

# TOMBAMENTO NO BRASIL: QUESTÕES JURÍDICAS POLÊMICAS<sup>1</sup>

Marcio Pestana\*

Sumário: 1. Introdução. 2. Competência. 3. Conceito. 4. Formas de constituição do tombamento. 5. O motivo do tombamento e o controle judicial. 6. O objeto imobiliário tombável. 7. As espécies de tombamento. 7.1. Tombamento voluntário ou compulsório. 7.2. Tombamento de ofício. 8. Tombamento provisório e definitivo. 8.1. Tombamento provisório. 8.2. Tombamento definitivo. 9. Efeitos do tombamento. 10. Averbação. 11. A conservação do imóvel tombado. 12. O entorno do imóvel tombado. 13. A indenização.

## 1. INTRODUÇÃO



Constituição Federal brasileira determina que o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, apoiando e incentivando a valorização e a difusão das manifestações culturais (art. 215, da CF).

Constituiu-se patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, portadores de referência à identi-

---

<sup>1</sup> Publicado em *Direito Imobiliário Brasileiro. Novas fronteiras na legalidade constitucional*. São Paulo : Ed. Quartier Latin do Brasil, 2011

\* Doutor e mestre em Direito do Estado, pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Titular de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Fundação Armando Álvares Penteado. Coordenador e Professor do curso de Direito Administrativo e Constitucional do Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Fundação Armando Álvares Penteado. Sócio Efetivo do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP. Autor das obras *A Concorrência Pública na Parceria Público-Privada (PPP)* (Atlas), *Direito Administrativo Brasileiro 4ª. Ed.* (Atlas) e *Licitações Públicas no Brasil* (Atlas). Advogado e Parecerista, sócio do escritório Pestana e Villasbóas Arruda – Advogados.

dade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, que, a rigor do art. 216, da Constituição Federal, também 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.

Ainda por força da determinação constitucional, observa-se competir ao Poder Público, com a colaboração da coletividade, a promoção e a proteção do patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, assim como através de outras formas de acautelamento e preservação.

A partir desse quadro constitucional, demarca-se o objeto das nossas considerações, que se restringem ao tombamento, especificamente no tocante a bens imóveis, dado que a obra coletiva à qual se integrará preocupa-se com o Direito Imobiliário Brasileiro.

## 2. COMPETÊNCIA

A competência, no Brasil, para legislar sobre tombamento é concorrente entre a União, Estados federados e o Distrito Federal, conforme assim determina o art. 24, VII, da Constituição Federal.<sup>2</sup>

As *normas gerais* que regem a matéria no plano nacional,<sup>3</sup> alojam-se, fundamentalmente, no Decreto-Lei 25/1937,

---

<sup>2</sup> Art. 24, da CF.: Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;”

<sup>3</sup> Art. 24, da CF: Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) § 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.”

complementado pelo Decreto-Lei 2.809/1940, pelo Decreto-Lei 3.866/1941 e pela Lei 3.924/1961, cujos dispositivos, em predomínio, foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988.

Os Estados federados e o Distrito Federal, por sua vez, deverão contar com legislação própria disciplinadora do tombamento sob sua competência, dispondo, portanto, suplementarmente, acerca da maneira como poderá ser realizado o tombamento correspondente e, inclusive, para, a partir de tal conjunto normativo, estabelecer relação jurídica válida e eficaz entre si, o objeto e seu proprietário, disciplinando os direitos, deveres e sanções correspondentes.

Como se observa, os Municípios não possuem competência legiferante estrita sobre tombamento, não obstante disponham de competência suplementar a respeito;<sup>4</sup> entretanto a eles compete – aliás, juntamente com todas as demais pessoas políticas de direito constitucional interno – implementar, concretamente, o tombamento e proteger os bens tombados,<sup>5</sup> impedindo a sua evasão, destruição ou descaracterização, conforme assim determina o art. 23, III e IV, da Constituição Federal,<sup>6</sup> sendo ainda especificamente endereçado ao Poder Executivo municipal a especial determinação constitucional para que

---

<sup>4</sup> Art. 30, da CF: Compete aos Municípios: (...) II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;”.

<sup>5</sup> ADMINISTRATIVO – TOMBAMENTO – COMPETÊNCIA MUNICIPAL. 1. A Constituição Federal de 88 outorga a todas as pessoas jurídicas de Direito Público a competência para o tombamento de bens de valor histórico e artístico nacional. 2. Tombar significa preservar, acautelar, preservar, sem que importe o ato em transferência da propriedade, como ocorre na desapropriação. 3. O Município, por competência constitucional comum – art. 23, III –, deve proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos.(...)” (RMS 18952/RJ/STJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, 2ª. t., DJ 30.05.2005, unanimidade).

<sup>6</sup> 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; IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;”.

este promova a *proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual*, a rigor do inciso IX, do art. 30, da Constituição Federal.

Sob o aspecto subjetivo, observa-se que, no plano federal, atualmente o país conta com o IPHAN – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional; no plano estadual, cada Estado federado em regra possui seu instituto correspondente, caso do CONDEPHAAT - Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico Arqueológico, Artístico e Turístico, no Estado de São Paulo; nos Municípios de maior expressão ou onde a preservação de bens culturais seja uma das suas prioridades públicas, há, também, os institutos, órgãos ou entidades correspondentes, caso do COMPRESP - Conselho Municipal de Preservação do Patrimônio Histórico, Cultural e Ambiental da Cidade de São Paulo.

### 3. CONCEITO

Tombamento é o ato administrativo, através do qual a autoridade para tanto competente, após a instalação, desenvolvimento e conclusão de um processo administrativo, atribui a um determinado bem, móvel ou imóvel, mediante inscrição no livro próprio,<sup>7</sup> determinadas restrições ao direito de propriedade, em virtude de nele reconhecer e declarar atributos consistentes na materialização de valores relevantes para o homem e para a coletividade, sejam históricos, culturais, paisagísticos, científicos, turísticos, arqueológicos, ambientais, artísticos etc.,

---

<sup>7</sup> No caso de bens imóveis (a) no Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico, local apropriado para recepcionar as coisas pertencentes às categorias de arte arqueológica, etnográfica, ameríndia e popular, e bem assim os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana; (b) no Livro do Tombo Histórico, as coisas de interesse histórico e as obras de arte histórica, conforme art. 4º., 1) e 2), do Decreto-Lei 25/1937.

e que, para o próprio interesse público, exijam a sua conservação e manutenção, sob a fiscalização e supervisão do poder público.

Trata-se da *crystalização* jurídica, com repercussões na realidade, envolvendo um bem, no seu todo ou no conjunto de unidades que, integradas, compõem um todo harmonioso, num determinado átimo, cindindo, como se possível fosse, o binômio passado-futuro, com o propósito confesso de conservá-lo para a posterioridade, como objeto paradigmático de reflexão do passado para o caminhar para o futuro, dado os valores relevantes que porta e representa para aquela coletividade particular ou genericamente considerada.

#### 4. FORMAS DE CONSTITUIÇÃO DO TOMBAMENTO

O tombamento materializa-se, em regra, através de ato administrativo, da espécie vinculada, porque decorre diretamente do comando legal. Em outras palavras, como a determinação constitucional é de tomar-se – dentre outras iniciativas constitucionais já sublinhadas – e, com isto, conservar-se os bens culturais de relevância para o Brasil, estabelece-se um liame direto entre a norma jurídica legal – no caso, de prestígio constitucional, no modal deôntico *obrigatório* – e o objeto a ser tombado, não havendo margem alguma de discricionariedade ao agente público responsável pelo processo administrativo correspondente.

Inexiste, a nosso ver, qualquer juízo de conveniência ou oportunidade para declarar-se o tombamento de um determinado bem. O agente público não possui essa faculdade ou discricionariedade para julgar conveniente ou oportuno o tombamento. Até mesmo a instalação do processo – no tombamento de ofício – deverá prontamente realizar-se, no instante em que se der a ciência, para o agente público, da existência de determinado bem passível de ser tombado, não lhe cabendo apreciar se

e quando isto deverá ocorrer. A incidência da norma, no caso concreto, diz-se, é infalível, impulsionando o agir do agente, que não poderá ficar inerte, procrastinando a sua formalização, sob pena de responsabilização funcional. Havendo, pois, o devido processo legal administrativo; formalizando-se a recomendação dos doutos acerca dos valores relevantes que justificariam o tombamento; não haverá outra conclusão, se não a de declarar-se o tombamento do bem em questão. Inexiste, repita-se, discricionariedade, se a determinação constitucional é inequívoca: o patrimônio cultural deverá ser preservado à posterioridade, cabendo ao poder público, com o auxílio da coletividade, fazê-lo.<sup>8</sup>

Agora, para esta regra (de que o tombamento resulta de um ato administrativo), admitem-se exceções, pois há tombamentos que tanto podem provir da edição de instrumentos legislativos, quanto de decisões judiciais, bem confirmando a máxima de que inexistente, neste século, tripartição estanque de poderes.

Realmente, para nós não haveria impedimento legal em que instrumento legal, proveniente do poder legislativo, promovesse a individualização de um determinado bem ou de um conjunto de bens declarando-os da classe dos *tombados*; tal equivaleria a uma disposição *complementar* ao conjunto normativo legislativo existente,<sup>9</sup> de legitimidade indiscutível, pos-

---

<sup>8</sup> Diferentemente: entendendo se tratar de *ato administrativo discricionário* (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 21ª. ed., São Paulo : Atlas, 2007, p. 137 e Odete Medauar, *Direito Administrativo Moderno*, 11ª. ed., São Paulo : RT, 2007, p. 345); *intervenção administrativa* (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 27ª. ed., São Paulo : Malheiros, 2010, p. 910); *intervenção ordinatória* (Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de Direito Administrativo*, 15ª. ed., Rio de Janeiro : Forense, 2009, p. 421); ora *ato vinculado*, ora *discricionário* (José dos Santos Carvalho Filho, *Direito Administrativo*, 9ª. ed., Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2002, p. 619); *ato administrativo unilateral de cunho específico* (Marçal Justen Filho, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo : 2005, p. 412).

<sup>9</sup> Referimo-nos ao exercício da competência legiferante concorrente atribuída à União, aos Estados e ao Distrito Federal relativamente à proteção ao patrimônio

to que provinda da casa de representação popular, e, evidentemente, passível de controle judicial, especialmente no tocante à verificação dos motivos determinantes da sua edição.<sup>10</sup> Claro que, às últimas, necessitará de ato administrativo instrumental correspondente, como, v.g., o consistente no ato de efetivamente tombar, ou seja, lançar no livro apropriado, as anotações e inscrições relativas ao bem em questão; contudo, o decisório, em si, envolvendo a declaração de tombar-se aquele determinado bem, declarando-o de matiz diferente dos demais, tanto que merecera a distinção *tombatória*, como dissemos, não vemos empeco que, em regime de exceção, provenha do poder legislativo.<sup>11</sup>

---

histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico, conforme previsto no art. 24, VII, da CF, e que permite àquele que legisla sobre tal matéria, às últimas, dispor, complementarmente, acerca do próprio objeto sobre o qual legisla.

<sup>10</sup> Mencione-se, inclusive, exemplificativamente, o tombamento realizado pela própria Constituição Federal, no tocante aos documentos e sítios envolvendo quilombos, a rigor do seu 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: (...) § 5º - Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos”.

<sup>11</sup> Divergimos do entendimento do Supremo Tribunal Federal, que conclui pela inconstitucionalidade da lei que efetive o tombamento ou pretenda alterar as condições de tombamento regularmente instituído pelo Poder Executivo: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DISTRITAL N. 1.713, DE 3 DE SETEMBRO DE 1.997. QUADRAS RESIDENCIAIS DO PLANO PILOTO DA ASA NORTE E DA ASA SUL. ADMINISTRAÇÃO POR PREFEITURAS OU ASSOCIAÇÕES DE MORADORES. TAXA DE MANUTENÇÃO E CONSERVAÇÃO. SUBDIVISÃO DO DISTRITO FEDERAL. FIXAÇÃO DE OBSTÁCULOS QUE DIFICULTEM O TRÂNSITO DE VEÍCULOS E PESSOAS. BEM DE USO COMUM. TOMBAMENTO. COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO PARA ESTABELECEER AS RESTRIÇÕES DO DIREITO DE PROPRIEDADE. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 2º, 32 E 37, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. (...) 5. O tombamento é constituído mediante ato do Poder Executivo que estabelece o alcance da limitação ao direito de propriedade. Incompetência do Poder Legislativo no que toca a essas restrições, pena de violação ao disposto no artigo 2º da Constituição do Brasil. (...) 7. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 1.713/97 do Distrito Federal.” (ADI 1706/DF/STF, Rel. Min. Eros Grau, Pleno, DJE 12.09.2008, unanimidade).

Admitimos, finalmente, ainda em regime de exceção, que o tombamento proceda do Poder Judiciário, especialmente nas situações envolvendo conduta omissiva do Poder Executivo. Deveras, o Poder Judiciário não poderá quedar-se inerte, se provocado, em processo judicial devidamente instruído, diante da inércia do Executivo, assistindo passivo ao perdimento de um bem que deveria ser preservado, por relevante, donde poder, a nosso ver, até em regime de antecipação de tutela, dar resposta concreta à determinação constitucional do poder público preservar o patrimônio cultural brasileiro.<sup>12</sup>

## 5. O MOTIVO DO TOMBAMENTO E O CONTROLE JUDICIAL

É indiscutível que dificuldades frequentes ocorrem em saber-se se um determinado bem é ou não passível de tombamento. Se, efetivamente, possui um valor histórico relevante ou se trata, mais, de um bem com passado na memória afetiva de alguns poucos ou que atende ao sabor arquitetônico de outros

---

<sup>12</sup> Em sentido diferente do nosso entendimento, ao examinar-se a responsabilidade do poder público no tocante a manutenção e proteção do bem imóvel: “AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Imóvel tombado pelo Município de Guarulhos. Antecipação de tutela concedida para obrigar o Município a executar obras de proteção temporária e recuperação do imóvel, cujo estado de conservação é deplorável. Medida que não pode subsistir, uma vez que o tombamento apenas restringe o direito de propriedade e os elementos dos autos não indicam a existência de norma legal municipal que imponha o dever de conservação ao Município. Agravo provido. (...)(AI 994093115177/TJ/SP, Rel. Des. Antonio Carlos Villen, 10ª. Câmara de Direito Público, Data de registro 09.10.2009). Admitindo a tutela, em face da urgência e da necessidade de obras emergenciais, mas a cargo dos herdeiros dos ex-proprietários: AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PARA E EXECUÇÃO DE OBRAS EMERGENCIAIS POR PARTE DE HERDEIROS RESPONSÁVEIS PELA DEGRADAÇÃO DE IMÓVEL TOMBADO NA AVENIDA PAULISTA - ADMISSIBILIDADE EXISTÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES - PREPONDERÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PRECAUÇÃO E DA PREVENÇÃO - DESPACHO MANTIDO -AGRAVO DESPROVIDO (AI 990103493567/TJ/SP, Rel. Des. Renato Nalini, Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Registro em 30.08.2010)



tantos; se possui valor estético ou se nada mais é do que a exteriorização de um movimento artístico que não prosperou e não teve maior repercussão. Isto porque a expressão constitucional delimitadora dos domínios do objeto a ser tombado revela imprecisão e dificuldade de compreensão acerca do seu conteúdo e precisa extensão (*portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira*). À evidência, aqui se instala a polêmica, e o desatar não é simples, sobretudo com preocupações jurídicas.

Transitamos, nitidamente, pelos domínios dos *objetos culturais*, plenos de valores e passíveis de serem identificados e segregados num certo lapso e num certo espaço.<sup>13</sup> Sendo assim, admitem diversos *olhares*, com diversos *sistemas de referência*, encontrando terreno fértil para o polêmico, para o contraditório, para o confronto.

A solução, em regra, é ouvir-se a recomendação e a opinião aprofundada dos *experts*, normalmente em comissão; e, ato contínuo, ainda no âmbito do processo administrativo de tombamento, tomar-se a decisão, igualmente colegiada, por votação, cabendo um voto a cada um dos membros da comissão votante.<sup>14</sup> Se a recomendação dos doutos for pelo não tombamento do bem em questão, em regra, não haverá motivos para a deliberação ser tomada em sentido contrário, salvo se a recomendação contiver vícios de prejudicialidade manifestos, quando os membros do conselho poderão determinar o refazimento dos estudos e laudos correspondentes para ulterior reapreciação.

Poderá, como se disse, haver a deliberação pelo tombamento, decisão essa colegiada, o que admitirá ser tomada por maioria, de acordo com os Estatutos da entidade o que a respei-

---

<sup>13</sup> Marcio Pestana, *A Prova no Processo Administrativo-Tributário*. Rio de Janeiro : Campus/Elsevier, 2007, p. 79-80.

<sup>14</sup> No caso nacional, pelo Conselho Consultivo do Serviço, hoje, Instituto, do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, a rigor dos arts. 7º e 9º, do Decreto-Lei 25/1937.

to dispuser. Nela deverá constar, necessariamente, sob pena de nulidade, o fundamento justificador da decisão tomada, inclusive para melhor permitir o subsequente controle.

A propósito, uma vez aprovado o tombamento, pergunta-se: haverá possibilidade de revisão, desse ato administrativo, pelo Poder Judiciário? Entendemos que sim. Além de contar-se com a sua presença em face do princípio da inafastabilidade da jurisdição, o tombamento, por se tratar de um ato administrativo vinculado, é passível, plenamente, de controle judicial, envolvendo legalidade, no que se refere ao núcleo da decisão tomada. E, também, claro, no que atina os sucessivos passos tomados ao longo do processo administrativo de tombamento, que deverá obedecer ao ditado das normas legais aplicáveis, assegurado aos interessados o devido processo legal, especialmente no que se refere à apresentação de eventuais divergências e objeções.

O controle, portanto, da decisão administrativa, é indiscutível, pelo Poder Judiciário, que poderá, para tanto, inclusive, instalar ampla instrução probatória para, justamente, buscar fundamento apropriado a, adequadamente, convencer-se do acerto ou desacerto do ato administrativo em questão.

## 6. O OBJETO IMOBILIÁRIO TOMBÁVEL

Os bens imóveis compreendem o solo, bem como, em regra, tudo o que se lhe incorporar, natural ou artificialmente. A partir daí, há diversas possibilidades de nuances e características predominantes envolvendo os bens imóveis, que possam autorizar o tombamento do imóvel.

De pronto, destaca-se o bem imóvel naturalmente considerado, ou seja, dado pela natureza, sem a intervenção do homem, como é o caso do Pão de Açúcar ou do Morro Dois Irmãos, no Rio de Janeiro. Noutro cenário, prevalecendo ainda o bem da natureza, mas já contando com uma intervenção hu-

mana, suficiente para ordenar o ajardinamento, as alamedas, a disposição etc., conferindo uma harmonia também passível de ser preservada à posterioridade, sobressaem-se os Parques, como é o caso, em São Paulo, dos Parques do Ibirapuera, da Aclimação ou Tenente Siqueira Campos, ou, ainda, os loteamentos ou chamados *bairros*, caso dos Jardins ou do Pacaembú, em São Paulo.

Há, ainda, situações em que a intervenção de outrora, com o passar dos tempos, resultante do desenvolvimento da carga cultural e histórica *depositada* em árvores ou noutros meios naturais alojados, criados no ou desenvolvidos a partir do solo, passam a constituir valores relevantes a justificar o tombamento do imóvel correspondente, assim como do seu *conteúdo*, como é o caso do Jardim e Horto Botânico, do Rio de Janeiro.

Aumentando o nível de intervenção humana, mas ainda com o dado da natureza ocupando importante presença, observam-se os Palácios com seus jardins, os quais, integrando um todo harmonioso, representam um momento único da história do Brasil que merece ser preservado para aqueles que nos sucederão, caso do Palácio Imperial de Petrópolis.

Prosseguindo, há os imóveis que, diminuindo a importância do dado natural, contam com o predomínio da inventiva humana, que promove concepções arquitetônicas diferenciadas, merecedoras de tratamentos singulares em decorrência dos valores que portam, como é o caso das casas modernistas, nas Ruas Santa Cruz, Itápolis ou Bahia, em São Paulo. Noutros, ainda, há, exclusivamente, o produto da genialidade do homem, materializado em esculturas, estátuas ou edificações especificamente erigidas para um determinado fim relevante para a comunidade, num determinado momento da sua história, como é o caso da Estátua do Laçador, em Porto Alegre ou do Monumento às Bandeiras ou do Mausoléu do Soldado Constitucionista, em São Paulo. Noutros cenários, observam-se imóveis de

pouca expressão arquitetônica, mas que ganham notoriedade e expressão, a partir de eventos, das atividades e, sobretudo, da importância que as repercussões a partir deles causaram a determinada coletividade, como é o caso das Indústrias Reunidas Francisco Matarazzo, em São Paulo. Prosseguindo, há situações já bastante diferenciadas em que a relevância decorre do conjunto coletivamente considerado que delimita um território amplo, integrado por uma pluralidade de bens imóveis que, em conjunto, possuem um traço de representatividade relevante comum, sobretudo com ênfase no valor histórico, merecendo tombamentos fisicamente de maior dimensão, como é o caso de Ouro Preto, Parati, Olinda ou do Conjunto Urbanístico do Plano Piloto de Brasília, que possui, inclusive, dentre outros atributos, um modo especial de circulação e de convívio social.<sup>15</sup>

Como se observa, há diversos aspectos relativos a objetos a serem passíveis de tombamento envolvendo bens imóveis. Desde dados da natureza até fragmentos, totalidade ou um conjunto de produtos que a genialidade humana permitiu conceber e materializar, podendo ser de propriedade de pessoas físicas ou de pessoas jurídicas, seja de direito privado, seja de direito público. Encontrando-se no território brasileiro, são potencialmente sujeitos a, dependendo das suas características e de seus atributos, serem considerados passíveis de serem tombados e,

---

<sup>15</sup> ADMINISTRATIVO. TOMBAMENTO. INSTALAÇÃO DE GRADES DE PROTEÇÃO EM EDIFÍCIO RESIDENCIAL DO PLANO PILOTO DE BRASÍLIA. VIOLAÇÃO À NORMA DE TOMBAMENTO. 1. É fato notório que o tombamento da Capital da República não atingiu apenas os prédios públicos, ou o seu arruamento, ou qualquer outra parte isoladamente considerada. Tombada foi a cidade em seu conjunto, com o seu singular conceito urbanístico e paisagístico, que expressa e forma a própria identidade da Capital. 2. Assim, está também protegido por tombamento o conceito urbanístico dos prédios residenciais, com a uniformidade de suas áreas livres, que propiciam um modo especial de circulação de pessoas e de modelo de convívio. O gradeamento desses prédios comprometerá severamente esse conceito, importando ofensa ao art. 17 do DL 35/1937. Precedente: REsp 840.918, 2a. Turma, Min. Herman Benjamin. 3. Recursos Especiais providos. (REsp 61756/DF/STJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª. turma, DJE 02.02.2010, unanimidade)

assim, passarem a integrar o patrimônio cultural nacional.

## 7. AS ESPÉCIES DE TOMBAMENTO

O Decreto-Lei 25/1937 distingue as seguintes espécies de tombamento: voluntário, compulsório e de ofício.

### 7.1 TOMBAMENTO VOLUNTÁRIO OU COMPULSÓRIO

O tombamento poderá ser voluntário ou compulsório. Tal classificação tem o pressuposto de que o bem em questão seja de propriedade de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas de direito privado, levando em consideração o aspecto subjetivo da aquiescência do seu titular em concordar ou discordar do tombamento que se pretenda atribuir a um determinado bem.

No tombamento voluntário o proprietário solicita o tombamento, caso a coisa se revista dos requisitos necessários para constituir parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional, a juízo do Conselho Consultivo do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ou o mesmo proprietário limita-se a anuir, por escrito, logo, sem apresentar qualquer oposição, à notificação, que se lhe fizer, para a inscrição da coisa em qualquer dos Livros do Tombo, a rigor do art. 7º, do Decreto-Lei 25/1937. Há, como se observa, o traço marcante da concordância incondicional com o tombamento em questão, inclusive no que se refere à intensidade das restrições que lhe são impostas, afetando o direito de propriedade correspondente.

Diferentemente se passa no tombamento considerado da espécie compulsória. Neste, o proprietário se recusa a anuir à inscrição da coisa ou, ao menos, em relação à parte das restrições que pretendem lhe ser impostas. Aqui, no compulsório, instala-se o devido processo legal, assegurado o amplo exercício do direito de defesa ao proprietário do bem em questão.

Em traço sumário, no plano federal e sob os auspícios do Decreto-Lei 25/1937, o processo administrativo instala-se a partir de provocação proveniente do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional que, através do seu órgão competente, notificará o proprietário para anuir ao tombamento, dentro do prazo de 15 dias, a contar do recebimento da notificação, ou para oferecer as razões de sua impugnação; no caso de não haver impugnação, o diretor do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional mandará por simples despacho que se proceda à inscrição da coisa no competente Livro do Tombo; se a impugnação for oferecida, far-se-á vista da mesma, dentro de outros 15 dias, ao órgão de que houver emanado a iniciativa do tombamento, afim de sustentá-la. Em seguida, independentemente de custas, será o processo remetido ao Conselho Consultivo do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que proferirá decisão a respeito, dentro do prazo de 60 dias, a contar do seu recebimento.

O tratamento *parcimonioso* dispensado pelo Decreto-Lei 25/1937 no tocante à instrução da impugnação e às possibilidades de exercício do direito de defesa por parte do administrado, admite a aplicação, complementar, dos comandos instalados na Lei 9.784/1999, que trata do processo administrativo no plano federal, de maneira que o administrado, insatisfeito com a pretensão *tombante*, possa, nos domínios administrativos, fazer valer, em sua plenitude, o exercício dos direitos que lhe são assegurados no devido processo legal administrativo, conforme assim lhe assegura o art. 5º, LV, da Constituição Federal, sobretudo, no ponto, o direito relativo à produção de todos os meios de prova em direito admitidos.

Incômodo, neste sentido, para não dizer desconforme à Constituição Federal, a determinação terminativa do processo administrativo da espécie compulsória, que selara os destinos do tombamento em questão, com a decisão tomada pelo Conselho Consultivo do Instituto, dali não cabendo recurso, confor-

me assim determina o art. 9º, do Decreto- Lei 25/1937.

Decisões tomadas em uma só instância, ainda que em regime colegiado, em que há juízos de valor de difícil delimitação, sobretudo com os característicos que lhe são inerentes da *bipolaridade* e da *implicação*, não sujeitas a qualquer revisão, não se harmonizam com o Estado Democrático de Direito e com o saudável proceder de confrontação de princípios e valores levados a cotejamento, para definição daquele que deverá prevalecer – em sacrifício daquele outro – em obséquio ao caso concretamente considerado, dialética essa que reclama, para segurança jurídica, a necessária revisibilidade.<sup>16</sup>

## 7.2 TOMBAMENTO DE OFÍCIO

O tombamento dos bens pertencentes à União, aos Estados e aos Municípios se fará de ofício, por ordem do diretor do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, sendo notificado à entidade a quem pertencer, ou sob cuja guarda estiver a coisa tombada, a fim de produzir os necessários efeitos (art. 5º, do Decreto-Lei 25/1937).

Essa espécie de tombamento, da maneira como foi disciplinada pelo Decreto-Lei 25/1937, não se harmoniza com a disposição constitucional brasileira acerca do tombamento, nem com os demais princípios e disposições do direito constitucional contemporâneo.

Realmente, com esta disposição, de pronto o tombamento de ofício estabelece relação imprópria de submissão envolvendo entes públicos ao diretor do Instituto, vez inexistir fundamento jurídico correspondente; faz tabula rasa da determinação constitucional de que, a todos compete proteger o patrimônio cultural brasileiro, e não somente a esse Instituto; desconhece a possibilidade, efetivamente real, de haver divergên-

---

<sup>16</sup> Marcio Pestana. *Direito Administrativo Brasileiro*, 2ª. ed.. Rio de Janeiro : Campus/Elsevier, 2.010, p. 308-309.

cias envolvendo o tombamento de um determinado bem, podendo instalar-se um *contraditório* entre entidades públicas interessadas em tomar e não tomar, sob os auspícios do devido processo legal; logo, nega-lhes a possibilidade de exercício do devido processo legal ou do benefício do desfrute do princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, a todos assegurado, na Carta Constitucional, inclusive, mas não se limitando, às entidade políticas brasileiras; enfim, discrepa da atual ordem constitucional, razão pela qual entendemos que, caso o tombamento atinja bens de pessoas políticas de direito constitucional interno, neste caso deverão submeter-se, ou à espécie voluntária – caso haja absoluta convergência de propósitos com vistas ao tombamento – ou compulsória, caso a entidade pública proprietária do bem em questão, divirja da iniciativa e resolva enfrentá-la, mediante a formulação da competente impugnação e apresentação da defesa e das provas que julgar apropriadas em seu favor.

## 8. TOMBAMENTO PROVISÓRIO E DEFINITIVO

A legislação federal, sensível ao fato de que alguns proprietários, sabendo de antemão da intenção, concreta, de que seus bens poderiam ser tombados, com repercussões, por vezes, desfavoráveis aos seus patrimônios, poderiam ver-se estimulados a precipitarem ou, até mesmo, deliberadamente, demolirem, deteriorarem ou evadirem-se com seus bens móveis, assim impedindo que sobre o objeto pudesse ser imposta a correspondente restrição, a par de conceber o processo regular de instalação, desenvolvimento e conclusão do tombamento em caráter definitivo, estabeleceu - poder-se-ia dizer, em caráter *liminar* - regime jurídico denominado *provisório*, municiando do instrumental necessário para que não ocorresse o perdimento ou deterioração de bens potencialmente passíveis de integrar o patrimônio cultural brasileiro.



Tal concepção, infelizmente, não impediu que alguns proprietários tomassem atitudes mais afeitas a vândalos e inescrupulosos, destruindo bens móveis e imóveis que mereceriam ser preservados para integrar a memória, logo, o patrimônio cultural nacional, como o que ocorreu com a Mansão da família Matarazzo, representativa de um dos expoentes da indústria brasileira, construída na Av. Paulista, na Capital do Estado de São Paulo, erigida lentamente ao longo da primeira metade do século XX, e destruída praticamente numa só noite da última década daquele mesmo século.

De qualquer maneira, possui, sim, a sua eficácia jurídica com repercussões ontológicas consubstanciadas na possibilidade de inibição de iniciativas como estas, destrutivas ou impeditivas da preservação do patrimônio cultural brasileiro.

## 8.1 TOMBAMENTO PROVISÓRIO

A legislação federal, conforme já se adiantou, estabelece que o tombamento poderá ser provisório ou definitivo. O provisório tem como termo inicial, a notificação, endereçada ao proprietário do imóvel, dando conta do início do processo administrativo que pretende gravar o bem com a chancela de bem tombado.<sup>17</sup>

Enquanto provisório, o efeito prático é que impede a realização de modificações no imóvel, *congelando* o seu estado, ontológico e jurídico, e, mesmo, já estabelecendo a obrigação do proprietário mantê-lo adequadamente.

Entretanto, enquanto não se encerra o respectivo processo administrativo, confirmando ou negando o tombamento

---

<sup>17</sup> ADMINISTRATIVO. IMÓVEL EM VIAS DE SER TOMBADO. ATOS PRATICADOS NO DESCONHECIMENTO DESSE FATO. O INÍCIO DO PROCESSO DE TOMBAMENTO SO PODE PRODUZIR EFEITOS A PARTIR DA DATA EM QUE O RESPECTIVO PROPRIETÁRIO OU A VIZINHANÇA DELE TEVE CIÊNCIA, PESSOAL OU PRESUMIDA. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. (RMS 7581/PA/STJ, Rel. Min. Ari Pargendler, 2ª. t., DJ 30.06.1997, unanimidade).

concedido em tom *liminar*, não nos parece possível cogitar-se do proprietário do bem atingido pleitear qualquer tipo de indenização, pois, como já se afirmou, nem bem se sabe se o tombamento efetivamente se implementará em caráter definitivo, pois do tombamento provisório não se chega necessariamente ao tombamento definitivo.<sup>18</sup>

O problema recorrente que se enfrenta na realidade brasileira cerca o prazo de duração da *temporariedade do tombamento*. Em outras palavras, há instabilidade jurídica afligindo os administrados (não só o proprietário do bem, mas também os dos imóveis circundantes), enquanto a Administração demora ou simplesmente não dá andamento efetivo ao processo administrativo correspondente.

Neste caso, o que resta ao administrado fazer? Em princípio, deve, naturalmente, requerer, administrativamente, o seu efetivo andamento, inclusive, se for o caso, para fins da formalização da denegação do processo, bem aos auspícios do que a respeito assegura o devido processo legal. Contudo, mesmo que assim o faça, e o requerimento, igualmente caia na vala do esquecimento ou não desperte o andar esperável de uma administração competente, então neste caso só lhe restará recorrer ao Poder Judiciário.

Neste portal estatal assecuratório do direito à cidadania, poderá o Poder Judiciário, sensível às provas produzidas e ao pleito formulado pelo proprietário, interessado, no caso, em definir, num ou noutro sentido, os limites do seu direito de propriedade, determinar o andamento e a conclusão do respec-

---

<sup>18</sup> 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. 3. Recurso ordinário desprovido. ((RMS 8252/SP/STJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, 2ª. t., DJ 24.02.2003, unanimidade)).

tivo processo num prazo proporcional e razoavelmente fixado; em caso de desatendimento, por parte do poder público, à determinação do magistrado, independentemente das sanções aplicáveis aos agentes envolvidos, poderá determinar-se a caducidade do aludido processo, encerrando-se a restrição sobre o bem em questão.<sup>19</sup>

Questão delicada é saber se o Poder Judiciário, diante de uma evidente e já então comprovada omissão do Poder Executivo, poderia supri-la, determinando, em decisão, o tombamento de um determinado bem imóvel.

Entendemos que sim. Conforme já antes dissemos, o ato de tombamento, para nós, é vinculado, ou seja, dá cumprimento à determinação legal, no caso, de prestígio constitucional. E o controle judicial em relação à implementação efetiva das políticas públicas, no tocante aos atos vinculados, no ponto, omisso, nos parece ser apropriado para supri-los.

A desídia do Estado no portal do Executivo não desautoriza o portal Judiciário a supri-la, antes, reclama a sua efetividade; a tripartição rígida da repartição de poderes (melhor, de *funções*), já pertence à história política e do direito, não mais se observando no direito constitucional contemporâneo; a observância à legalidade – como é o caso – é a verdadeira vocação

---

<sup>19</sup> ADMINISTRATIVO - TOMBAMENTO DE IMOVEL - PROCESSO NÃO CONCLUÍDO - OMISSÃO ADMINISTRATIVA - PEDIDO DE CANCELAMENTO DO ATO - INDENIZAÇÃO POR DANOS CAUSADOS PELA DEMORA - DECRETO-LEI NR. 25, DE 1937 - DECRETOS ESTADUAIS NRS. 13.426/79 E 20.955/83 – SUMULA 7/STJ. 1. NÃO PODE O PODER PUBLICO PROTETAR INDEFINIDAMENTE O PROCESSO ADMINISTRATIVO DE TOMBAMENTO, AFETANDO O DIREITO DE PROPRIEDADE, CUJA INERCIÀ LESA O PATRIMONIO JURIDICO INDIVIDUAL. OMISSA A LEI ESTADUAL QUANTO AO PRAZO PARA O ENCERRAMENTO DO PROCESSO, PODE SER APLICADA SUPLETIVAMENTE A ESPECIFICA LEI FEDERAL SOBRE TOMBAMENTO (DEC. LEI 25/37, ART. 9.). 2. DEMONSTRADA A INJUSTIFICADA DEMORA, SEM PREJUÍZO DE SER INICIADO OUTRO COM SUBMISSÃO A LEGISLAÇÃO APLICAVEL, ANULA-SE O VETUSTO PROCESSO, COMO MEIO DE AFASTAR AS LIMITAÇÕES AO DIREITO DE PROPRIEDADE. (...).4. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.” (REsp 41993/SP/STJ, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, 1ª. t., DJ 19.06.1995, unanimidade).

do Judiciário, integrado por agentes formados e intensamente preparados para, justamente, mandar cumprir o que a respeito dispuser a lei aplicável, desde que constitucional.

Enfim, razões jurídicas há de sobra para que o Poder Judiciário supra eventual desleixo omissivo do Poder Executivo no cumprimento da missão constitucional de dar proteção ao patrimônio cultural brasileiro.

## 8.2 TOMBAMENTO DEFINITIVO

Diz-se *tombamento definitivo* ao processo administrativo que se instalou, desenvolveu e se encerrou, com decisão administrativa terminativa ou judicial, pelo tombamento do bem em questão, formalizado através de anotação no livro do Tombo apropriado.

Uma vez encerrado, gera os efeitos pouco mais adiante examinados, os quais assim se manterão, se e enquanto o objeto existir ou não houver ato formal de *destombamento*.

A limitação ontológica, sobretudo no que atina aos imóveis, cremos, é de fácil compreensão. Se e enquanto o imóvel existir, fisicamente, com as condições minimamente necessárias para que o represente como objeto passível de tombamento, ele assim conservará tal condição jurídica.

A questão, entretanto, ganha aparente dificuldade, no que atina à desconstituição de um bem tombado. Mudanças em regimes políticos, como as que assistimos recentemente na Europa Oriental e no Oriente Médio, bem podem exemplificar o que gostaríamos de aqui ferir. Estátuas e Palácios que, num determinado momento da história, possuíram grande valia cultural para determinado povo, noutra instante da sua história, poderão ser, política e amigavelmente - e não só pela força -, não mais considerados como paradigmas relevantes daquele mesmo povo, merecendo até serem, juridicamente, removidos do *patrimônio nacional*.

A solução encontrada pelo legislador federal foi de atribuir ao Presidente da República, de ofício ou em grau de recurso,<sup>20</sup> poderes suficientes para cancelar o tombamento de bens, inclusive aqueles tombados pelos Estados ou Municípios, dispositivo esse, entretanto, que não nos parece ter sido integralmente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, no tocante aos tombamentos realizados pelas unidades da federação.

Seja como for, *tombamento definitivo*, portanto, com resguardo das exceções que lhe são próprias, é ato jurídico resultante de processo no qual se realizaram as provas necessárias a comprovar que o bem em questão reúne as condições imprescindíveis a integrar o patrimônio cultural nacional e, assim, nele permanecer, enquanto permanecerem satisfeitas.

## 9. EFEITOS DO TOMBAMENTO

O Decreto-Lei 25/1937, ao disciplinar os efeitos consequentes ao tombamento, distingue os bens tombados em duas categorias: os de propriedade das pessoas políticas de direito constitucional interno (sem, entretanto, fazer referência expressa, ao Distrito Federal, mas admissível que a ele se estenda), e, de outro lado, das pessoas naturais ou jurídicas de direito privado.

Em relação às pessoas políticas, somente admite a transferência de bens tombados, dos bens inalienáveis por natureza, entre mencionadas pessoas políticas, conforme assim determina o art. 11, do Decreto-Lei 25/1937. Trata-se de dispositivo questionável, à evidência, pois se se tratam de bens inalienáveis, por natureza, o que atualmente corresponderiam aos

---

<sup>20</sup> Artigo único, do Decreto-Lei 3.866/1941: “O Presidente da República, atendendo a motivos de interesse público, poderá determinar, de ofício ou em grau de recurso, interposto pôr qualquer legítimo interessado, seja cancelado o tombamento de bens pertencentes à União, aos Estados, aos municípios ou a pessoas naturais ou jurídicas de direito privado, feito no Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, de acordo com o decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937.”

bens de uso comum e bens de uso especial,<sup>21</sup> então não seriam passíveis de serem transferidos a quem quer que fosse, mesmo que a outra pessoa política de direito constitucional, logo, a titular de outra personalidade jurídica. Mas o normativo em questão admite tal transferência, somente exigindo que o adquirente dê imediato conhecimento ao Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

Interessante observar que o Decreto-Lei 25/1937 não se refere, expressamente, às coisas tombadas que sejam de propriedade de pessoas jurídicas de direito público, como Autarquias ou Fundações Públicas. Diante de tal omissão, parece-nos que os bens que lhes pertençam, da classe dos dominicais, que podem ordinariamente ser alienados a terceiros, poderão sê-lo ainda que tombados, neste caso sujeitando-se ao mesmo regime jurídico aplicável aos bens tombados de propriedade das pessoas naturais e das pessoas jurídicas de direito privado, sobre os quais são atribuídos os seguintes efeitos sob a forma de gravames, no que concerne especificamente aos bens imóveis:

- a) *Averbação*: concluído o processo do tombamento definitivo, deverá ser averbado o tombamento na transcrição do domínio ou na matrícula do imóvel;
- b) *Transferência*: ocorrendo a transferência da propriedade dos bens tombados, deverá o adquirente, no prazo de 30 dias, fazer constar da matrícula do imóvel;
- c) *Restrições a modificações*: os bens imóveis tombados não poderão, em caso nenhum, ser destruídos, demolidos ou mutilados, nem, sem prévia autorização especial do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparados, pintados ou restaurados;
- d) *Restrições ao entorno*: sem prévia autorização do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não

---

<sup>21</sup> “Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar; Art. 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei.” Código Civil brasileiro.

- se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes;
- e) *Conservação e reparo*: competirá ao proprietário do imóvel tombado mantê-lo no estado de conservação com que se encontrava ao se iniciar o processo de tombamento, que correrá às expensas do poder público, caso o proprietário não possa suportá-las ou ensejará a sua desapropriação;
  - f) *Sujeição à fiscalização*: as coisas tombadas ficam sujeitas à vigilância permanente do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que poderá inspecioná-las sempre que for julgado conveniente, não podendo os respectivos proprietários ou responsáveis criar obstáculos à inspeção;
  - g) *Direito de preferência*: a União, os Estados e os Municípios onde se situam os bens tombados, segundo essa mesma ordem, terão direito de preferência para adquiri-los, caso seus proprietários, pessoas naturais ou pessoas jurídicas de direito privado, resolvam aliená-los, sob pena de nulidade, eventual seqüestro e apenamento pecuniário. O proprietário deverá notificar os titulares do direito de preferência, para que, o desejando, o exerça no prazo de 30 dias, tanto por tanto, consoante os termos da notificação, a qual deverá conter o valor e as condições de alienação que pretenda realizar com terceiros.

## 10. AVERBAÇÃO

O Decreto-Lei 25/1937 determina que o tombamento definitivo, assim que formalizado pelo órgão competente, envolvendo bens imóveis de propriedade particular, deverá ser *averbado ao lado da transcrição do domínio* no Registro de

## Imóveis.

Pertinente perguntar-se: se não houver tal formalização registraria, haverá vício de prejudicialidade ao respectivo tombamento? Tal determinação deverá ser, igualmente, exigida dos imóveis das cercanias atingidos pelas repercussões jurídicas do tombamento em questão?

Entendemos que os gravames e restrições imobiliários somente terão validade e eficácia, caso constem da matrícula do imóvel em questão – ou da transcrição correspondente, se ainda sob regime jurídico anterior à Lei 6.015/1973, que introduziu, no Brasil, o regime matricular.<sup>22</sup> Sem que tal ocorra, inexistirão elementos juridicamente credenciados e suficientemente idôneos e acessíveis para que terceiros, de boa fé, pos-

---

<sup>22</sup> No mesmo sentido: “DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. TOMBAMENTO DE IMÓVEL PARTICULAR DEVE SER NOTIFICADO AO SEU PROPRIETÁRIO A FIM DE PRODUZIR OS EFEITOS LEGAIS. DEVE TAMBÉM SER TRANSCRITO O TOMBAMENTO NO REGISTRO IMOBILIÁRIO. - Ação civil pública pleiteando restauração e manutenção de imóvel tombado. - A falta de notificação ao proprietário quanto ao tombamento de seu imóvel, como a sua transcrição no Registro Imobiliário constituem, nos termos dos artigos 5o e 13 do DL 25/37, pressupostos obrigatórios para a produção de efeitos legais. - Desrespeitados os ditames legais, é incabível a pretensão autoral. - Embora tenha havido modificação dos elementos arquitetônicos da fachada, com a retirada de um pilar e a substituição dos quadris de ferro que compõe a porta, não há como se saber se foi feito pelo Autor ou por seu anterior proprietário. - Recurso não provido.” (AC/258772/TRF2, Relator Desembargador Paulo Espírito Santo, 5ª. turma, unanimidade). Em sentido oposto: “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IPHAN. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. CENTRO HISTÓRICO. TOMBAMENTO. OBRA IRREGULAR. RESIDÊNCIA LOCALIZADA NAS ADJACÊNCIAS. INCIDÊNCIA DO ART. 18 DO DECRETO-LEI N. 25/37. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO. CIDADE CONVERTIDA EM MONUMENTO NACIONAL. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. SENTENÇA CONFIRMADA. PRECEDENTES. (...) 13 – A averbação no Registro Geral de Imóveis não é requisito para a constituição do tombamento e nem para surtir seus regulares efeitos. Para a doutrina majoritária, tal averbação é uma limitação administrativa à propriedade e não um ônus real. A exigência objeto do art. 13 do Decreto-lei nº 25/37, tão somente assegura o direito de preferência do Poder Público em caso de alienação. (...) 15 - Apelação a que se nega provimento. Sentença mantida na íntegra.” (AC/224420/TRF2, Rel. Desemb. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, 6ª. turma, unanimidade, DJU 28.09.2009).



sam ter ciência dos gravames que cercam o imóvel em questão, impedindo ou obstando a respeitá-los, a menos que o tombamento em questão seja genérico e abrangente, quando então a nosso ver a notoriedade substituiria e prescindiria de individualização registraria.<sup>23</sup>

Tal entendimento, consigne-se, ao nosso ver estende-se aos imóveis circundantes que sejam atingidos pelas limitações advindas do tombamento, pois, da mesma maneira, somente assim poderão materializar, no local apropriado para conferir e assegurar segurança jurídica, a limitação administrativa imposta às propriedades em questão, inclusive especificando-se a intensidade e a extensão das limitações impostas, permitindo-se, conseqüentemente, que terceiros de boa-fé possam delas tomar ciência e, naturalmente, respeitá-las.

Compartilhando desse entendimento, o Provimento n. 58/1989, da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, ao estabelecer as Normas de Serviços relativas aos Cartórios Extrajudiciais, determinou, no seu Capítulo XX, Seção I, alínea “b”, item 21, que no Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitas as averbações das restrições próprias dos *imóveis situados na vizinhança dos bens tombados* ou reconhecidos como integrantes do patrimônio cultural. É bem verdade

---

<sup>23</sup> ADMINISTRATIVO – RECURSO ESPECIAL – TOMBAMENTO GERAL – CIDADE DE TIRADENTES – POSSIBILIDADE – DESNECESSIDADE DE INDIVIDUALIZAÇÃO DO BEM – PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO ARQUITETÔNICO, HISTÓRICO E CULTURAL – DESRESPEITO À NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO IPHAN – RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA – AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. 1. Não é necessário que o tombamento geral, como no caso da cidade de Tiradentes, tenha procedimento para individualizar o bem (art. 1º do Decreto-Lei n. 25/37). As restrições do art. 17 do mesmo diploma legal se aplicam a todos os que tenham imóvel na área tombada. Precedente. 2. É incongruente a alegação da recorrente de que o bem não foi individualizado no tombamento, se sabia claramente das restrições impostas pelo Decreto-Lei n. 25/37, uma vez que, inclusive, solicitou autorização ao IPHAN para a realização da obra e desrespeitou os limites estabelecidos pelo órgão. (...) Recurso especial conhecido em parte e improvido. (REsp 1098640/MG/STJ, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª. turma, unanimidade, DJE 25.06.2009).

que o item 76.2., do aludido Provimento utiliza-se do modal deôntico *permitido*, face à omissão legislativa; entretantes, ao assinalar a preocupação de recomendar a sua averbação, deixa claro o propósito estatal de conferir segurança jurídica aos administrados, assim conferindo eficácia efetiva ao princípio da confiança legítima.

## 11. A CONSERVAÇÃO DO IMÓVEL TOMBADO

Questão recorrente é saber-se se o proprietário do imóvel tombado pode ou deve mantê-lo em bom estado de conservação. Em regra, sabe-se que a manutenção de um bem imóvel, seja ou não tombado, corre por conta do proprietário. A ele compete custear todas as despesas e encargos ordinários e extraordinários que venham a ser incorridos em defesa do imóvel. Em relação ao imóvel tombado o cenário não difere dos não tombados. Antes, ao contrário: por portar valores relevantes à coletividade, o que em muito poderá envaidecer seu proprietário, ou diferenciar o bem em questão, o interesse público exige a manutenção em boa ordem e estado, de maneira a que possa assim conservar-se e manter-se. A propósito, iniciativas envolvendo mutirões de limpeza, pintura etc. até muitas vezes encontrarão ambiente hospitaleiro e acolhedor, servindo de assentamento e alocações para campanhas publicitárias e de divulgações de iniciativas e eventos culturais.

Manutenção, à evidência, não se confunde com restauração. Por vezes, o poder público exige do proprietário do imóvel a reconstrução ou restauração do imóvel para o estado e para as características com que o mesmo se encontrara em tempos pretéritos, antes mesmo do bem ter sido adquirido pelo proprietário em questão. Evidentemente, há um transbordamento dos limites admissíveis e até esperáveis do tombamento, incorrendo, nesta situação, em vício passível de retificação,

pelo Poder Judiciário.<sup>24</sup>

A questão, contudo, ganha outra dimensão, no instante em que o proprietário não possui condições de suportar a manutenção apropriada, e inexistem contribuições espontâneas que possam suprir a sua impossibilidade. Neste caso, segundo a solução apontada pelo Decreto Lei 25/1937, para o imóvel tombado no plano federal, serão realizadas as obras consideradas urgentes e necessárias, às expensas da União federal, abrindo-se, contudo, a possibilidade do bem ser desapropriado.

A solução emergencial de realizarem-se as obras necessárias é correta, sob pena de deterioração do próprio objeto a ser conservado. Entretanto, não se pode eternizar o que deve ser transitório. A menos que a dificuldade do proprietário comprovadamente tenha sido circunstancialmente passageira, e dali em diante reste afastada, há possibilidade de manter-se a propriedade em nome do seu proprietário, mas desde que este, num prazo razoável, reembolse os cofres públicos, do montante incorrido nas obras correspondentes, sob pena de beneficiamento diferenciado e, portanto, impróprio.

Caso, entretanto, não possa fazê-lo ou, mesmo, se a sua ruína financeira não tenha sido passageira, então em qualquer um desses casos, só restará ao poder público desapropriar o imóvel em questão, resguardando o bem imóvel do seu provável perdimento e deterioração, pagando ao proprietário o *justo valor* correspondente, conforme assim determina a Constituição Federal.

---

<sup>24</sup> “AÇÃO CIVIL. IMÓVEL. TOMBAMENTO. RESTAURAÇÃO. DL 25/37. INAPLICABILIDADE. PECULIARIDADE DA HIPÓTESE. I. A obrigação de conservação e restauração imposta ao proprietário pelo DL 25/37 parte da premissa implícita e óbvia de que o bem tombado existia em sua forma original no momento da aquisição, ainda que deteriorado ou descaracterizado em certa medida, mas sem perder sua essência. II. Não é possível impor ao proprietário atual que recrie prédio histórico destruído ou totalmente descaracterizado por obras feitas por terceiro décadas antes da aquisição, dando origem a novo prédio com características distintas. (...)” (REsp 1047082/MG/STJ, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª. t., DJE 15.09.2008, unanimidade).

## 12. O ENTORNO DO IMÓVEL TOMBADO

Um dos efeitos do tombamento é acarretar restrições relevantes no entorno do imóvel tombado. A restrição, no plano nacional, vem prevista no art. 18, do aludido Decreto-Lei, e consiste na determinação de que, sem prévia autorização do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, além de impor-se apenamento de natureza pecuniária.

A restrição do entorno é compreensível, quando se fala de imóvel tombado. Ele, fisicamente, ocupa uma dimensão no espaço que reclama razoável distância para divisá-lo em sua plenitude. Caso a ênfase do tombamento seja a concepção arquitetônica, associada ao porte majestoso da edificação, muito provavelmente poderá reclamar recuos espaciais para ser adequadamente contemplado e admirado; caso, diferentemente, o valor decorra da carga histórica alojada em razão de lá ter repousado figura proeminente do Brasil imperial ou dos primórdios da República, o recuo espacial poderá não ser tão destacado.

E a restrição do entorno poderá ser de diversos matizes: simplesmente, ao não permitir qualquer construção; ao exigir um determinado ajardinamento; ao permitir edificações até uma determinada altura; ao permitir edificações para determinadas finalidades; enfim, há uma rica combinatória de possibilidades que poderão ser estabelecidas, restritivamente, pelo ato de tombamento, afetando o direito dos circundantes e daqueles que, um dia, pretendam alguma atividade fazer ou edificação erigir no entorno do bem tombado, inclusive aqueles que, desconhecendo o tombamento havido, com o passar dos tempos, sofram, por desconhecimento efetivo, as repercussões restriti-

vas próprias do tombamento.

Mais uma vez encontramos-nos diante de uma situação que poderá suscitar intensas discussões, mais das vezes levadas ao Poder Judiciário. Aqui, estaremos diante de hipótese passível de controle judicial, na qual o Judiciário, a par de examinar o cumprimento do devido processo legal do tombamento havido, poderá examinar os limites e as condições das restrições impostas ao entorno do bem tombado.

Isto porque, trata-se, conforme já antes se adiantou, de ato administrativo vinculado, que dá cumprimento à determinação constitucional de ver preservado o patrimônio cultural nacional – e o bem imóvel, no caso aqui especificamente considerado –, autorizando o magistrado a enveredar nos motivos determinantes das restrições agitadas, permitindo-lhe, inclusive, averiguar se as mesmas guardam nexos de pertinência lógica entre o motivo da restrição em questão e a necessidade para que a mesma seja implementada.

A par desse aspecto envolvendo o controle da decisão administrativa, poderá ocorrer que o tombamento em questão prejudique direitos de terceiros, já constituídos por ocasião da efetivação do tombamento. É o que se passaria com empreendimento comercial, com projeto aprovado pelas autoridades competentes, inclusive com *non obstat* das autoridades responsáveis por tombamentos, ainda com obras não iniciadas, mas que, em ato posterior, viesse a ter, nas cercanias, determinado imóvel tombado, com perímetro restritivo avantajado atingindo o que seria o futuro empreendimento imobiliário.

Neste caso, entendemos que o poder público deverá indenizar o prejuízo havido, tanto danos emergentes, quanto lucros cessantes. Isto porque, sopesando o direito adquirido do administrado com o valor coletivo da *crystalização* do bem tombado, ao abrigo da determinação constitucional, este último prevaleceria, sob os auspícios, inclusive, do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

### 13. A INDENIZAÇÃO

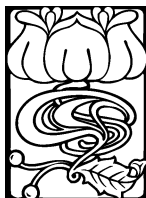
O tombamento dirigido a um imóvel, em regra, suscita o pagamento de indenização. Isto porque retira, grandemente, o direito à disposição e uso pleno da propriedade, limitando reformas, impedindo modificações, proibindo demolições, consequentemente vedando a utilização da área do terreno com novas edificações que poderiam ser realizadas sob novas técnicas e métodos construtivos, com repercussões benéficas na qualidade do desfrute do imóvel.

Assim, mostra-se de todo apropriado indenizar-se o proprietário que venha a sofrer as conseqüências inerentes ao tombamento, embora alguns assim não entendam. Para nós, contudo, havendo a restrição, geradora de danos, inclusive nas propriedades de entorno do bem tombado, mas não de caráter amplo e genérico, como o que se direciona a todo um município, deve impor-se a indenização correspondente, a ser suportada pelo poder público de onde provier o ato administrativo de tombamento.

Agora, é importante frisar que a indenização em tela somente ocorrerá no instante da materialização da restrição, ou seja, quando do tombamento efetivamente implementado, não podendo ser pleiteada de tempos em tempos, ou quando materializarem-se novos proprietários. Isto porque, os novos adquirentes de bens já anteriormente tombados, os adquiriram com tais limitações, suportando os preços apropriados à limitação havida, donde ser absolutamente incogitável, posteriormente, locupletar-se à custa da Administração, em relação a ato anterior à sua aquisição.<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> “1. As limitações administrativas preexistentes à aquisição do imóvel não geram indenização pelo esvaziamento do direito de propriedade, máxime quando o gravame narrativo é antecedente à alienação e da ciência do adquirente (Precedentes: AgRg no REsp 769.405/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 06/04/2010, DJe 16/04/2010; EAg 404.715/SP, Rel. Ministro



---

José Delgado, Primeira Seção, julgado em 11/05/2005, DJ 27/06/2005 p. 215).” (REsp 1168632/SP/STJ, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª. T., DJE 01.07.2010, unanimidade).