à decisão inicial de instauração do processo e respectivos despachos de encaminhamento.

III – Manifestações técnicas dos órgãos especializados, com laudos de identificação do bem e sua caracterização como portador de natureza especial que o integre ao conjunto de bens que formam o patrimônio cultural brasileiro.

Se imóvel, a descrição e documentação do bem, inclusive os registros na serventia imobiliária, além de históricos do bem, levantamentos arquitetônicos que incluam o seu entorno, com plantas croquis, fotos e outros elementos que integrem a justificativa pela qual o bem será tombado, com a definição e delimitação da preservação do seu entorno, os parâmetros para futuras instalações e usos compatibilizados entre o planejamento urbano e as ações de preservação.

Se móveis, os bens a serem tombados, além da descrição completa e documentação pertinente, deverá constar o procedimento a ser seguido na hipótese

de saída do município, do estado ou do país, conforme a instância em que ocorrerá o tombamento e, em caso de coleções, a relação das peças componentes e a definição de medidas que garantem sua integridade.

IV – As notificações e certidões de publicações levadas a efeito, sejam ao proprietário do bem a ser tombado ou aos demais interessados e atingidos diretamente pelo tombamento.

V – As impugnações eventualmente apresentadas, com as certidões pertinentes quanto à tempestividade ou não destas. As decisões proferidas e respectivas intimações dos interessados.

VI – O parecer e o voto do relator da matéria, bem como a decisão do colegiado, na forma de resolução.

VII – Certidão de publicação da resolução da decisão do colegiado, bem como soluções dadas às questões incidentes, quando houver, e encaminhamento dos autos à homologação ministerial ou pelo Chefe do Poder Executivo, conforme o caso.

VIII – Documento de homologação da decisão do colegiado e encaminhamento ao setor específico para a efetivação da inscrição do bem no livro próprio.

IX – Cópia da averbação na serventia imobiliária, quando o bem tombado for imóvel, ou do registro no Cartório de Registro de Títulos e Documentos, quando se tratar de bens móveis.

X – Encaminhamento dos autos ao arquivo próprio e adequado.

Registre-se que, em qualquer das fases do procedimento, os interessados poderão recorrer ao judiciário contra os atos e decisões administrativas, sendo que o êxito da Administração Pública nessas eventuais demandas judiciais estará diretamente relacionado com a boa instrução e condução do processo.

## **Conclusão**

Como visto neste estudo, o conceito de tombamento tido como um ato administrativo não se coaduna com a evolução do instituto, devendo ser re-elaborado considerando-o no contexto de um processo e seguindo um rito procedimental básico para todas as unidades da federação brasileira.

Ademais, o instituto não mais se insere no contexto do direito administrativo puro e simples, sendo parte, como diz a lei, do âmbito do direito urbanístico, remanescendo alguma discussão se o direito urbanístico é ou não autônomo, em relação ao direito ambiental.

Tal discussão há de ser conduzida em um trabalho mais específico sobre o instituto do tombamento, quando poderá ser apresentado um novo conceito, mais atual e consentâneo com a ordem jurídica, tendo em vista a coesão dinâmica típica das normas de direito urbanístico e ambiental.

Por outro lado, é urgente que se estabeleça uma regulamentação acerca do procedimento básico a ser seguido, em homenagem ao devido processo legal e em contraposição às normas do Decreto-lei 25, de 30 de novembro de 1937, que estão em desacordo com a atual ordem jurídica.

Uma especial atenção deve ser dada na definição do objeto material do tombamento, incluindo seu entorno, quando bem imóvel, fixando as restrições e limitações que se deve impor à vizinhança, de modo a preservar a ambiência e conservar adequadamente o patrimônio cultural brasileiro representado naquele bem, individualizado ou em conjunto.

De qualquer modo, é importante fixar nessa conclusão que o tombamento não se aperfeiçoa em um único ato, mas em um procedimento, em que vários atos intermediários e com relativa autonomia são praticados, comportando, em todas as fases, não só a manifestação dos interessados como também o controle judicial.

Além disso, eventuais conflitos no processo de tombamento, sejam relacionados com a competência para tomar ou em razão dos direitos subjetivos envolvidos, deverão ser resolvidos levando em conta os princípios constitucionais orientadores da ação administrativa e aqueles que incidem na hermenêutica constitucional, preservando-se ao máximo a integridade plena da ordem jurídica.

Do mesmo modo, os órgãos de tombamento deverão estabelecer procedimentos claros e transparentes de como se realizará a fiscalização, estabelecendo, quando do processo de tombamento, as sanções a que estarão sujeitos os infratores em cada conduta devidamente tipificada e delimitando os limites de atuação do Poder Público e da sociedade.

O certo é que no âmbito desta pesquisa, deixa-se clara a necessidade de uma melhor compreensão do instituto do tombamento como um dos instrumentos, colocados à disposição do Estado pela Constituição Federal para a preservação do patrimônio cultural brasileiro, em seu todo.

Novos estudos e aprofundamentos são necessários, especialmente para uma melhor tradução das finalidades explícitas do tombamento, bem como para desvelar algumas finalidades implícitas, as quais recebem da sociedade uma atitude de não adesão. Nestes casos, por consequência, há uma redução na eficiência da ação estatal de preservação, não obstante a miríade de instrumentos à disposição de todos para a defesa desse patrimônio coletivo que é representativo da identidade do povo brasileiro.

## **Referências bibliográficas**

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução da 1ª edição brasileira: Alfredo Bosi. Revisão da tradução e tradução dos novos textos: Ivone Castilho Benedetti. 5ª edição. São Paulo: Martins Fontes. 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000.

BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar. 1996.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm). Acesso em 06.02.2008.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm). Acesso em 06.02.2008.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm). Acesso em 06.02.2008.

BRASIL. Constituição de 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 11ª edição. São Paulo: RT, 2006.

BRASIL. Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. DOU de 6.12.1937. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0025.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0025.htm). Acesso em 06.02.2008.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.

BRASÍLIA DA HUMANIDADE. *Correio Braziliense*. Brasília, 7 de dez. 2007. Revista Especial.

CASTRO, Sonia Rabello de. *O Estado na Preservação de Bens Culturais*. Rio de Janeiro: Renovar. 1991.

\_\_\_\_\_. *Estatuto da Cidade e a Preservação do Patrimônio Cultural Federal*. In FINK, Daniel Roberto (Coord.). *Temas de Direito Urbanístico 4*. São Paulo. Imprensa Oficial do Estado. Ministério Público do Estado de São Paulo: 2005. p. 39-51.

\_\_\_\_\_. *Tombamento e Proteção aos Bens Culturais*. In PESSOA, Álvaro. *Direito do Urbanismo: uma visão sócio-jurídica*. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos: Instituto Brasileiro de Administração Municipal, 1981. p. 167-187.

CERTEAU, Michel de. *A invenção do Cotidiano: 1. Artes de fazer*. Nova edição, estabelecida e apresentada por Luce Girard. Tradução: Ephraim Ferreira Alves. 12ª edição. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 1994.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

COSTA, Lúcio. *Brasília Revisitada*. Documento produzido para o Distrito Federal e arquivado no Arquivo Público de Brasília.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Tombamento \_ I*. "In": FRANÇA, Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva. 1977. v. 74. p. 1-14.

CUREAU, Sandra. *Patrimônio, uma noção complexa, identitária e cultural*. "In": KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; e SOARES, Inês Virgínia Prado (Org.). *Desafios do Direito Ambiental no Século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 728-752.

DA SILVA, Fernando Fernandes. *As Cidades Brasileiras e o Patrimônio Cultural da Humanidade*. São Paulo: Ed. Petrópolis/EDUSP. 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12ª edição. São Paulo: Atlas, 2000.

DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Competências Urbanísticas*. "In": DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal nº 10.257/2001*. 1ª edição, 1ª tiragem. São Paulo: Malheiros. 2003. p. 61-70.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4ª edição, São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua Portuguesa*. 3ª edição. Curitiba: Ed. Positivo. 2004.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª edição. São Paulo, Malheiros, 2006.

FONSECA, Maria Cecília Londres. *O Patrimônio em Processo*. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ. Minc-IPHAN. 1997. p. 58, *apud* FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua Portuguesa*. 3ª edição. Curitiba: Ed. Positivo. 2004.

FREITAS, Conceição. *Nas asas da suprema insensatez*. Revista *BRASÍLIA DA HUMANIDADE*. Correio Braziliense. Brasília: 7 de dez. 2007.

GASPARINI, Diógenes. *Tombamento II*. "In": FRANÇA, Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva. 1977. v. 74. p. 1-14.

GRECO, Marco Aurélio. *Solo Criado e a Questão fundiária*. "In": PESSOA, Álvaro. *Direito do Urbanismo: uma visão sócio-jurídica*. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos: Instituto Brasileiro de Administração Municipal, 1981. p. 167-187.

HARVEY, David. *Condição Pós-moderna*. Tradução: Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 16ª edição. São Paulo. Edições Loyola. 2007.

JAMESON, Frederic. *Pós-modernismo e a sociedade de consumo*. "In": KAPLAN, E. Ann (Org.). *O mal-estar no Pós-modernismo: Teorias e práticas*. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993. p. 25-44.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 7ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros. 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira e outros. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos editor. 1998.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. 3ª Edição. São Paulo: Atlas. 2006.

NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. 2ª reimpresión. Ciudad de Buenos Aires: editora ASTREA, de Alfredo y Ricardo DePalma. 2002.

PORTOGHESI, Paolo. *Depois da Arquitetura Moderna*. Tradução e apresentação: Ana Luiza Nobre. São Paulo: Martins Fontes Editora. 2002.

RIBEIRO, Sandra Bernardes. *Brasília: memória, cidadania e gestão do patrimônio cultural*. São Paulo: Anablume, 2005.

SILVA SOARES, Guido Fernando, "In": DA SILVA, Fernando Fernandes. *As Cidades Brasileiras e o Patrimônio Cultural da Humanidade*. São Paulo: Ed. Petrópolis/EDUSP. 2003. p. 15-22.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29ª edição. São Paulo. Malheiros. 2007.