

Série
REEDIÇÕES DO IPHAN

O ESTADO NA PRESERVAÇÃO
DE BENS CULTURAIS
O TOMBAMENTO

SONIA RABELLO

Presidente da República

Luiz Inácio Lula da Silva

Ministro da Cultura

João Luiz Silva Ferreira

Presidente do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional

Luiz Fernando de Almeida

Procurador Chefe

Antônio Fernando Alves Leal Néri

Departamento de Planejamento e Administração

Maria Emília Nascimento Santos

Departamento do Patrimônio Material e Fiscalização

Dalmo Vieira Filho

Departamento do Patrimônio Imaterial

Márcia Genésia de Sant'Anna

Departamento de Articulação e Fomento

Márcia Helena Gonçalves Rollemberg

Coordenadora-Geral de Pesquisa e Documentação (Copedoc)

Lia Motta

Série
REEDIÇÕES DO IPHAN

O ESTADO NA PRESERVAÇÃO
DE BENS CULTURAIS
O TOMBAMENTO

SONIA RABELLO

Rio de Janeiro | IPHAN | 2009

Copyright © 1991 by Livraria e Editora Renovar Ltda.

Copyright © 2009 by Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

Coordenadora-Geral de Pesquisa e Documentação – Copedoc/DAF/IPHAN

Coordenação de Editoração da Copedoc

Evandro Domingues

Colaboração Técnica

Renata Santos

Revisão

Alexandra Bertola

Foto Capa

Palácio Gustavo Capanema, Rio de Janeiro/RJ

Foto de Eduardo Mello (Arquivo Central do IPHAN/Seção Rio de Janeiro)

Foto Contra-capa

Palácio Gustavo Capanema, Rio de Janeiro/RJ

Foto de Erich Hess (Arquivo Central do IPHAN/Seção Rio de Janeiro)

Projeto Gráfico e Diagramação

Dotzdesign

Impressão

Imprinta Express Gráfica e Editora Ltda.

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA NORONHA SANTOS

R114e Rabello, Sonia.

O Estado na preservação dos bens culturais : o tombamento/Sonia Rabello. –
Rio de Janeiro : IPHAN, 2009.

160p. ; 16x23 cm. (Reedições do IPHAN)
Edição especial.

ISBN xxx-xx-7334-xxx-xx

1. Tombamento 2. Patrimônio cultural – Brasil 3. Legislação.
4. Patrimônio Histórico – Brasil. I. Instituto do Patrimônio Histórico
e Artístico Nacional (Brasil)

IPHAN/RJ

CDD 344.0981

A publicação de obras e documentos que tratam da prática da preservação no Brasil é um dos objetivos do IPHAN, como forma de veicular a produção e as atividades das diversas áreas de preservação do patrimônio cultural.

Com esse objetivo, foram criadas, nos últimos anos, as séries *Patrimônio: Práticas e Reflexões*, *Memórias do Patrimônio*, e a *Série Pesquisa e Documentação do IPHAN*, que vieram se juntar a outras publicações do IPHAN, conhecidas pelo público de leitores, e têm trazido o resultado da produção de conhecimento e divulgação dos acervos existentes nos arquivos da instituição. A produção de pesquisas sobre a história da preservação e sobre os instrumentos de gestão do patrimônio cultural motivou a criação de uma nova Série de publicações, inaugurada com este livro de Sônia Rabello, a partir da reedição de obras de referência, de difícil acesso, por fundamentais que são como fonte para o campo da preservação.

O Estado na preservação dos bens culturais: o tombamento, publicado em 1991, esgotado há anos, não perdeu a atualidade de seu texto e objeto de análise - o Decreto-lei 25/37, que institui o tombamento federal de bens culturais -, constantemente consultado e citado como referência do tema, o que nos motivou a fazer a presente reedição.

Trata-se, portanto, de uma edição especial, autorizada pela autora, para tornar novamente acessível uma obra de grande importância para pesquisadores e profissionais das instituições que compõem ou estão envolvidas com a concretização de um sistema nacional de preservação do patrimônio cultural no Brasil.

Coordenação-Geral de Pesquisa e Documentação

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO À EDIÇÃO ESPECIAL	9
APRESENTAÇÃO À PRIMEIRA EDIÇÃO	11
PREFÁCIO À PRIMEIRA EDIÇÃO	13
INTRODUÇÃO	15
CAPÍTULO I	
<i>Da diferenciação entre preservação e tombamento</i>	19
CAPÍTULO II	
<i>A fonte constitucional</i>	23
CAPÍTULO III	
<i>Parâmetros da legislação civil</i>	37
CAPÍTULO IV	
<i>O tombamento como ato do Executivo</i>	45
4.1. O interesse da ação do Estado	45
4.2. Tombamento – ato legislativo?	47
CAPÍTULO V	
<i>O ato de tombamento e seus requisitos</i>	53
5.1. Da competência	53
5.2. Da forma e do procedimento	64
5.2.1. Tombamento voluntário e compulsório, e a notificação	64
5.2.2. Os prazos	72
5.3. Do objeto material do tombamento	75
5.3.1. Dos objetos em geral	75
5.3.2. Do objeto quando bem natural	83
5.3.3. Restrições ao tombamento de bens públicos e privados	87
5.4. Do motivo e da finalidade	90

CAPÍTULO VI

Efeitos do tombamento 99

6.1. Momento da produção dos efeitos definitivos 99

6.2. Efeitos específicos do tombamento 104

6.2.1. Restrição à alienação 104

6.2.2. A conservação 112

6.2.3. Obrigações do proprietário da coisa tombada 119

6.2.4. Efeito do tombamento na vizinhança do bem tombado 121

CAPÍTULO VII

Natureza jurídica do tombamento 128

CONCLUSÃO 146

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 148

APRESENTAÇÃO

Esta é uma reedição do meu livro *O Estado na Preservação de Bens Culturais*, que se encontra esgotado na sua primeira edição. Não pretendia reeditá-lo, é verdade. Não porque não exista demanda (dizem que sim...), mas porque continua sendo lido através de cópias e do texto disponível *on-line*, o que em nada me incomoda. Para mim, uma nova edição implicaria atualizar o livro, revê-lo, reexaminar questões colocadas. Como fazer uma segunda edição sem a revisão do texto? Acontece que nunca acreditei que o livro precisasse, a rigor, ser atualizado. No meu entendimento, o texto continua perfeitamente atual em sua proposta; por ser um livro simples, e tratar basicamente do fundamental, em essência nada mudou.

Entretanto, antigos colegas do IPHAN, incansáveis em sua batalha cotidiana pela preservação do patrimônio brasileiro, convenceram-me de que necessitavam do objeto físico do livro como suporte das leituras do Programa de Especialização em Patrimônio (PEP/IPHAN), que tem difundido o acesso à bibliografia especializada nas unidades descentralizadas do IPHAN em todas as capitais do Brasil e em muitas das cidades históricas tombadas. Dentre suas propostas, o Programa fomenta a formação de jovens profissionais na preservação do patrimônio cultural pelo estudo dos caminhos já trilhados por aqueles que os antecederam na construção do campo. Que raro nos dias de hoje! Quase “heroico”... Por isso, qualquer pedido dos meus antigos colegas do IPHAN, e especialmente do Programa, não admite recusa. Daí a concretização desta reedição, autorizada especialmente pela demanda desse incrível e generoso projeto do IPHAN.

Assim, a reedição do livro, pelos motivos que narrei, muito se assemelha à edição original – sem mudanças em seu conteúdo.

APRESENTAÇÃO

À PRIMEIRA EDIÇÃO

Este livro resultou, basicamente, da tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro por ocasião do concurso de livre-docência na cadeira de Direito Administrativo, em 1988. Adaptações se fizeram necessárias em função da mudança constitucional, conservando-se, no entanto, o texto básico. Não obstante ter havido, também, no ano de 1990, modificação na estrutura administrativa do órgão do patrimônio – hoje Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural, autarquia vinculada à Secretaria de Cultura da Presidência da República –, optou-se por conservar as referências ao IPHAN (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional) e SPHAN (Secretaria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional). E também, o mesmo, em relação às referências ao Ministro da Cultura, por entendermos que essas alterações, desde que conhecidas, não afetam a substância da exposição.

Este trabalho recebeu o incentivo e a colaboração de inúmeros amigos. Ainda que sem nominá-los, deixo registrada minha gratidão pelo carinho da contribuição de cada um. Cabe, contudo, destacar o trabalho de pesquisa jurisprudencial básica realizada pelo então bacharelando Nelson João Pereira Jr. Consigno, em especial, meu reconhecimento pelas sábias ponderações feitas pelo meu mestre Paulo Francisco Rocha Lagoa, quando da leitura dos originais.

Este livro, sendo o primeiro, dedico-o à minha mãe, Geralda Rabello de Castro, por quem tudo começou.

Setembro de 1991

A Autora

PREFÁCIO

À PRIMEIRA EDIÇÃO

A Professora Sonia Rabello de Castro, chamada ao exercício do magistério superior, conquistou a livre-docência de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, com a apresentação de tese sobre o tombamento.

Neste trabalho pioneiro que agora alcança publicidade mais ampla, confessadamente a autora concentrou-se na análise do instituto, à luz do Decreto-lei nº 25, de 1937, que conserva atualidade após meio século de continuada aplicação.

Nada obstante as ressalvas da autora quanto à limitação do âmbito da dissertação acadêmica, a profundidade crítica do estudo alcança os lineamentos fundamentais do tombamento, tanto no plano específico do Direito Administrativo como em suas conexões com o Direito Constitucional e o Direito Civil.

Embora tendo como efeito direto e imediato a limitação da propriedade privada, o tombamento avulta, como destaca a autora no batismo da obra, em razão de sua eficácia como instrumento relevante na proteção do patrimônio cultural, a que dá ênfase o texto constitucional de 1988.

A partir da edição desta monografia, não se torna possível o estudo sistemático do ato de tombamento e de suas repercussões, sem a necessária consulta aos subsídios com que ela enriquece a biblioteca nacional.

Caio Tácito

INTRODUÇÃO

O instituto do tombamento é um interessante tema de análise de intervenção do Estado na propriedade. O tombamento é também exemplo significativo para exame teórico e prático de outras figuras do Direito Administrativo, quais sejam: o exercício do poder de polícia pelo Estado, os requisitos do ato administrativo do tombamento, a análise de sua natureza jurídica à vista da imprecisão doutrinária concernente aos conceitos de servidão e delimitação administrativa e, ainda, o alcance de seus efeitos jurídicos.

A abordagem deste trabalho está centrada no ato do tombamento, conforme previsto no Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937. Muito embora assim delimitado o tema, reconhecemos a dificuldade de esgotá-lo, uma vez que esse universo é riquíssimo: a dinâmica social sempre o alimenta com novas abordagens, novas interpretações, sobretudo porque é relacionado com outro assunto polêmico, que é a cultura brasileira. Este trabalho é uma visão crítica do instituto do tombamento a partir da própria lei, e de sua leitura pela doutrina e jurisprudência nacionais.

O interesse público pela proteção do patrimônio cultural brasileiro fez editar o Decreto-lei 25/37, primeira norma jurídica que dispõe, objetivamente, acerca dessa limitação administrativa ao direito de propriedade.

O Decreto-lei 25/37 só foi modificado em 1941, pelo Decreto-lei nº 3.866, de 29 de novembro, que dispõe sobre o cancelamento do tombamento pelo presidente da República; e em 1975, pela Lei 6.292, que introduz a homologação ministerial no procedimento de tombamento.

Embora tenha a forma legal de decreto-lei, o Decreto-lei 25/37 foi examinado e aprovado, em primeira votação, pelo Congresso Nacional. No entanto, antes de ser novamente apreciado, aquela casa parlamentar foi fechada. Não obstante esse fato, o Presidente da República editou a norma sob a forma de decreto-lei.

O Decreto-lei 25/37 está vigente no Brasil por mais de 50 (cinquenta) anos, fato bastante singular, se recordamos nossa tendência à instabilidade no sistema normativo. Nunca foi substancialmente alterado por norma posterior, exceto com relação às leis mencionadas que, basicamente, o completaram.

Não se pode dizer que a estabilidade do Decreto-lei 25/37 deveu-se ao eventual desuso da norma. Não! Desde sua edição, o Decreto-lei 25/37 vem sendo utilizado pela administração pública para efetivar os tombamentos federais, variando apenas em quantidade no tempo.

Há no Brasil, atualmente, mais de 1.700 (um mil e setecentos) bens tombados no nível federal. Nesse número estão incluídos núcleos urbanos, extensas paisagens naturais, coleções de bens móveis, isto tudo envolvendo milhares de propriedades, se individualmente consideradas. Não obstante tais números, e o tempo decorrido de vigência da norma, constata-se uma quantidade bastante reduzida de material jurisprudencial que ofereça delineamento pacífico quanto aos vários aspectos jurídicos do instituto do tombamento e da sua aplicação. O mesmo ocorre com os estudos doutrinários. É pequeno o número de trabalhos pátrios produzidos sobre o assunto, havendo apenas alguns poucos artigos editados em revistas especializadas e algumas referências feitas em compêndios de Direito Administrativo. Por isso, o assunto se apresenta amplamente suscetível a debates e indagações teóricas, quanto aos seus aspectos jurídicos.

Este trabalho consiste na tentativa de sistematização da matéria em seus aspectos legais básicos. Para tanto, foi necessário reduzir seu universo à lei federal. No entanto, por possuírem os estados membros e municípios diplomas legislativos similares ao Decreto-lei 25/37, poder-se-ia aplicar-lhes as considerações e análises relativas aos princípios e à natureza jurídica do instituto.

Quanto ao estudo de sistemas legislativos estrangeiros de preservação, optou-se por não abordá-los neste trabalho, já que objetivamos, precipuamente, a análise vertical do instituto no sistema legal brasileiro; a doutrina estrangeira subsidiou o trabalho apenas no que se refere às questões teóricas de Direito Administrativo.

Assim, há muito a complementar ainda sobre o tema, mesmo porque deverão ser sempre atualizadas as questões aqui tratadas.

Entretanto, esperamos ter podido acrescentar algo de novo ao estudo desse instituto jurídico, que, no Brasil, é, ao mesmo tempo, tão antigo e tão moderno, como o próprio patrimônio cultural brasileiro.



CAPÍTULO I

Da diferenciação entre preservação e tombamento

Comumente, costuma-se entender e usar como se sinônimos fossem os conceitos de preservação e de tombamento. É importante, porém, distingui-los, já que diferem quanto aos seus efeitos no mundo jurídico, mormente para apreensão mais rigorosa do que seja o ato do tombamento.

Preservação é o conceito genérico. Nele podemos compreender toda e qualquer ação do Estado que vise conservar a memória de fatos ou valores culturais de uma Nação. É importante acentuar esse aspecto já que, do ponto de vista normativo, existem várias possibilidades de formas legais de preservação. A par da legislação, há também as atividades administrativas do Estado que, sem restringir ou conformar direitos, se caracterizam como ações de fomento que têm como consequência a preservação da memória. Portanto, o conceito de preservação é genérico, não se restringindo a uma única lei, ou forma de preservação específica¹.

O Decreto-lei 25, de 15 de novembro de 1937, é o mais conhecido instrumento legal pátrio de preservação, mas não é o único. Para preservação de monumentos arqueológicos e pré-históricos, e para proteção dos bens históricos, artísticos ou numismáticos oriundos de descobertas fortuitas há a Lei 3.924, de 26 de julho de 1961. Nesse caso, a preservação não se faz através do ano específico de tombamento, pois se trata de instrumento legal de atuação, procedimento e de efeitos diversos do tombamento, em-

¹ Em seus comentários à Constituição de 1967 (EC/69), o professor José Celso de Mello Filho afirmava que o tombamento “(...) É o meio posto à disposição do Poder Público para a efetiva tutela do patrimônio cultural e natural do País. É por meio do tombamento que o Poder Público cumpre a obrigação constitucional de proteger os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas”. Data vênua, deve-se atentar que nem a EC/69, e muito menos a Carta de 88, considera o tombamento necessariamente o único instrumento legal de preservação, colocado à disposição do poder público. Hoje a Constituição de 5 de outubro de 1988, no seu art. 216, § 1º, textualmente, explicita que podem ser várias as formas pelas quais o poder público protegerá o patrimônio cultural. (José Celso Mello Filho, *Constituição Federal Anotada*, p. 538)

bora seja, assim como este, forma de intervenção do Estado na propriedade, exercida por igual pela administração em função do seu poder de polícia.

Não devemos confundir essas formas de intervenção, cujos efeitos jurídicos podem ser diferenciados. No caso específico das jazidas arqueológicas, a proteção se dá *ex vi legis*, isto é, imediatamente, por força da própria lei e, por tal motivo prescinde de processo e ato administrativo, pois seus efeitos decorrem da vigência da lei. Outra diferença básica consiste no fato de essa proteção distinguir os elementos materiais da própria coisa. O parágrafo único do art. 1º da Lei 3.924 assim dispõe:

Art. 1º (...)

Parágrafo único – A propriedade da superfície, regida pelo direito comum, não inclui a das jazidas arqueológicas ou pré-históricas, nem a dos objetos nelas incorporados na forma do art. 152 da mesma Constituição².

A preservação das jazidas arqueológicas e pré-históricas, considerada sob o ponto de vista científico, visa também controlar a exploração sistemática desse bem cultural; para tanto será necessária a atuação de pesquisadores na propriedade, usando efetivamente o espaço territorial de domínio de terceiros. Este é um aspecto cujos efeitos não encontramos, como veremos, no tombamento.

Ainda no âmbito de preservação por força imediata da lei, encontramos, por exemplo, a Lei 4.845, de 19 de novembro de 1965. Esta norma legal “proíbe a saída, para o exterior, de obras de arte e ofícios produzidos no País, até o final do período monárquico”. Trata-se, evidentemente, de limitação aos elementos de uso e disposição da propriedade, impondo-lhes determinadas restrições à circulação: a lei proíbe que proprietário de bem móvel o retire do País, com ou sem alienação. Também esta forma de proteção ao patrimônio cultural independe de processo e ato administrativo, já que decorre da imediata eficácia da lei. Entretanto, ao contrário da proteção às jazidas arqueológicas, e à semelhança do instituto de tombamento, essa

² A menção ao art. 152 referia-se à Constituição de 1946. A Constituição de 1988, no seu art. 20, inc. X, inclui, textualmente, as cavidades naturais e subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos dentre os bens da União. Entendemos que este texto da Constituição de 1988, compatível com o art. 1º da Lei 3.924, deu-lhe amparo constitucional, sem inovar o seu conteúdo.

modalidade de preservação não interfere na integralidade material do bem protegido, e para efeito de sua aplicação não exige o uso concomitante do bem. Todavia, não é cabível denominar-se tombamento esta forma de preservação a bens culturais, pois tal proteção se dá de forma diversa, sendo diversos, por conseguinte, seus efeitos legais.

Esses são exemplos de atos legislativos que criam espécies diferenciadas de proteção ao bem cultural, dentro do gênero da preservação.

Referimo-nos acima a modalidades imediatamente relacionadas à preservação de bens culturais; mas há outras formas, segundo as quais bens são protegidos por atos e ações estatais, cujo objetivo imediato não é a proteção do patrimônio cultural. É o caso, também como limitação ao direito de propriedade, das florestas e demais formas de vegetação pela aplicação do Código Florestal³, ou da preservação de mananciais de nascentes e rios, da proteção do meio ambiente ecológico⁴, ou ainda da de locais de interesse turístico⁵. Em todas essas situações, embora o interesse público seja assemelhado, o procedimento administrativo, o motivo do ato e sua finalidade específica são diversos.

Vale ainda destacar uma espécie de proteção de bem cultural assemelhada com o tombamento, sobretudo quanto aos efeitos, mas dele se diferenciando em outros aspectos. Trata-se da preservação de áreas de interesse cultural e ambiental através de instrumentos legais de planejamento urbano, a nível municipal. A criação dessas áreas tanto pode se dar por meio de procedimento legislativo, isto é, sua inserção na própria lei de uso do solo urbano, quanto virem a ser estabelecidas por decreto executivo, quando a lei de uso e parcelamento do solo urbano assim o permitir. Trata-se, basicamente, de legislação de caráter urbanístico, somente aplicável a imóveis urbanos. No entanto, pode produzir os mesmos efeitos práticos do tombamento, já que a legislação urbana pode impor ao proprietário do bem imóvel as restrições que julgar cabíveis, do ponto de vista do meio ambiente urbano. Isso porque, dentre as diretrizes que orientam o planeja-

³ Ver a Lei 4.771, de 15 de setembro de 1965, que “Institui o novo Código Florestal”.

⁴ Ver a Lei federal 6.938, de 31 de agosto de 1981, que “Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação”.

⁵ Ver a Lei federal 6.513, de 20 de dezembro de 1977, que “Dispõe sobre Áreas Especiais e de Locais de Interesse Turístico”.

mento urbano e o uso do solo, está a preservação ambiental⁶. Não se pode afirmar que esse tipo de preservação seja tombamento. Embora os efeitos possam ser praticamente os mesmos, limitando o direito de propriedade, impondo condições de uso e conservação do imóvel, o procedimento para imposição da limitação é diverso, assim como podem ser diversos a competência, a forma, o motivo e a finalidade.

Podemos verificar, portanto, que há uma grande diversidade de formas jurídicas assemelhadas que, restringindo o direito de propriedade, acabam por proteger o bem cultural direta ou indiretamente. O tombamento é apenas uma dessas formas legais. A lei o delimita, estabelecendo os lindes do exercício desse poder de polícia da administração, dispondo sobre seu conteúdo, seu procedimento e, a partir daí, estabelecendo os efeitos jurídicos que lhe são específicos.



6 “O Plano delimita os conjuntos urbanos e ambientais que dizem respeito à memória histórica, social ou cultural e, em particular, aqueles que contribuem para formação da paisagem urbana característica da cidade (...)” (Instituto de Planejamento de Curitiba, *Preservação cultural de Curitiba*, mimeo, jun. 1984)

CAPÍTULO 2

A fonte constitucional

A proteção ao denominado patrimônio histórico e artístico mereceu da Constituição de 1988 referência explícita em alguns de seus trechos, dentre os quais destacamos, no momento:

Art. 216¹: 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.

A Constituição em vigor refere-se à questão da preservação cultural não só na seção relativa à cultura (inserta no capítulo III do título VIII), como também nos seus arts. 23 e 24, onde estabelece as competências legislativas e executivas dos entes políticos.

¹ Corresponde ao art. 180 e seu parágrafo único da Constituição Federal de 1967, alterado pela Emenda Constitucional 1, de 1969 – EC/69.

Contudo, não somente esses, mas muitos outros dispositivos constitucionais são fundamentais ao nosso estudo. Sua leitura deve ser feita de forma sistêmica e integrada; não há possibilidade de isolá-los, separando-os uns dos outros, já que o que se objetiva é uma interpretação teleológica da Lei Maior.

O ato administrativo do tombamento tem como finalidade a conservação da coisa, aí entendida como bens materiais, sejam eles móveis ou imóveis. Como a coisa é apropriável, objeto do direito de propriedade, são importantes para a análise da fonte constitucional todos os dispositivos da Carta Magna que, direta ou indiretamente, se referam à propriedade e às suas limitações em função do interesse público.

Iniciamos, pois, por abordar a questão da propriedade na Constituição, uma vez que este é um dos aspectos mais críticos do ato de tombamento.

O debate sobre esse tema – propriedade – é inesgotável. Entretanto, devemos nos restringir somente a alguns aspectos que, na Constituição, nos parecem importantes sobre o assunto (mormente por não ser esse o tema central de nosso trabalho). Destacamos alguns dispositivos constitucionais relevantes – o art. 5º, *caput*, e seus incisos XXII, XXIII, XXIV, XXV:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXII – é garantido o direito de propriedade;

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;

XXIV – a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

XXV – no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenizado ulterior, se houver dano.

Os direitos dispostos no título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais – Capítulo I, Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”,

de modo algum podem ser entendidos como absolutos. Até os direitos concernentes à vida e à liberdade são de certa forma limitados, pois seu exercício há de ser adequado à lei que os regula. Assim também o é o direito de propriedade, que nasce com a norma constitucional que assegura sua existência, mas não a forma absoluta de seu exercício. Interessante ressaltar aí o § 2º do art. 5º, que introduz importante elemento para compreensão da extensão dos denominados direitos e garantias individuais e coletivos. Assim dispõe o referido parágrafo:

Art. 5º - (...)

§ 2º – Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Nesse sentido, entendemos que nenhum direito individual explicitado, como é o direito de propriedade, pode ser tido como mais fundamental do que outro direito, ainda que não explicitamente mencionado, mas cujo sentido se possa inferir do conjunto das normas constitucionais. Se, por um lado, a Constituição faz nascer o direito à propriedade individual, este direito já nasce limitado em função de um outro dispositivo da própria Constituição, que, dispondo sobre a ordem econômica e financeira, determina a necessária presença de interesse público e social para seu exercício:

Art. 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade.

Podemos destarte concluir que, ao aparecer no mundo jurídico, a propriedade nasce obrigatoriamente condicionada à sua função social. O exercício do direito de propriedade, sem função social é, pois, in-

constitucional. A propriedade não preexiste à sua função social, mas só existe, constitucionalmente, se está a ela atrelada².

São duas as faces do direito de propriedade: a face pública, que necessariamente a condiciona enquanto princípio e pressuposto de sua existência social; e a face privada, que se expressa pela apropriação individual da coisa, pela sua expressão econômica e pelas relações privadas daí decorrentes. Em relação ao primeiro aspecto, são as normas de direito público, derivadas do exercício da competência constitucional de cada um dos entes políticos, que irão dar o contorno da função social. Quanto ao segundo aspecto, são as normas de direito privado que irão orientar as relações entre os cidadãos, concernentes ao direito de propriedade³. Portanto, o direito de propriedade, como princípio estrutural de uma sociedade, não é só um instituto de direito civil, mas um instituto de direito constitucional e administrativo, de ordem pública, cujo desdobramento mostrará seus contornos privados, no que disser respeito às relações entre indivíduos, e seu contorno público, quando o Estado delimitar o sentido daquilo que entende ser sua função social, através de lei ordinária federal, estadual ou municipal, conforme o objeto da disciplina legal. Efetuada a apropriação individual da coisa, cabe à lei civil definir-lhe o conjunto de situações jurídicas, ativas ou passivas, pertinentes às relações privadas. As limitações de ordem pública serão as estabelecidas nas leis editadas pelos entes políticos segundo a discriminação das competências constitucionais. Entendemos, por via de consequência, que as formas ou tipos de limitações ao

2 “José Afonso da Silva diz ser a função social da propriedade norma programática dirigida à ordem econômico-social. A ela se referindo, defende a posição de que seu cumprimento independe da lei. Neste sentido, essas normas “postulam observância de toda a ordem sócio econômica, diante das quais qualquer sujeito, público ou privado, que age em sentido oposto ao princípio, comporta-se inconstitucionalmente”. (José Afonso da Silva, *A Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 134.)

Ver ainda o voto do Ministro Castro Nunes no Acórdão STF (Apelação nº 7.377 – 19.08.43 – RF, jun./44, p. 84): “A antiga noção que não vedava ao proprietário senão o uso contrário às leis e regulamentos se completou com a da utilização ao serviço do interesse social. A fórmula *propriedade obriga* tem esse sentido. A propriedade não é legítima, explica RIPERT, senão quando se traduz por uma realização vantajosa para a sociedade. O proprietário deve à sociedade conta de sua exploração; deve-lhe conta de sua conservação ou cessão de sua propriedade; deve-lhe conta até mesmo da falta de exploração (Georges Ripert, *Le Régime Démocratique et le Droit Civil Moderne*, p. 242).”

3 “As limitações e determinações do conteúdo da propriedade são assunto de direito público ou de direito privado.” (Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Civil*, vol. 13, p. 297)

direito de propriedade não terão de ser necessariamente previstos em lei federal, sob o argumento de que, pelo art. 22, I, da CF/88, cabe à União legislar sobre direito civil. O direito civil da propriedade não pode englobar as limitações públicas a ela impostas, pois estas decorrem da repartição da competência constitucional e do poder de polícia conferido a cada um dos entes políticos⁴.

A norma constitucional não definiu os elementos constitutivos do direito de propriedade; deu-nos apenas dois parâmetros: assegurou sua existência enquanto apropriação individual e exigiu-lhe a função social. Foi a lei civil que definiu os chamados “elementos” do direito de propriedade – portanto, lei federal. Consequentemente, apenas outra lei federal poderia eliminar qualquer dos chamados elementos do direito de propriedade, desde que não afetasse a chamada apropriação econômica da coisa; isto porque as limitações federais só encontram limites na própria Constituição, que garante ao proprietário o direito, sem, contudo, especificar seu conteúdo⁵. O Código Civil é de lei ordinária federal, e uma outra lei federal modificadora dos elementos do direito de propriedade em função de interesse social é norma da mesma hierarquia. Assim, se o Código Civil é que define os elementos do direito de propriedade, outra lei da mesma hierarquia, ao contrariá-lo, pode revogá-lo (inclusive para efeitos de hipóteses específicas), definindo assim novo conteúdo para o direito de pro-

4 “As limitações administrativas ao uso da propriedade particular podem ser expressas em lei ou regulamento de qualquer das 3 (três) entidades estatais, por se tratar de matéria de direito público (e não de direito civil, privativo da União), da competência concorrente federal, estadual e municipal. O essencial é que cada entidade, no impor a limitação, mantenha-se no campo de suas atribuições constitucionais.” (Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 533)

a) Em contrário, o parecer de Carlos Medeiros da Silva em 29.01.74 (*Revista do Direito Administrativo*, vol. 120, abr./jun. 1975, p. 465) diz: “(...) Como o direito de propriedade está em causa, e deve ser assegurado, cabe à União legislar sobre a matéria, no que toca às restrições que entender de estabelecer para que tal proteção se torne eficaz (direito civil, desapropriações, processo civil, etc – art. 8º, nº XVIII, b) (...)” (sic).

b) Em contrário, o acórdão do TJPR (Tribunal de Justiça do Paraná – Apelação Cível nº 311-82, de Curitiba, em 22.06.82) diz: “(...) No que diz respeito ao artigo 572 do Código Civil, ‘o proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, saldo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos’, não se conecta com os princípios conceituais do tombamento, porque: é de ordem geral e ao tombamento se opera com restrições ao direito de propriedade em caráter particular. Destaca-se a impossibilidade do Estado e Município legislar sobre direitos adjetivos e substantivo – art. 8º, XVII, da Constituição Federal (...)”.

5 Face ao modelo econômico adotado no Brasil, através de suas normas constitucionais, tem aceitação pacífica o princípio do conteúdo econômico do direito de propriedade.

priedade, desde que não o elimine, isto é, inviabilize a apropriação e sua função econômica⁶. No entanto, o mesmo não ocorre com as leis estaduais ou municipais. A Constituição possibilita a esses entes políticos, dentro do âmbito das matérias de sua competência, estabelecer normas limitadoras do direito de propriedade. Essas limitações encontram, entretanto, os limites não só da própria Constituição, como também das leis federais que dispõem sobre o conteúdo básico do direito da propriedade, isto é, seus elementos formadores⁷. Assim é que leis estaduais e municipais podem propor formas diversas de limitação à propriedade, desde que não eliminem (apenas regulem) qualquer dos elementos do direito de propriedade previsto na lei federal. Cabendo à União legislar sobre direito civil, essa norma federal estabeleceu, no seu âmbito de competência, o que entende serem os elementos formadores do direito de propriedade; como o direito, no caso, é um só (“duas faces de uma mesma moeda”), não poderia a lei estadual, ou municipal, desconsiderar a lei federal⁸.

Não contrariando a lei federal, no que disser respeito à manutenção dos elementos formativos do direito da propriedade, as normas estaduais e municipais podem estabelecer formas de limitação ao seu conteúdo, desde que compatíveis com sua competência constitucional, e com os demais princípios e normas que decorrem da Carta Magna.

6 “Não se garante o direito privatístico, nem sequer qualquer dos direitos que resultam das leis civis e comerciais – o que se garante é a atribuição de direito patrimonial aos indivíduos. Não se cogita, tampouco, e vale a pena insistir, de garantia de *status quo*” (Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição* de 1967, vol. V, p. 395-6). Acrescenta ainda Pontes de Miranda: “Assim, existe regra de interpretação da Constituição que é a de não se subentender qualquer direito, ou garantia constitucional à propriedade, fora do § 22 do art. 153, tanto mais que outros textos da Constituição a respeito, em vez de atribuírem direitos, seguranças e garantias importam limitações maiores ao direito de propriedade.” (Ibidem, p. 660)

7 “Não há, na Constituição de 1967, conceito imutável, fixo, de propriedade.” (Ibidem, p. 396)

8 “A propriedade tem passado, desde o terceiro décimo do século, por transformação profunda; àquela ainda não se habituaram os juristas propensos à só consulta do Código Civil, em se tratando do direito de propriedade. No art. 153, § 22, propriedade é toda patrimonialidade.” (Ibidem, p. 397)

“(…) O que se deve reconhecer é tão somente a *prevalência do interesse federal*, em relação a qualquer das matérias reservadas à competência da União, na hipótese de conflito entre ele e o interesse local na preservação do valor histórico, artístico ou paisagístico de determinado bem. Supondo-se, por exemplo, que as restrições decorrentes do tombamento, por entidade menor, deste ou daquele imóvel do domínio federal, viessem a revelar-se incompatíveis com as exigências da *segurança nacional*, que à União incumbe tutelar (Constituição do Brasil, art. 8º, nº V). É óbvio que, em semelhante caso, seria inevitável o sacrifício do interesse local. Não poderia o Estado, ou o Município, insistir no exercício de uma atividade protetiva de que resultasse detrimento para a federação considerada como um todo. Aí, como alhures, ter-se-ia de optar entre o menos dos dois males (...)” Grifos no original (Parecer de José Carlos Barbosa Moreira, em 25.05.70, nº 11/70 – PGE – Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro).

A Emenda Constitucional 1, de 1969, no seu art. 180, parágrafo único, estabelecia claramente que o amparo à cultura era não só um direito do cidadão, mas também um dever do Estado. Da Constituição atual, embora não se referindo ao tema com as mesmas locuções, infere-se esse mesmo dever na medida em que impõe ao Estado o encargo de garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais, bem como de proteger o patrimônio cultural (arts. 215 e 216).

A EC/69 silenciava quanto às diversas modalidades de proteção ao tema cultural. Já o texto da Constituição Federal de 1988 esclarece que essa proteção dar-se-á por formas diversas, enumerando algumas delas, exemplificativamente. Decorre, portanto, que o objetivo da norma constitucional em vigor é de que o poder público efetivamente proteja os bens culturais, garantindo este direito a todos da Nação.

Ressalte-se, contudo, que houve mudanças substanciais trazidas pela atual Constituição, quanto à competência legislativa relativa à matéria. Nas Constituições anteriores, pode-se afirmar, todos os entes políticos tinham competência para estabelecer, autonomamente, formas de limitações que seriam impostas aos documentos, obras e locais de valor histórico e artístico, e aos monumentos e às paisagens naturais notáveis, e às jazidas arqueológicas, com o objetivo de protegê-los, amparando, desta forma, a cultura⁹. O dispositivo constitucional era categórico, estabelecendo a tutela genérica do poder público sobre os bens de valor cultural. Por isso, a União, os Estados e Municípios podiam estabelecer as formas de proteção aos bens culturais que melhor atendessem ao comando constitucional. Quanto aos Estados e Municípios, essas formas de proteção, que se consubstanciavam em limitações ao direito de propriedade, não podiam se opor à norma federal no sentido de eliminar qualquer de seus elementos, mas tão-somente conformar seu exercício ao interesse público.

Os três entes políticos deviam (como devem também hoje) cumprir o comando constitucional de proteção aos bens culturais. Indaga-se, então, de que forma? A forma de constituir limitação a direitos obedece ao prin-

⁹ Ver parecer de Verena Nygaard Becker (*Revista de Direito Público*, vol. 49/50, p. 197): “(...) Por fim, não seria de se admitir que, em virtude de o tombamento acarretar limitações à propriedade, a edição das normas disciplinando-o fosse da alçada exclusiva da União.”

cípio da legalidade, que “implica exigência de uma atuação subordinada à lei formal”¹⁰, princípio este contido hoje no inc. II, do art. 5º, da CF/88:

Art. 5º - (...)

II – Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei.

Daí infere-se que, quando a proteção a bens culturais se fizer através da limitação a direitos, dentre eles o direito à propriedade, a ação do Estado há de estar previamente estabelecida em lei – no sentido de fonte primária do Direito –, nela previstos os seus efeitos jurídicos, e os direitos e obrigações decorrentes¹¹.

Nem a EC/69, nem a Constituição de 1988 limitaram a ação do poder público quanto às formas de proteção ao bem cultural. O poder público poderá preservar o patrimônio cultural, seja através de formas diversas de limitações a direitos, seja através de fomento e incentivos. No entanto, quando houver restrições a direitos a ação do Estado deverá estar previamente regrada em norma jurídica emanada do Poder Legislativo competente, podendo ser concretizada por ato do Executivo. Assim, atende-se ao preceito constitucional do inc. II, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988.

No âmbito federal, o Decreto-lei 25/37 instituiu a forma de proteção que veio a denominar-se tombamento. A Constituição de 1937, na esteira da Constituição de 1934, já previa o condicionamento do direito de propriedade à sua função social; com isto, presumia-se a competência do ente político para, por lei ordinária, dispor sobre o denominado interesse preconizado na Constituição. A Constituição de 1934, no art. 148, previa a competência da União, dos Estados e dos Municípios para:

(...) proteger os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do País (...)

¹⁰ “As limitações à propriedade decorrentes do tombamento são de natureza administrativa porque impostas verticalmente pelo Poder Público com fundamento no interesse público e, como tais, cada uma das três esferas do governo tem competência para impô-lo.” (José Celso Mello Filho. *Constituição Federal Anotada*, p. 429; Ref.: Constituição, EC/69)

¹¹ “Somente a lei pode criar tais limitações de direito público.” (Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Civil*, vol. 13, p. 380)

A Constituição de 1937 manteve essa competência, alterando, no entanto, a palavra *objetos* para *monumentos*, e incluindo ao lado dos *monumentos históricos e artísticos*, os denominados *monumentos naturais*. A Constituição de 1946 substituiu a menção expressa aos três entes políticos pela expressão *poder público*, mantida na Constituição de 67 e na Emenda Constitucional 1, de 1969.

Vimos, assim, que a partir da 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, atribuindo esse interesse à competência da União, dos Estados e dos Municípios, a partir da Constituição de 1934¹². Até a Emenda Constitucional 1/69, caracterizava-se tal competência legislativa como concorrente, e não como supletiva ou complementar, já que estas últimas se consubstanciavam nas hipóteses previstas no parágrafo único do art. 8º, e que pressupunham o suprimento de lacunas das normas federais pelas normas estaduais¹³. Ou, respectivamente, “por desenvolver e pormenorizar os princípios gerais fixados nas normas emanadas da União”¹⁴.

Em função da competência concorrente, prevista no art. 180 da EC 1/69, as normas emanadas pelos três entes políticos eram autônomas, autossuficientes e independentes, encontrando seus limites apenas nos princípios constitucionais. Ou em normas ordinárias de ente político que eventualmente viessem a tratar do mesmo objeto a partir de outra fonte de competência – que é o caso do direito civil, ao tratar da propriedade.

Ao ser editado, o Decreto-lei 25/37 lançou dúvidas quanto ao aspecto da então competência concorrente dos três entes políticos, ao dispor, no seu art.23, que:

12 Neste sentido ver o parecer de José Carlos Barbosa Moreira de 25 de maio de 1970. (Parecer 11/70 – JCBM – PGE/RJ, fls. 2/3 e 4)

13 Não quis a EC 1/69 incluir a matéria de proteção ao patrimônio histórico e artístico dentre o rol das competências suplementares do art. 8º. Em relação ao assunto, preferiu destacá-la, atribuindo igual dever aos poderes públicos (entes políticos).

14 Ver José Celso Mello Filho, op.cit., p. 51. Em sentido contrário, referindo-se ao sistema constitucional da EC 1/69, Hely Lopes Meirelles diz: “Compete à União, precipuamente, legislar e prover sobre o patrimônio histórico e artístico nacional, por se tratar de atividade ou interesse geral da Nação, mas os Estados-membros poderão sancionar a ação federal nos limites de seus territórios, mediante acordo com o governo central (art.23) ou mesmo isoladamente” (*Direito de Construir*, p. 131).

Art. 23 – O Poder Executivo providenciará a realização de acordos entre a União e os Estados, para melhor coordenação e desenvolvimento das atividades relativas à proteção do patrimônio histórico e artístico nacional e para a *uniformização de legislação estadual complementar sobre o mesmo assunto* (grifo nosso).

Esse dispositivo não estava compatível com o disposto na Constituição de 1934, pois à União, aos Estados e aos Municípios era conferida, explicitamente, a competência da proteção aos bens culturais; desde então, atribui-se competência concorrente aos três entes políticos, e aquela norma de lei ordinária, estabelecendo a complementaridade por lei estadual, surgiu patentemente inconstitucional, já que é a Constituição a fonte única para distribuição de competência entre os entes políticos. Tratando-se de matéria essencialmente constitucional, seria juridicamente impróprio que até mesmo lei complementar dispusesse sobre o assunto¹⁵.

A Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 mudou essa já tradicional distribuição de competência. No art. 24, que trata da competência legislativa concorrente da União, Estados e Distrito Federal, foi expressamente incluída a matéria pertinente à proteção de patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico (inc. VII). Ressalta-se que os §§ 1º e 2º, do art. 24 rezam que, para as matérias dispostas nos seus incisos, a competência da União é de estabelecer as normas gerais, sem excluir a competência concorrente dos Estados. E os municípios? Poderão eles legislar sobre a matéria? Entendemos que sim, pois o art. 30, inc. II, dispõe:

Art. 30 – Compete aos Municípios:

(...)

II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber (...)

¹⁵ “Titulares dos direitos, pretensões, ações ou exceções que nascem do tombamento, bem como do direito e da pretensão a tombar bens que entrem nas categorias mencionadas no texto, são a União, o Estado-membro, o Distrito Federal e o Município em que se achem tais bens (...)

Mas pode o interesse na conservação e guarda ser mais especialmente para o Estado-membro, o Distrito Federal, ou o Município.” (Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*, vol. VI, p. 376)

(a) “O Poder da União não exclui o dos Estados-membros e dos Municípios: a competência conferida ao serviço federal para o tombamento de bens não exclui a de serviços congêneres instituídos para o mesmo fim, pelos Estados e Municípios (*Revista do Direito Administrativo*, 120, p. 459).” (José Celso Mello Filho, *op.cit.*, p. 539)

Outrossim, cabe também aos municípios a competência executiva comum relativa à proteção cultural, sendo certo que sua competência legislativa é hoje supletiva à legislação federal e estadual, sobre o assunto¹⁶.

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, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos (...)

e ainda:

Art. 30 – Compete aos Municípios:

(...)

IX – promover a proteção do patrimônio histórico cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

Face a esta nova sistemática de distribuição de competência, pode-se afirmar que os municípios, não obstante continuem a ter competência executiva para proteção de seus bens culturais, perderam a autonomia legislativa ampla que lhes era atribuída pelas Constituições anteriores, já que terão de observar as normas gerais para proteção, de âmbito federal, bem como as normas estaduais sobre o assunto. Resta-lhes, portanto, observadas as normas referidas, suplementar a legislação no que lhes for especificamente local.

Assegurada, no campo constitucional, a distribuição de competências para dispor sobre proteção ao patrimônio cultural, importante indagar quais os limites da ação de cada um desses entes políticos. O limite mais evidente, e sem qualquer questionamento, é o limite territorial de cada uma dessas entidades¹⁷. É princípio constitucional que cada um dos entes

¹⁶ “A Constituição não situou os Municípios na competência comum do art. 24, mas lhes outorgou competência para suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, o que vale possibilitar-lhes disporem especialmente sobre as matérias ali arroladas e aquelas a respeito das quais se reconheceu à União a normatividade geral.” (José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 435)

¹⁷ Neste sentido pronunciou-se Prudente de Moraes em voto no Conselho Consultivo do IPHAN, em 5 de setembro de 1977: “Nestes três níveis, ou âmbito de competência, entretanto, a pessoa jurídica de direito público interno que exerce jurisdição sobre a área em que o bem se localiza, tem irrecusável competência para tombá-la.” (*Atas do Conselho Consultivo do IPHAN*, Série Conselho Consultivo, Arquivo Central do IPHAN/Seção Rio de Janeiro)

políticos dispõe unicamente no âmbito dos seus limites territoriais. Por mais evidente que possa parecer a questão, faz-se necessário acentuá-la, sobretudo com relação ao eventual interesse de Estados e Municípios de proteger bens móveis que, embora a eles estejam culturalmente vinculados, estão localizados fora de suas fronteiras. Neste caso será inconstitucional a ação de qualquer ente político fora de seus limites territoriais, pois somente no seu território é que a Constituição lhe garante os poderes políticos próprios de entidade estatal. Consequentemente, conclui-se que só a União poderá proteger bens em qualquer parte do território nacional.

Outro limite que se pode inferir da norma constitucional é o grau de interesse em relação ao bem a ser protegido. Se os três entes políticos têm competência executiva concorrente para tomar, qual seria o limite desta competência? Parece-nos que, neste caso, a competência executiva concorrente impõe a necessidade de se avaliar o grau de interesse. Isto significa que a União terá competência para proteger bens que tiverem importância nacional; os Estados, bens que tiverem significado regional; e os Municípios, aqueles bens de interesse local. É evidente que, tendo um bem importância nacional, sua importância regional, ou local, é quase, automaticamente, decorrente. Esta lógica não implica, entretanto, o exercício necessariamente vinculado da competência de proteção daqueles outros entes políticos. Eles a exercerão, na forma estabelecida em legislação pertinente que, de modo geral, atribui ao Poder Executivo a competência para fixar, por ato administrativo, os bens a serem protegidos. Para um determinado bem que tenha importância nacional, fica o bastante fácil demonstrar sua importância regional ou local; mas o inverso pode não ser verdadeiro. Há bens que têm importância exclusivamente regional ou local; nesta última hipótese, apenas o Estado, ou Município, terá interesse jurídico em protegê-los; um bem de importância apenas regional será protegido pelo Estado-membro, refugindo à União o interesse da proteção¹⁸.

18 “O princípio geral que norteia essa repartição de competência baseia-se na predominância do interesse, segundo o qual à União caberão aquelas matérias e questões de predominante interesse geral, nacional; ao passo que aos Estados hão de ser afetas as matérias e questões de predominante ou peculiar interesse regional. No Brasil, ainda há que considerar a posição do Município, ao qual a Constituição confere autonomia, especialmente no que concerne aos assuntos de peculiar interesse. (...) Acontece que, no Estado moderno, se torna cada vez mais problemático discernir o que é de interesse geral ou nacional do que seja de interesse regional ou local.” (José Afonso da Silva, *Direito Positivo Brasileiro*, 1976, p. 60)

Essa questão vale ser bem esclarecida quanto ao seguinte aspecto: um determinado bem pode ter vinculação estreita à cultura de uma região ou de um local, isto é, ser característico de determinada área. Nem por esse motivo passa a ter significado nacional, porque a cultura de um País não é una, nem uniforme, mas uma composição, um somatório de culturas regionais ou locais, com elos de ligação comuns¹⁹. O que diferenciamos na repartição de competência é a hipótese de um bem desprovido de importância nacional vir a ser protegido pela União unicamente para suprir a eventual omissão do Estado ou do Município; neste caso, entendemos não existir interesse jurídico para ação da União, por falta de amparo legal.

A Constituição Federal não é explícita quanto à especificação do grau de interesse. Ao dispor que cabe ao poder público a promoção e a proteção dos bens de interesse cultural, ela estabelece a concorrência da competência executiva. Esta competência concorrente deve ser compreendida a partir da sistemática que deflui de outros princípios constitucionais. Parece-nos evidente que, se determinado bem não tem importância para a cultura nacional, falece à União competência para agir na sua proteção por falta de interesse jurídico. Conseqüentemente, esta proteção poderá estar na órbita do interesse do Estado, ou do Município. Por outro lado, nada obsta que ocorra uma ação conjunta dos três entes políticos. Esta pode acontecer se determinado bem tiver importância tanto para a União, como para o Estado e o Município. Aí poderão agir todos os entes políticos, cada um *per se*, praticando os atos necessários à proteção do bem. O ato de proteção de qualquer deles não obsta o do outro ente político. Poderá haver dois ou mais atos de proteção – tantos quantos forem as competências correspondentes aos respectivos interesses jurídicos, e nenhum deles, em princípio, eliminará os efeitos do outro. É bem verdade que se os efeitos de cada ação forem diversos,

19 “(...) deve-se ressaltar que o tombamento de um bem pela União, Estado ou Município não está ligado ao seu tamanho, mas à sua relevância nacional, questão esta de mérito administrativo. A autoridade pública federal, estadual ou municipal – investida de poderes específicos – apreciará e julgará a importância do tombamento que for proceder. Como conseqüência, não caberá a nenhuma das entidades políticas opor-se ao julgamento de mérito de outras.” (Sonia Rabello, *Tombamento e proteção aos bens culturais*) Ver, neste sentido, também o parecer de Paulo Francisco Rocha Lagoa, de 2 de janeiro de 1986 (Ofício 01/86 – CEJUR – Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, p. 4).

mas compatíveis, incidirão todas as restrições, de modo que, cumprindo a mais restritiva, se cumpra as demais. Entretanto, se as determinações de cada um dos entes políticos forem diversas e incompatíveis entre si, aplicar-se-á o princípio do maior interesse, prevalecendo as exigências do ente federal sobre o estadual e, desse último, sobre o municipal²⁰.



²⁰ Ver o parecer de José Carlos Barbosa Moreira, em 25.05.70 (nota nº 8, neste capítulo).

CAPÍTULO 3

Parâmetros da legislação civil

O direito de propriedade tem, na legislação civil, a delimitação de parâmetros básicos. O Direito Civil determina o conteúdo e os limites civis do direito de propriedade. Aí encontraremos os elementos que compõem o direito de propriedade, bem como as faculdades que defluem desse direito – enfim, os limites civis do seu exercício previstos nas disposições relativas ao direito de vizinhança, os direitos reais sobre a coisa alheia e, ainda, as formas de aquisição e perda da propriedade.

Importante é ressaltar que o livro do Código Civil que trata da propriedade refere-se unicamente à coisa apropriável. Clóvis Beviláqua menciona, nos comentários ao art. 43 da Parte Geral do Código, a diferença entre bens e coisas; os primeiros, no seu sentido jurídico, podem ser imateriais, não econômicos (insusceptíveis dessa medida de valor), não integrando o patrimônio individual. Ao contrário, o direito das coisas tem esta designação “porque é da propriedade e dos desmembramentos que se trata”¹.

Decorre daí, portanto, que o que é tratado no Direito das Coisas é apenas parte do universo relativo ao bem: trata da coisa, enquanto valor econômico apropriável individualmente, e de suas relações privadas. Escapam das disposições legais ali explicitadas aquelas relativas aos bens imateriais, valores não econômicos que possam também conter e representar. Sobre esses bens, inapropriáveis individualmente, e que escapam das relações de ordem privada, não coube ao Código dispor. Muitos desses valores imateriais são denominados *interesses públicos*, cuja competência normativa para sobre eles dispor é do ente político a quem a Constituição atribuir o interesse. Esta distinção é esclarecida por Clóvis Beviláqua, para quem “bem é uma utilidade, porém com exten-

¹ Clóvis Beviláqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, p. 259. “O direito de propriedade, em sentido genérico, abrange todos os direitos que formam o nosso patrimônio, isto é, todos os direitos que podem ser reduzidos a valor pecuniário” (grifo nosso). (Laffayette Pereira, *Direito das Coisas*, p. 63)

são maior do que a utilidade econômica, porque a economia gira dentro de um círculo determinado por três pontos: o trabalho, a terra e o valor, ao passo que o direito tem por objeto interesses que se realizam dentro deste círculo, e interesses outros, tanto do indivíduo, quanto da família e da sociedade. (...) Assim, no direito, há os bens econômicos e os bens que não o são. Os bens econômicos formam o nosso patrimônio”².

Historicamente, a propriedade, e em especial a propriedade imobiliária, já apresentou formas diversas de apropriação, limitações em intensidades diversas, além de diversos modos de transmissão e perda. Clóvis Beviláqua, em seu *Direito das Coisas*, demonstra essa variação do conteúdo do direito de propriedade nos vários sistemas jurídicos. Vale destacar, contudo, a menção feita ao Direito Romano, pois é nele que o direito brasileiro irá buscar seus elementos básicos para a construção das linhas mestras do seu direito positivo.

Ao Direito Romano de propriedade individual antecederam fases que se caracterizavam pela *comunhão agrária* e pela *propriedade familiar*. Mais tarde “desaparecem os regimes de propriedade coletiva e familiar”, subsistindo exclusivamente a propriedade individual – “O proprietário dispõe, livremente, do seu patrimônio, e o seu direito prevalece contra todos. A propriedade abrange o que está acima e embaixo, e tudo se incorpora ao solo, como as plantações e edificações. Mas o interesse social lhe impõe certas restrições em favor da navegação e da pesca (*usus publicus ripuarum*). O direito de vizinhança dos romanos merece uma referência, ainda que incompleta, para mostrar que a propriedade não era, como se costuma dizer, direito absoluto. Os campos de cultura deviam ter, nos limites, faixas de 2,5 pés não plantadas, afim de, unida à faixa do vizinho, formar entre os dois campos um caminho de 5 pés (*ambitus*)”. Beviláqua cita outros exemplos: o direito do vizinho aos frutos que caíam em sua casa, a obrigação de o proprietário não impedir o curso natural de água que desça do prédio alheio sobre sua propriedade; a faculdade do vizinho a embargar obra nova que lhe prejudique (*operis novi nuntiatia*), ou o embargo de ameaça de ruína para proteger-se contra dano futuro³.

2 Clóvis Beviláqua, *Direito das Coisas*, p. 109.

3 *Ibidem*, p. 108-9.

As restrições à propriedade não se estabeleciam só em relação ao vizinho, mas impunham também obrigações de fazer função do interesse público, tal como a que “exigia que o proprietário marginal de rua ou caminho se encarregasse de sua conservação, na parte que lhe correspondesse”. Havia a obrigação de *suportar fazer* em sua propriedade quando o “descobridor de mina podia explorá-la em seu proveito, dando apenas certa indenização ao proprietário e pagando determinado imposto ao fisco” (servidão de uso, para exploração mineral). “Já se aludiu à obrigação, que o ribeirinho tinha de suportar o uso transitório das margens aos que ali aportassem ou usassem as águas” – neste último caso, instituição de servidão em função do interesse social.

Inúmeras foram, portanto, as restrições de interesse de vizinhos, de interesse público ou social que incidiam sobre a propriedade no Direito Romano, limitando o seu uso, gozo ou disposição, ou fazendo incidir sobre ela direitos de terceiros. Mostra-se, desta forma, que o direito de propriedade já se conformava à lei que o restringia, de modo a compatibilizá-lo, no seu exercício, a outros interesses privados ou da sociedade.

O Código Civil brasileiro, do início deste século, não deixou de considerar o aspecto da função social da propriedade, embora esta exigência não estivesse explicitada em dispositivo da Constituição então vigente, a Constituição de 1891. O Código Civil, enquanto lei ordinária federal, dispôs sobre os elementos que compõem o direito de propriedade: o uso, o gozo e a disposição, bem como o direito de reaver a propriedade do poder de quem injustamente viesse a possuí-la. Pressupõe-se, entretanto, que o exercício deste direito há de estar conformado às limitações que lhe forem impostas pela lei. O próprio Código é o primeiro a limitar o direito de propriedade, de modo a conformá-lo aos interesses sociais, quando faz ampla discriminação dos direitos de vizinhança, ali tratados por serem concernentes às relações civis concernentes ao direito de propriedade. Menos explícita neste sentido era a redação primitiva do então projeto do Código Civil, que dispunha no art. 602: “A lei assegura ao proprietário, dentro dos limites por ela traçados, o direito de utilizar-se de seus bens como bem entender e de reivindicá-los, quando corpóreos, do poder de quem injustamente os possua”⁴.

⁴ *Ibidem*, p. 116

Esta é a idéia básica que se infere da leitura sistemática dos artigos do atual Código Civil; daí porque estes continuam atualizados e compatíveis com a inserção, explícita na Constituição, da função necessariamente social da propriedade. Os dispositivos do Código Civil, embora regulando os aspectos civis da propriedade, em momento algum obstam à determinação de outras limitações emanadas de outras leis, editadas pelo ente político que tenha competência constitucional para fazê-las em função do interesse público. As disposições básicas do Código Civil sobre a propriedade se ajustam perfeitamente às restrições que sobre ela incidam ou a amoldem, tanto as de ordem civil ali contidas (direitos de vizinhança e direitos reais sobre coisa alheia), quanto as limitações de ordem pública que, evidentemente, não cabe à legislação civil sobre elas dispor, mas sim às leis de direito público: constitucionais ou administrativas, financeiras ou tributárias⁵. Esta distinção faz-se importantíssima no que concerne, como consequência, ao direito de ação – ao interesse de agir e à sua legitimidade. Em relação aos direitos civis de vizinhança, o interesse e a legitimidade cabem ao vizinho que de forma direta sofreu o dano⁶. Quanto às limitações de ordem pública à propriedade, estas criam para a sociedade, como um todo, interesses públicos e, decorrentemente, o direito de exigir cumprimento dessas normas pelos proprietários e pelo poder público, tendo a sociedade e/ou o cidadão, portanto, legitimidade e interesse de agir na forma prevista nas normas processuais.

Não se entenda, com isso, que as normas administrativas – sejam estaduais ou municipais – que tratam de interesses públicos relativos à saúde, e ao sossego, por exemplo, possam excluir as *hipóteses de dano infecto* de ordem puramente civil, de vizinhança, relativo ao mau uso da propriedade. Neste sentido, contribui Pontes de Miranda, ao comentar acórdão sobre esse assunto:

⁵ Pontes de Miranda entende que as leis de direito público que limitam a propriedade são explicitadas da lei civil federal: “Sempre que as leis de direito público, federais, estaduais ou municipais, dentro das regras de competência legislativa e sem ofensa aos princípios constitucionais, apontam, no interesse geral, como uso nocivo, algum ato positivo ou negativo, atribuindo dever a algum proprietário ou possuidor, tem-se de entender que houve explicitação do conteúdo do art. 554 do Código Civil, isto é, se interpretou no caso concreto o art. 554, sem que, com isso, se haja de acolher no direito brasileiro a permissão das leis interpretativas.” (*Tratado de Direito Civil*, vol. 13, p. 292)

⁶ É à referência do art. 554 do Código Civil que Pontes de Miranda se refere como “interesses particulares ou protegidos privatisticamente” (op. cit., p. 299).

O acórdão atribui aos atos normativos da administração ou administrativos o poder de limitar ou restringir o conteúdo do direito de propriedade, como se a Assembléia Legislativa do Estado-membro e, *in casu*, o próprio Poder Executivo pudessem legislar sobre direito privado e dispensar, em matéria de direitos de vizinhança, a responsabilidade.⁷

Seguindo essa linha de raciocínio, a leitura do art. 527 do Código Civil não deve ser feita literalmente, mas usando a interpretação teleológica: “O domínio presume-se exclusivo e ilimitado, até prova em contrário”.

Sugeriu Bevilacqua a palavra *plena*, em vez de *ilimitada*, para relacioná-la talvez com o art. 525, que explica e enquadra o art. 527. Entende-se, então, que a ilimitação aí mencionada refere-se à reunião dos elementos de uso, gozo e disposição no titular do domínio. Até prova em contrário, que segundo o Código se faz mediante a averbação imobiliária (art. 676), não está limitada a propriedade plena, pela reunião dos seus elementos exclusivamente nas mãos do titular de domínio⁸. Caracteriza-se, assim, a diferenciação sobre a coisa alheia. As limitações, sejam civis ou administrativas, não tiram do proprietário a faculdade do exercício exclusivo de qualquer dos elementos que compõem seu direito. Os segundos, os direitos reais limitados, constituem, na sua maioria, a imposição da concomitância de exercício de qualquer dos elementos pelo proprietário e por terceiros – neste caso, não há a exclusividade do domínio –, pressuposto do direito pleno da propriedade. Essa exclusividade está referida na Constituição por inferência, a *contrario sensu* do art. 5º, inciso XXV, que diz:

No caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar a propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano (...)

Merece referência, ainda, o art. 526 do Código Civil, pelo qual é facultada ao proprietário a utilização de profundidade e altura da propriedade. Tal artigo tem especial pertinência com o art. 572, que também faculta ao proprietário a construção em seu terreno,

(...) salvo o direito dos vizinhos, e os regulamentos administrativos.

⁷ Ibidem, p. 307.

⁸ Neste sentido, entende-se o princípio do Direito Romano, *Plena in re potestas*. (*Institutas*, II, 4, § 4º)

Esses artigos tomaram maior relevância a partir do crescimento das cidades, mormente quando este crescimento passa a ser regulado pelo planejamento urbano. À época em que foi elaborado o Código Civil, a exploração do solo pelo proprietário tinha as limitações da própria engenharia da construção, ainda pouco desenvolvida⁹. Hoje, são as necessidades sociais, incrementadas pelo próprio desenvolvimento da cidade, que impõem à propriedade urbana restrições à construção, de modo a viabilizar a vida nesses centros, preservando necessidades sociais de meio ambiente, transportes, lazer, cultura, saúde etc.

O Código Civil acentua que a questão da utilidade de propriedade está ligada à questão de sua economia. O exercício do direito de propriedade há de ser “útil” ao proprietário. Não define, como não seria próprio, aliás, a intensidade dessa utilidade; tal indeterminação encontra limites impostos pela lei em função do interesse do vizinho, e pelo interesse público quando ajustam o exercício útil do proprietário à função social da propriedade. É evidente que uma das utilidades da propriedade, mormente a propriedade urbana, é de nela se construir. A construção viabiliza a utilidade econômica do lote urbano, seja pela habitação, seja pelo comércio ou indústria – enfim, pelo seu uso, ou pela obtenção direta ou indireta dos frutos que de sua exploração possam advir¹⁰.

É interessante que o Código Civil tenha inserido o chamado direito de construir dentro da seção relativa aos *direitos de vizinhança*, e não dentro do capítulo referente à *propriedade em geral*; isto pode significar que o direito de construir não é, necessariamente, um direito decorrente do direito de propriedade. São elementos do direito de propriedade o uso, o gozo e o poder de dispor. O que acontece (é o mais comum que aconteça nas cidades) é que, para exercer o direito de uso ou gozo úteis, haja a necessidade de construir. Entretanto, se houver hipótese de uso ou gozo úteis sem construção, não vemos por que, nestes casos, estaria a propriedade desfalcada de qualquer de seus elementos essenciais. Ressalta-se que a redação do Código menciona que o “proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver”, salvo o “di-

⁹ “Esta matéria adquiriu importância e complexidade, que não apresentava no tempo em que se elaborou o Código Civil.” (Clóvis Bevilácqua, *Direito das Coisas*, vol. 2, p. 158)

¹⁰ “O Direito que constitui a essência do domínio (...) é o direito à substância da coisa.” (Lafayette Pereira, *Direito das Coisas*, p. 66)

reito dos vizinhos e os regulamentos administrativos, e não de acordo com os regulamentos administrativos” (grifo nosso). Pela redação dada, portanto, se os regulamentos administrativos lhe impedirem a construção, o proprietário não poderá edificar em seu terreno; ele terá, porém, o direito constitucional, como já visto, de ter garantida a economicidade de sua propriedade por qualquer outro uso ou gozo que lhe seja útil.

Importa assinalar, portanto, que, em face do texto do direito positivo, inexistente no feixe de faculdades em que consiste o direito de propriedade a necessária existência do “direito” à construção, o qual pode ser inserido ou retirado pelo legislador ordinário, tendo em vista a melhor satisfação dos interesses da coletividade. Ao Direito Civil cabe explicitar as limitações privadas à propriedade; ao Direito Administrativo, as limitações de interesse público¹¹. As modalidades dessas últimas, entretanto, não encontram sua origem na legislação civil, mas na competência legislativa dos entes políticos e, sobretudo, nos princípios constitucionais do direito de propriedade.



11 “Esse direito, porém, encontra limitações determinadas pela vizinhança e pelos regulamentos administrativos. As limitações da primeira classe estão indicadas, em traços gerais, nos artigos seguintes. As da segunda referem-se à forma, segurança e higiene dos prédios urbanos, assim como à polícia dos estabelecimentos industriais.” (Clóvis Beviláqua, *Comentários ao Código Civil*, vol. 3, p. 114)

CAPÍTULO 4

O tombamento como ato do Executivo

4.1. O interesse da ação do Estado

Há que se distinguir, na proteção do patrimônio cultural, qual é o objetivo dessa proteção. O bem jurídico, objeto da proteção, está materializado na coisa, mas não é a coisa em si: é o seu significado simbólico, traduzido pelo valor cultural que ela representa. A partir do surgimento da coisa, passa ela a ter uma presença no mundo fático, podendo ou não vir a ter interesse jurídico. Cabe ao Estado esse reconhecimento jurídico. Há, portanto, uma bifurcação na relação jurídica quanto ao objeto – uma enquanto coisa, apropriável, objeto do direito de propriedade; outra, como bem não econômico, que, a partir do reconhecimento de seu valor cultural pelo Estado, se torna de interesse geral. Todas as coisas têm potencialmente este valor simbólico. Condicionada a propriedade às limitações estabelecidas em lei, estas podem traduzir outros valores que transcendem a coisa: são eles os bens jurídicos susceptíveis de proteção pelo Estado¹.

Interessa ressaltar que o Código Civil distinguiu, na sua parte geral, as categorias de bens e de coisas. A coisa é apropriável e pode constituir patrimônio do sujeito. A coisa, enquanto objeto, é tratada na parte especial do Código, e esta é objeto do Direito de Propriedade e dos seus desdobramentos – os denominados direitos reais².

O exercício do direito de propriedade, isto é, o exercício do domínio, consubstancia-se basicamente na apropriação da coisa através de seu uso, na obtenção de seus frutos e no poder de dela dispor. Tais faculdades, con-

¹ “(...) bens são valores materiais que servem de objeto a uma relação jurídica: é um conceito mais amplo que o de coisa (...) ao lado das coisas e dos bens econômicos, há outros de ordem moral, inapropriáveis como a vida, a liberdade, a honra, e os que constituem os direitos de família puros.” (Clóvis Beviláqua, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 259)

² “(...) os bens não econômicos são irradiações da personalidade que, por não serem susceptíveis de medida de valor, não fazem parte de nosso patrimônio.” (Idem)

tudo, são exercitadas nos limites da lei, de modo que o exercício do domínio não se contraponha a outros valores, não econômicos. Estes últimos são inapropriáveis e decorrem do interesse coletivo. Os valores e interesses coletivos, de diversas ordens – higiene, saúde, segurança, cultura e outros –, são o objeto das restrições e limitações administrativas, tuteladas pela administração pública através do seu poder de polícia administrativa.

O Decreto-lei 25/37 foi um instrumento instituído por meio de lei federal para proteção de determinados bens de valor cultural. A forma legislativa dessa norma satisfaz a condição de legalidade prevista na Constituição, uma vez que o decreto-lei foi fonte primária de direito, e suficientemente apto, portanto, para criar obrigações, estabelecer comportamentos e limitar direitos. Limitando direitos, no caso o direito de propriedade, confere-se ao Poder Executivo o exercício do poder de polícia para proteção do interesse público de preservação de bens de valor cultural que determinadas coisas possam conter.

O Decreto-lei 25/37 não escolheu o sistema de proteção *ex vi legis*, isto é, decorrente automaticamente da lei. Poderia a lei federal ter escolhido fórmula vigente em alguns países segundo a qual coisas com certo tempo de existência ficam imediatamente protegidas. Entretanto o Decreto-lei 25/37 previu processo administrativo pelo qual cabe ao órgão do Executivo avaliar quais os bens que merecem proteção federal. Com esta previsão legal abriu-se ao Executivo o espaço legal necessário ao exercício de poder de polícia nesta área, já que lhe caberá determinar os bens passíveis de proteção. Outrossim, os bens apontados, após o processo administrativo competente, passarão a estar sob a tutela especial do Estado, integrando seu domínio eminente.

O Decreto-lei 25/37 previu a causa que determinará a proteção do bem, o órgão do Executivo que terá competência para escolher e julgar o valor de determinado bem, alguns aspectos do processo administrativo e os efeitos que irão operar a partir da determinação da tutela especial do Estado. Efeitos esses que criam obrigações tanto para o titular de domínio do bem, quanto para os cidadãos em geral. Trata-se, portanto, de ato do Executivo: ato administrativo decorrente do seu poder de polícia administrativa, já que, por ele, a administração pública restringirá direitos de particulares, com o fim de resguardar o interesse público geral da preservação.

4.2. Tombamento – ato legislativo?

Tal como está previsto no Decreto-lei 25/37, o tombamento é ato administrativo cuja competência para praticá-lo foi atribuída pela lei a órgãos específicos do Poder Executivo. A lei, como decorre de suas características de generalidade e abstratividade, previu as hipóteses genéricas nas quais caberá o exercício do poder de polícia pelo órgão competente da administração federal. Deste modo, não restam dúvidas de que, no âmbito delimitado pela Constituição e pelo Decreto-lei 25/37, a administração pública praticará, mediante ato administrativo, a proteção dos bens que julgar inseridos nos critérios de valor genericamente previstos na norma, e especificados nos seus estudos técnicos. Será através de seus estudos técnicos que ficarão determinadas as hipóteses nas quais bens podem ser considerados de valor cultural. Quando nos referimos a estudos técnicos que servirão de verificação do motivo do ato administrativo, pressupomos que esses estudos informem uniformemente critérios que motivem o ato administrativo. Não é, portanto, admissível que este ato administrativo deixe de mencionar a base teórica coerente na qual se pautou para determinar o valor cultural de determinado bem. Pressupõe-se, ao menos, que a técnica conduza a critérios objetivos, ainda que subjetivamente escolhidos pelo sujeito competente para determiná-los, e variáveis em relação ao tempo de sua aplicação.

A questão que se apresenta, por ora, é a indagação sobre a possibilidade de se concretizar a proteção de bens culturais, ou seu tombamento, por meio de ato legislativo.

A primeira distinção que se deve lembrar diz respeito à diferença conceitual entre proteção genérica e tombamento. Este último é ato específico de proteção, previsto no Decreto-lei 25/37, e caracteriza-se pelos aspectos jurídicos ali previstos.

Já mencionamos que o tombamento não esgota as formas legais de proteção dos bens de valor cultural, uma vez que a Constituição não determinou as formas, e sim o dever do Estado de proteger. Destarte, só haverá tombamento se a proteção se der através do processo previsto naquele diploma legal, sem que isto implique a eliminação de outras formas jurídicas de proteção. Pelo Decreto-lei 25/37, que institui o tombamento, este se dá por ato do Poder Executivo.

A pergunta que se faz, por outro lado, é se poderia o Legislativo federal tombar bens por intermédio de atos por ele emanados³.

A questão envolve aspectos de duas ordens. A primeira, relativa à matéria, objeto do ato legislativo; e a segunda, relativa à subjetividade do ato praticado pelo Legislativo.

Em relação à primeira, ressaltamos basicamente a questão da competência e da natureza da norma. É competente o Legislativo para dispor sobre o assunto? Parece óbvia a resposta, uma vez que se assim não fosse não poderia ele estabelecer a regra geral que confere ao Executivo a necessária legalidade para a sua ação, bem como os parâmetros dentro dos quais irá exercer o seu poder de polícia. O Legislativo é, pois, competente para legislar sobre qualquer forma de proteção ao bem cultural. Contudo, é de se acentuar que a norma jurídica (legislativa) tem características peculiares que a distinguem de outros atos – vale mencionar especialmente, neste caso, as características de generalidade e de abstratividade. A primeira pressupõe uma situação igual das pessoas (ou grupo de pessoas a quem se dirige), sem distingui-las, passando a ser atingidos pela norma todos aqueles que estiverem na situação por ela prevista, sem individualização. O segundo aspecto, o da abstratividade, caracteriza-se por dispor sobre situações em tese. No entanto, quanto a este segundo aspecto, muitos doutrinadores, entre eles Kelsen, Ripert e Savatier, admitem a incidência, cada vez maior, das chamadas normas *in concreto*, considerando relativo o caráter de abstratividade da norma jurídica⁴.

Aplicando-se esses conceitos à matéria de proteção por ato legislativo, formulam-se duas hipóteses: a primeira seria aquela através da qual

3 O assunto ainda não mereceu uma apreciação mais ampla do Poder Judiciário de modo a delinear tendência da jurisprudência. Sobre a matéria não conhecemos senão a decisão proferida pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, através do seu Órgão Especial, ao apreciar a *Arguição de Inconstitucionalidade no Mandado de Segurança nº 2.807/84*, tendo como relator o Desembargador Pedro Américo Rios Gonçalves.

4 Ver Paulino Jacques, *Da Norma Jurídica*, p. 14. Outros autores continuam mencionando e defendendo esta característica da norma jurídica, ao menos com alguma relatividade: “A lei é sempre mais ou menos ‘abstrata’ – precede e regulamenta uma futura volição concreta (...) não porque deva ser, como afirma uma opinião muito difundida, ‘geral’, isto é, contemplar uma classe ou série de fatos, ações, indivíduos, relações, mas porque precede o fato jurídico e não tem a concreção imediata deste último (...) A generalidade é um requisito apenas natural da lei, da qual, pelo contrário, é requisito essencial o da abstração, no sentido de que a lei consiste numa volição não concreta, mas preliminar às futuras volições concretas que ela prevê e regula.” (Santi Romano, *Princípios de Direito Constitucional Geral*, pp. 107-8 e 225)

o ato legislativo protege, automaticamente, toda uma categoria de bens. A segunda seria a hipótese na qual o ato legislativo protege um bem certo e determinado. No primeiro caso, não vemos qualquer dificuldade em admitir sua constitucionalidade – a lei, como fonte de direito, que restringiu o exercício de direitos relativos a um grupo de bens, tendo, no mínimo, a característica de generalidade. De generalidade porque opera em relação a todos quantos forem titulares de direitos em relação àquela categoria de bens, sem distingui-los, senão enquanto insertos nesta categoria. É o que comumente acontece nas leis de preservação florestal, de arqueologia, saída de bens de valor cultural do País, já mencionadas.

É importante esclarecer que a proteção de uma categoria genérica de bens, por via legislativa, há de prever os efeitos relativos a esta proteção, uma vez que, não sendo ato emanado do Executivo, pelo processo referido no Decreto-lei 25/37, não se pode chamar de tombamento esse tipo de proteção. A lei que prevê a proteção de uma categoria genérica de bens poderá, eventualmente, equiparar os efeitos de sua proteção aos efeitos do tombamento; ainda assim, porém, não se inserirá na categoria de bens tombados, mas naquela de bens preservados, cujos efeitos jurídicos podem até se equivaler. Uma lei que apenas diga que determinados bens estão “protegidos”, sem estabelecer a consequência desta proteção, é inócua; se a lei objetivar que seus efeitos venham restringir direitos, ao menos a previsão genérica dos efeitos dessa restrição deverá estar nela indicada, para que se obedeça ao princípio constitucional da legalidade.

A questão da abstratividade da lei relaciona-se diretamente com o princípio da separação de poderes prevista na Constituição Federal. De modo geral, as leis não abstratas, e que de fato realizam manifestações volitivas *in concreto*, não são normas de previsão e ordenação de direitos e obrigações, mas atos de realização do Direito. Ora, é próprio do Poder Executivo o exercício da função de realização dos atos concretos de Direito, enquanto ao Legislativo cabe a previsão das suas hipóteses abstratas. É certo que a abstração da norma não encontra limites rígidos ou absolutamente definidos. Como mencionamos anteriormente, esta sua característica, atualmente, é bastante relativizada por alguns autores. Parece que a discussão dos limites da abstratividade da norma jurídica encontra sua repercussão exatamente no ponto de distinção das funções estatais. Ao se admitir, amplamente, a não abstratividade da norma ju-

rídica, estar-se-ia, na prática, admitindo o exercício da função executiva pelo Poder Legislativo, já que este poderia não só prever o direito em tese, como também estabelecer e concretizar sua aplicação caso a caso⁵.

Assim o entende Santi Romano, quando especifica que há princípios constitucionais decorrentes da própria estruturação da separação constitucional de poderes na Constituição. Segundo o referido autor,

(...) existem princípios fundamentais, estejam ou não contidos na Carta Constitucional, a cuja observância, sempre como regra diretiva, o Poder Legislativo está obrigado (...) outros limites resultam do próprio princípio da divisão de poderes pelo qual (...) o Poder Legislativo deve abster-se de exercer atribuições que seriam próprias dos outros dois poderes.⁶

Para conclusão deste pensamento, faz-se necessário distinguir claramente as funções dos poderes do Estado, sem o que não haveria razão ou sentido na própria separação: à função executiva foi reservada a atividade de efetivação dos fins estatais mais imediatos, enquanto ao Legislativo coube a sua previsão abstrata⁷.

No caso que examinamos, e dentro da relatividade desses limites, poderíamos conceber que, quando a preservação derivar de ato legislativo e inexistir abstratividade na norma, ao menos a característica de generalidade há que ser respeitada. Quando à generalidade, ela estará presente se, de alguma forma, o objeto da preservação estiver inserido em alguma categoria ampla

5 “(...) nenhum Poder pode ser considerado superior ao outro. Daí a necessidade decorrente de que ainda que o Poder Legislativo faça as leis, estas efetivamente tenham o caráter de leis e não de atos de concretização da vontade executiva do Estado. Esta função na organização estatal foi deferida a um outro Poder e dela não pode se afastar.” (Ibidem, p. 227)

6 Ibidem, p. 333.

7 “(...) Daí se infere que o tombamento só pode ser feito por iniciativa do Poder Executivo, *não sendo função abstrata da lei*, que apenas estabelece normas de tombamento. O tombamento é autêntico poder de polícia administrativa, a ser exercitado pela União, Estados e Municípios, na esfera de competência de seus poderes políticos com função de administrar (...)” (grifos no original). Voto do Desembargador-relator Pedro A. Rios Gonçalves – Arguição da Inconstitucionalidade no Mandado de Segurança 2.807/84, acolhido pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em 18 de junho de 1987.

No mesmo sentido, ver: Representação de Inconstitucionalidade 1/87 – Rel. Des. José Carlos Barbosa Moreira (*Revista Forense*, vol. 303, p. 168-72).

No mesmo sentido, ver o parecer de Joaquim Torres Araújo em 28.02.85 (Visto ao Processo 07/32086/83, Resposta ao Ofício 63/84, Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro): “(...) A

ou, em outras palavras, se o que estiver preservado, por decorrência direta da lei, não for um bem específico, mas uma categoria de bens.

Devemos, ainda, acrescentar outro limite constitucional em relação a este tema: o princípio da isonomia, que, de alguma forma, se conjuga com a característica da generalidade da norma.

Entende-se que o princípio constitucional da isonomia não se resume na igualdade dos cidadãos perante a lei, mas também igualdade na lei. Não cabe, portanto, à norma jurídica distinguir ou fazer distinções aleatórias ou arbitrárias⁸. Admitem-se as distinções, desde que logicamente adequadas. No caso específico, a preservação de bem individualizado, por ato legislativo, não inserido em nenhuma categoria específica ou ampla, estaria estabelecendo distinção infundada (já que não cabe à lei justificativa técnica de tombamento, como é o caso da motivação do ato administrativo). Não cabendo à lei justificativa técnica, a preservação de bem individualizado daria à coisa e, conseqüentemente, ao seu titular de domínio, por falta de generalidade, tratamento não isonômico e, portanto, inadmissível perante a Constituição⁹.

doutrina explícita que a função legislativa consiste na edição de lei, no sentido material do tempo, que se qualifica pelos elementos da generalidade, da coercibilidade e da impessoalidade. A função executiva consiste na prática de atos de concretização da lei abstrata, geral, impessoal, atos subjetivos, ditos administrativos. (...) O tombamento, in concreto, é ato administrativo típico, próprio da função executiva e, como tal, somente pelo Prefeito deve ser praticado. (...) Lei imperativa que objetive tomar determinado bem específico será inconstitucional, porque, visando à realização de uma situação jurídica particular, individual, concreta, será, verdadeiramente, um ato subjetivo, um ato administrativo. Ao praticá-lo, a Câmara estará invadindo o âmbito de competência do Executivo. (...) Autorizativa que fosse, não teria existência real como lei, dado que se lhe acrescentaria a imperfeição técnica de carência de coercibilidade. (...) Em mais de uma oportunidade, o Supremo Tribunal Federal tem consagrado a ortodoxia do entendimento de que o Legislativo não pode interferir na formação de ato subjetivo específico, do nuto do Executivo, nem mesmo editando 'leis' autorizativas. Fê-lo, v.g., ao julgar a Representação 686 e a Representação 993-9-RJ.”

8 “O que ele (princípio de isonomia) impede, efetivamente, é que a ordem jurídica promova desequiparações arbitrárias, aleatórias ou mal-inspiradas. (...) Será legítima a desequiparação quando fundada e, logicamente, subordinada a um elemento discriminatório objetivamente aferível, que prestigie, com proporcionalidade, valores obrigados no texto constitucional.” (Luís Roberto Barroso, A igualdade perante a lei: algumas reflexões, *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, RJ, p. 66)

9 Miguel Reale ensina que: “Além disso, a generalidade possui um sentido deontológico de fundamental alcance nos planos da exegese correlacionável que é o imperativo da igualdade (isonomia); quando se proclama que uma lei deve ser genérica estabelece-se uma correlação ideal entre o princípio de que todos devem ser iguais perante a lei e o de que a lei deve ser igual para todos que se encontram em situações idênticas” (grifo nosso). (*Revogação e Anulamento do Ato Administrativo*, p. 15)

Vimos, deste modo, que a questão relativa da generalidade da lei pode, na hipótese discutida, juntar-se ao princípio constitucional da isonomia para análise dos limites da possibilidade de preservação através de ato legislativo. É, pois, de concluir-se que esta ação do Legislativo encontra restrições constitucionais a partir do princípio da separação de poderes e do princípio da isonomia. Em ambos os casos, será necessário que a lei, ao estabelecer a preservação de forma direta, o faça ao menos para categorias de bens das quais se possa inferir a legitimidade dessa distinção em relação aos demais.



CAPÍTULO 5

O ato de tombamento e seus requisitos

O ato de tombamento, como ato administrativo, tem como pressuposto de sua legalidade o preenchimento, por parte da administração, dos seus requisitos: competência, finalidade, objeto, motivo e forma.

5.1. Da competência

Quanto ao requisito da competência, no nível federal, a decisão do ato de tombamento cabe, precipuamente, ao órgão especificamente designado pelo Decreto-lei 25/37, ou seja, ao Conselho Consultivo do Patrimônio. Isso não quer significar que, no processo do tombamento, não haja a participação de outros órgãos ou agentes administrativos que informem o processo, praticando os atos preparatórios.

A questão da preservação, a cada dia, vem se tornando mais complexa, envolvendo estudos especializados e reflexão da qual participam técnicos de várias áreas. Tradicionalmente, poder-se-ia conceber que o valor cultural de um prédio, em que estivesse em discussão seu aspecto artístico, envolvesse tão somente profissionais da área da arquitetura. Hoje, esta visão restrita do bem cultural acha-se ultrapassada, uma vez que os aspectos de arquitetura, da arte, da história, e de outras áreas de conhecimento especializado, de fato, e para fins de preservação, devem refletir a questão maior, que é a da cultura nacional. Por esta razão é que o trabalho de conceituação do que seja patrimônio cultural exige a participação integrada de outros técnicos, mormente das áreas relacionadas ao estudo do conhecimento epistemológico e filosófico, bem como de áreas de estudo da cultura das sociedades, como a antropologia, a história, e demais ciências sociais. Se o fundamental não é a coisa em si, e sim o seu valor simbólico, é importante detectar não só a questão objetiva da arquitetura de um prédio, por exemplo, mas sua inserção como valor cultural para determinado grupo social.

Face à complexidade desse objeto de trabalho, tão amplo quanto indefinível, é que se tornou necessária, antes da manifestação do Conselho Consultivo, a elaboração de estudos e trabalhos técnicos que examinem e opinem sobre o bem proposto para tombamento. Estes estudos, contudo, não constituem atos administrativos, mas sim procedimentos preparatórios que, encaminhados ao Conselho, facilitarão sua manifestação sobre a matéria proposta.

O ato de tombamento, portanto, é praticado pelo Conselho, através de deliberação coletiva, a ser submetido à homologação ministerial¹. O Conselho Consultivo é o órgão competente para esta decisão, conforme previsto na lei, o Decreto-lei 25/37, complementado pelo que dispõe a Lei 6.292/75². Por conta desses dispositivos legais e específicos, essa competência não poderá ser delegada ou avocada³.

Ao se pautar estritamente no texto legal ordinário (Decreto-lei 25/37), o processo administrativo de tombamento poderia prescindir dos estudos técnicos referidos⁴; o Decreto-lei 25/37, em momento algum, se refere à necessidade dos estudos técnicos. O que é necessário segundo a lei, é a manifestação do Conselho Consultivo, manifestação esta que deverá estar em conformidade com a previsão legal de adequação da coisa ao conceito de bem de interesse público pelo seu valor cultural. No entanto, os Conselhos, em geral, não são órgãos executivos; por esse motivo, e para subsidiar a decisão, é comum que os processos sejam instruídos com estudos técnicos.

1 Maurice Hauriou, ao se referir a atos decisórios executivos, afirma: “On comprend que ces actes soient les plus importantes de tous et que tous les autres actes qui ne produisent pas, par eux-mêmes, effet de droit, ne soient considérés que comme des mesures de préparation ou des mesures d'exécution de ceux-là.” (*Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, p. 425)

2 “La competencia es el poder de querer um effecto jurídico. El ejercicio del poder de querer es la manifestación de voluntad. La manifestación de voluntad es el acto jurídico.” (Gaston Jèze, *Los Principios Generales del Derecho Administrativo*, p. 35)

3 “Par contre une autorité de Police générale ne peut pas intervenir dans um domaine de Police spéciale lorsqu'il apparait que la loi a entendu de reserver à titre exclusif la réglementation de cette police à l'autorité à laquelle elle a donne la compétence.” (André de Laubadère, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, p. 54)

4 Esta é a regra inserida a partir dos textos legislativos ordinários. Em nível federal, no entanto, a administração pública autovinculou-se, quando regulamentou, em portaria, procedimento administrativo de tombamento, estabelecendo a necessidade dos estudos técnicos antes da deliberação do Conselho. (Portaria nº 11/SPHAN, de 11/09/86, publicado no D.O.U. de 12.09.86)

A manifestação do Conselho não se assemelha à do ministro do ponto de vista de sua discricionariedade. Enquanto a manifestação ministerial, pela homologação, tem por objetivo o controle da legalidade, bem como da conveniência e oportunidade do tombamento, a deliberação do Conselho está estritamente vinculada à avaliação do efetivo valor cultural do bem⁵.

A competência, sendo um requisito vinculado do ato administrativo, impõe-se imperativamente à sua validade. Praticado o ato fora dos parâmetros estritamente legais, torna o ato administrativo nulo e, portanto, sujeito à impugnação tanto administrativa quanto judicial.

Ainda que a decisão do Conselho venha, ou não, a ser ratificada pelo ministro, adquirindo ou não eficácia, aceita grande parte dos doutrinadores que a homologação não impede a interposição de recurso administrativo, ou impugnação desde então. Entende-se que o ato, uma vez deliberado, é perfeito, ainda que não eficaz⁶. Esta posição doutrinária predominante parece-nos, entretanto, pouco prática. O ministro de Estado, pela homologação, visará à eficácia do ato, como também, pela não homologação, nega-lhe eficácia, não produzindo este os seus efeitos e, portanto, não gerando direitos ou obrigações; ele apenas existe, sem modificar situações preexistentes⁷. Se do ponto de vista teórico já se pode dizer que é um ato perfeito, do ponto de vista prático e objetivo ele ainda não alterou, criou ou modificou os direitos, de modo a criar interesse jurídico de impugnação administra-

⁵ Comumente a decisão do Conselho Consultivo é baseada nos estudos técnicos. O Conselho, de modo geral, não reestuda o apresentado, mas faz uma avaliação e conferência do que lhe é exposto. Daí a importância da composição do Conselho, já que é a notoriedade cultural e acadêmica dos seus membros que irá legitimar sua deliberação.

⁶ “Ainsi les décisions des autorités soumises à une tutelle ont force exécutoire au moment de leur émission, alors que les approbations tutélaires n’ont pas encore été données: elles peuvent être immédiatement attaquées par les recours pour excès de pouvoir; ainsi encore la notification ou la publication n’ajoutent rien à la force exécutoire: la conséquence est qu’en aucun cas une irrégularité dans la notification ou dans la publication ne saurait entacher d’illégalité la décision qui en a été l’objet.” (Maurice Hauriou, *op. cit.*, p. 428)

⁷ “Il faut, en effet, tenir grande compte de ceci que le pouvoir propre de décision en vue de produire un effet de droit, là où il existe, tend par lui-même à transformer en un droit l’intérêt administratif que l’organe cherche à faire prevaloir. A ce point de vue, le pouvoir propre de décision, révèle le droit propre, parce qu’il affirme le droit en vue de sa réalisation.” (Ibidem, p. 430.)

tiva ou judicial⁸; acrescente-se, portanto, que a impugnação anterior à homologação contrariaria o princípio da eficiência administrativa, já que a manifestação negativa do ministro eliminaria o interesse jurídico da impugnação. Na hipótese em contrário, no entanto, haveria interesse: digamos que, submetidos estudos técnicos ao Conselho Consultivo, este delibere que o bem não possui os atributos necessários para fazer parte do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Por decorrência, esta deliberação não seria enviada para o ministro, já que a Lei 6.292/75 dispõe sobre a homologação ministerial não de todas as decisões do Conselho, mas daquelas que visem ao tombamento, isto é, das favoráveis a ele. Havendo interesse da comunidade, ou de qualquer cidadão no tombamento, a decisão negativa do Conselho seria impugnável no momento de sua comunicação, já que esta negou o pedido de tutela⁹.

O ato de tombamento, conforme previsto no Decreto-lei 25/37, caracteriza-se como ato administrativo; não se pode classificá-lo como um ato político¹⁰. Sendo ato administrativo, é mister que tenha os pressupostos técnicos que constituirão sua motivação.

O Decreto-lei 25/37, inicialmente, havia estabelecido a forma administrativa de sua consecução – com a manifestação do Conselho Consultivo, necessariamente, para os casos por ela previstos de tombamento compulsório, e nos casos de tombamento voluntário a pedido do interessado¹¹. Nos casos de tombamento de bens públicos, ou no caso de tombamento de bens privados, por iniciativa do órgão, ao qual o proprietário da coisa manifestava-se pela anuência, o Decreto-lei 25/37 não

8 Flávio Bauer Novelli defende que: “embora perfeito e válido, enquanto perdurar o estado de pendência, não podem ser levados a efeito, sendo inválidos e eventualmente ilícitos os atos de execução que se antecipem ao pronunciamento do órgão de controle ou ato de comunicação, nem ser impugnados judicialmente, salvo no caso de mandado de segurança – por justa ameaça de violação de direito”. (Eficácia do ato administrativo, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: FGV)

9 Embora haja dever constitucional de tutela dos bens culturais, não tendo sido esse valor cultural identificado em determinado bem pelos órgãos competentes, a comunidade não pode exigir o tombamento, já que a situação jurídica não foi reconhecida e, portanto, criada: decorrentemente, a comunidade tem apenas o interesse e não o direito à tutela. Ver Maurice Hauriou, op. cit., p. 433.

10 Ver art. 7º do Decreto-lei 25/37.

11 Segundo Maurice Hauriou, a função administrativa consiste essencialmente no poder de satisfazer as necessidades públicas pelo poder de polícia administrativa, e pela organização dos serviços públicos. (Op. cit., p. 37)

previa a audiência do Conselho Consultivo. Entretanto, a Lei 6.292, de 15 de dezembro de 1975, dispondo sobre tombamento de bens pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, fez inserir na processualística do tombamento a necessária manifestação do Ministro de Estado da Educação e Cultura, dando-lhe competência para homologação do “parecer” do Conselho Consultivo¹². A partir de então, portanto, em qualquer das hipóteses acima enunciadas, o tombamento far-se-á pela sua inscrição em um dos Livros de Tombo, após a homologação do parecer do Conselho Consultivo pelo Ministro de Estado, hoje Secretário de Estado da Cultura.

A Lei 6.292 de 1975, ao mencionar que a homologação do ministro dar-se-ia com relação ao parecer do Conselho Consultivo, não se referiu explicitamente à hipótese na qual este parecer não se fazia necessário, pelo Decreto-lei 25/37, mencionada anteriormente. Assim, parece-nos razoável interpretar-se que, a partir da edição desta lei, em qualquer hipótese, far-se-á necessário o parecer do aludido Conselho Consultivo, a fim de que haja, em função do mesmo, a manifestação homologatória. Este entendimento é decorrente da própria redação do texto legal, que não fez qualquer exceção ao dispor que:

Art. 1º - 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 da Educação e Cultura, após parecer do respectivo Conselho Consultivo.

O texto citado é afirmativo, não excepcionando qualquer outra hipótese na qual se poderia ter tombamento sem homologação ministerial, firmada sobre o parecer do Conselho Consultivo do órgão do Patrimônio Histórico e Artístico.

O ato do tombamento, como ato administrativo, não poderá produzir seus efeitos legais sem o cumprimento de processualística prevista na lei. Não quis o legislador conferir ao ato do tombamento características de ato político; se assim o fosse, especificaria competência explícita àquele que centraliza os poderes políticos da Nação, no âmbito federal, para

¹² Ver art. 1º da Lei 6.292, de 15 de dezembro de 1975.

que, por ato próprio, fizesse tombamento. Destarte, não obstante ser o chefe do Executivo, hierarquicamente, o titular máximo da administração federal, a ele a lei não deixou qualquer competência para proceder a tombamentos, para o exercício deste poder de polícia¹³. A competência para impor tombamentos, no âmbito federal, restou estritamente para o órgão administrativo previsto no Decreto-lei 25/37¹⁴, complementando o processo com a homologação ministerial. Por consequência, o presidente da República não poderá, nem mesmo por meio de seu poder hierárquico, chamar a si a decisão através da avocação do processo de tombamento¹⁵. Nesse caso, o chefe do Executivo somente poderá influir na decisão do Ministro de Estado, embora cabendo a este exclusiva e discricionariamente a homologação.

Costuma-se, na classificação dos atos administrativos, diferenciar os atos compostos dos atos complexos. Esta diferenciação tem como objetivo básico saber o momento em que o ato administrativo torna-se perfeito e acabado e, portanto, impugnável¹⁶.

O ato de tombamento, da forma em que está atualmente previsto no Decreto-lei 25/37, complementado pela Lei 6.292/75, mais se afina à classificação de ato composto (aceitando-se a existência desta categoria de ato administrativo). O ato composto é aquele que “resulta da vontade de um órgão, mas depende da verificação por parte de outro para se tornar exequível¹⁷. Podemos entender que a homologação ministerial consubstancia-se nesta “verificação”, de caráter discricionário, aferindo-

13 “Ces polices administratives spéciales font chacune l’objet de textes particuliers qui les organisent déterminent aux autorités compétentes pour les exercer et les mesures que celles-ci peuvent édicter.” (André de Laubadère, op. cit., p. 544)

14 “(...) pour savoir quels sont les agents qui ont l’exercice des droits et, par conséquent, peuvent prendre des décisions exécutoires, il faut en référer à la loi qui joue ici le rôle de statut des administrations.” (Maurice Hauriou, op. cit., p. 427)

15 “No poder hierárquico decorrem facultades implícitas para o superior, tais como a de dar ordens, a de fiscalizar o seu cumprimento, a de delegar e avocar atribuições, e a de rever os atos de seus inferiores.” (Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 83)

16 “L’intérêt principal de la distinction entre l’acte simple et l’acte complexe est que le droit positif admet très largement, en point de vue du régime juridique, le caractère dissociable de l’opération complexe, notamment en ce qui concerne les recours contre les mesures qui concourent à cette opération mais en demeurent ‘détachables’.” (André de Laubadère, op. cit., p. 161-6)

17 Hely Lopes Meirelles, op.cit., p. 130.

se com ela a oportunidade e conveniência do tombamento. O ato composto torna-se perfeito com a decisão favorável do Conselho Consultivo. Não obstante a Lei 6.292/75 mencione a expressão “parecer”, este materializa uma deliberação do Conselho.

O ato de homologação da decisão do Conselho, em princípio, daria eficácia ao tombamento, já que os atos homologatórios, como os vistos, têm este objetivo. Entretanto, o próprio Decreto-lei 25/37 estabeleceu o momento dessa eficácia definitiva ao dispor, no parágrafo 1º, do art. 1º, que:

Art. 1º (...)

§ 1º – Os bens a que se refere o presente artigo só serão considerados parte do patrimônio histórico e artístico nacional, depois de inscritos separada ou agrupadamente num dos quatro Livros do Tombo, de que trata o art.4º desta lei. (grifo nosso)

Assim, a própria norma legal estabeleceu, de maneira clara e objetiva, o momento a partir do qual o bem passa a constituir definitivamente parte do patrimônio cultural, decorrendo então daí os efeitos legais do tombamento¹⁸.

Se, por um lado, a homologação ministerial é condição da inscrição de um bem como patrimônio cultural¹⁹, por outro lado sua manifestação negativa, pela não homologação, acarretará, necessariamente, a sua ineficácia, pelo impedimento de sua inscrição no Livro do Tombo.

Os atos administrativos têm como consequência de sua existência a transformação de interesses jurídicos em direitos. Antes da deliberação, há apenas o interesse genérico de proteção dos bens culturais que se materializa, no caso do tombamento, quando da manifestação positiva de vontade da administração em relação a determinado bem²⁰. A partir de então, criam-se obrigações tanto para a administração, consubstanciada no seu poder-dever de tutela, como para o proprietário, e também para a

¹⁸ Ressaltamos que a menção de constituir-se definitivamente patrimônio cultural relaciona-se também com a questão do tombamento provisório, a ser analisado adiante.

¹⁹ Também o ministro não poderá, obviamente, homologar ou praticar ato de tombamento sem o prévio parecer do Conselho Consultivo.

²⁰ Ver nota 6 deste capítulo.

comunidade em geral. O interesse jurídico transforma-se em direito público e coletivo, tutelado pela administração e oponível *erga omnes*²¹.

A deliberação do Conselho Consultivo torna o ato jurídico perfeito, sendo este o ato administrativo principal. Não é, contudo, ato político, em seu conteúdo, uma vez que os agentes que expressam a vontade da administração não o fazem enquanto agentes políticos, mas sim como agentes honoríficos. Destarte, esta manifestação de vontade da administração está condicionada ao atendimento dos pressupostos legais vinculantes desse ato, ou seja, ao efetivo valor cultural do bem. Neste sentido é que se pressupõe a motivação do ato administrativo, de modo a que fique demonstrada, de maneira genérica ou específica, a relação existente entre os pressupostos fáticos e legais do tombamento (valor cultural) e os atributos do bem que está sendo tutelado pelo ato.

Ficando demonstrado o valor cultural do bem, poder-se-ia indagar: o Conselho Consultivo teria possibilidade de deliberar contrariamente ao seu tombamento? A resposta seria negativa. Acreditamos tenha sido neste sentido que Pontes de Miranda, corroborado e citado por José Celso Mello Filho, afirma que o ato do tombamento é um ato vinculado. Havendo os pressupostos legais de valor cultural do bem, a administração tendo o dever constitucional de proteção, não poderá se omitir à prática do ato de tutela.

A mesma pergunta poder-se-ia fazer com relação ao ato homologatório. Ao se entender que com a homologação perfaz-se não só o controle de legalidade, como também um controle de conveniência e oportunidade, poder-se-ia concluir que a apreciação homologatória poderá levar em conta, de forma mais amplamente discricionária, o interesse público daquele ato. Pelo exposto, ainda que demonstrado o valor cultural do bem, esta circunstância não seria absolutamente vinculante para manifestação positiva na homologação, a partir do pressuposto de que nela pode estar inserida avaliação de conveniência político-administrativa. Poder-se-ia contrapor à eventual não homologação, por motivos de conveniência, a mesma colocação quanto ao dever constitucional de preservar. Neste caso, seriam duas as posições: a primeira, de que o preceito constitucional – dever preservar – impõe-se soberana e absolutamente;

21 Ver Maurice Hauriou, op. cit., p. 432.

assim, mesmo que a autoridade homologante optasse pela conveniência político-administrativa da não homologação, restaria a responsabilidade ampla da administração pela omissão na proteção do bem que, demonstradamente, tivesse valor cultural. Posição diversa seria baseada no argumento de que o preceito constitucional é dependente da lei ordinária para sua execução; assim, a Lei 6.292 previu, no procedimento administrativo do tombamento, a decisão amplamente discricionária do ministro; conseqüentemente, ao usá-la, na forma legal, o ministro não estará cometendo nenhuma ilegalidade. Ao contrário, estará avaliando a conveniência, usando da amplitude discricionária que lhe foi conferida pelo ordenamento jurídico e, portanto, nesse caso, não responderia a administração pública por qualquer dano por omissão, pois, não havendo ilícito, não há que se falar em responsabilidade²².

Poder-se-ia indagar ainda sobre o ato homologatório, se haveria para ele algum limite. Somos pela afirmativa. O ato homologatório, ainda que de controle político-administrativo, não deve ferir os princípios básicos que regem a administração pública em geral, sobretudo quanto à moralidade, ao seu poder-dever, como também sua discricionariedade não poderá ser substituída por arbitrariedade. Daí resultar evidente que a não homologação de tombamento de um bem que tenha valor cultural só se justificará se outro interesse público se impuser, implicando escolha de oportunidade e conveniência entre um e outro. Ainda que de difícil verificação e comprovação, tendo a discricionariedade da homologação ultrapassado as fronteiras da legalidade ou legitimidade e, portanto, se tornando arbitrária, este ato poderá ser objeto de impugnação e questionamento judicial²³.

²² A decisão do Conselho implica efeito reflexo do ato, qual seja, o poder-dever do ministro em praticar o ato controlador. Ver Celso Antonio Bandeira de Mello, *Elementos do Direito Administrativo*, p. 40.

²³ Esta é a posição que nos parece mais adequada ao sistema jurídico brasileiro vigente. Ver opinião divergente em Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo Santos, *Tombamento. Uma análise constitucional. Aspectos da discricionariedade aplicáveis ao instituto*, 1987.

Com relação a este assunto, não há qualquer jurisprudência que possa, ainda que preliminarmente, dizer qual seria a orientação dos nossos Tribunais.

No que tange à matéria de responsabilidade, é interessante notar que na aplicação da Lei 7.347/85, não havendo tombamento, e acreditando ter a coisa valor cultural, o Ministério Público tem proposto inúmeras “ações civis”. Não contra a administração, que eventualmente tenha se omitido da prática do ato de proteção, e, portanto, seria responsável pela não tutela do bem, mas contra o proprietário da coisa que, de direito, a estava usando conforme o ordenamento legal até então aplicável.

Resta ainda mencionar a questão de competência para o tombamento provisório. Este está previsto no art. 10 do Decreto-lei 25/37, que destaca dois momentos do processo, relacionando-os aos seus efeitos jurídicos.

O art. 10, acima mencionado, atribui à notificação, feita ao proprietário do bem, efeitos de tombamento provisório. Interessante notar que a competência para a notificação não é necessariamente do diretor do órgão. O art. 5º do Decreto-lei 25/37 explicita apenas a competência do diretor do órgão para decidir quanto ao tombamento de bens públicos. Para tombamento de bens privados, voluntário ou compulsório, a referida lei, no seu art. 9º, apenas menciona:

Art. 9º (...)

1º) O Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, por seu órgão competente, notificará o proprietário para anuir ao tombamento (...) (grifo nosso)

Pelo disposto, a lei deixou espaço para que decreto regulamentar estabelecesse a autoridade competente para decidir quanto à notificação (e tombamento provisório), nos casos de tombamento de bens privados.

Esta distinção entre a autoridade competente para ordenar a notificação para os casos de tombamento de bens públicos e bens privados é bastante compreensível, nos termos do Decreto-lei 25/37, antes da vigência da Lei 6.292/75; isto porque, até então, o tombamento de bens públicos (pelo referido decreto-lei) prescindia de apreciação pelo Conselho, fazendo-se,

(...) de ofício, por ordem do Diretor de Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional,

(art.5º do Decreto-lei 25/37), mas devendo “ser notificado à entidade a quem pertencer, ou sob cuja guarda estiver a coisa a ser tombada, a fim de produzir os efeitos necessários”. A rigor, antes da vigência da Lei 6.292/75, para o tombamento de bens públicos não se fazia necessária a notificação (tombamento provisório), já que a matéria não seria submetida à decisão do Conselho. Deste modo, assim que o processo estivesse devidamente informado, a decisão do diretor do órgão seria suficiente para inscrição do bem no Livro do Tombo, consubstanciando o ato de tombamento definitivo. (O diretor

do órgão sob cuja guarda estivesse o bem seria comunicado da decisão – art. 5º, Decreto-lei 25/37). No entanto, com o advento da Lei 6.292/75, todo tombamento há de ter parecer do Conselho Consultivo para que, sobre esta deliberação, haja a manifestação homologatória. Por conseguinte, como o mencionado art. 5º tratava exclusivamente do tombamento definitivo de ofício, de bens pertencentes à União, Estados e Municípios, através da notificação, não há mais como aplicá-lo, já que pelo que dispõe a Lei 6.292/75 não mais poderá haver tombamento de ofício. Ressalte-se, no entanto, que apesar de não mais haver o tombamento de ofício, a essas pessoas jurídicas não é dada a prerrogativa legal de impugnação do tombamento no curso do processo, já que o Decreto-lei 25/37 explicita que tombamento voluntário e compulsório, com anuência ou impugnação à notificação, somente se refere às pessoas jurídicas ou físicas de direito privado.

Finalmente, há que se mencionar o Decreto-lei 3.866, de 29 de novembro de 1941, que dispõe sobre o cancelamento do tombamento de bens do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. No seu único artigo, esta norma dá competência ao Presidente da República para, “atendendo a motivo de interesse público”, determinar, “de ofício ou em grau de recurso, interposto por qualquer legítimo interessado, seja cancelado o tombamento de bens” públicos ou privados.

Desse modo, foi atribuída ao Presidente da República competência específica, cuja decisão encerra, na apreciação dos motivos, alto grau de discricionariedade. Entrementes, faz-se necessário que o cancelamento do tombamento se justifique por motivo de interesse público, e não arbitrariamente, motivo este que pode ser apreciado por provocação do interessado em recurso, ou de ofício. Como o interesse público pode ser superveniente ao tombamento, somos de opinião que ele pode ser alegado a qualquer momento. Havendo interesse público para cancelamento do tombamento, pode a administração pública rever seus próprios atos. Se o interesse público for relacionado ao próprio mérito do tombamento, a revisão do ato administrativo pode ser feita pelo próprio órgão que o praticou; entretanto, se se tratar de outro interesse público federal, que obste ou se contraponha à permanência do tombamento, refoge à competência do órgão do Patrimônio Histórico a avaliação sobre a prevalência de um ou outro interesse. Nesta hipótese, somente ao chefe do Executivo cabe optar entre um ou outro interesse federal conflitante.

5.2. Da forma e do procedimento

5.2.1. Tombamento voluntário e compulsório, e a notificação

O Decreto-lei 25/37 previu apenas alguns aspectos relacionados ao processo de tombamento e à sua forma²⁴. Já foi dito que o ato de tombamento é a manifestação positiva de vontade, feita pelo Conselho Consultivo, no sentido de que determinado bem integre o Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Essa decisão, para produção de seus efeitos, sujeita-se ao controle mediante homologação.

O tombamento de bens reveste-se de aspectos jurídicos complexos, além de não prescindir de estudos técnicos aprofundados relacionados com o sentido e a compreensão do que seja valor cultural. Daí porque, independentemente de previsão legal, são elaborados estudos técnicos que embasam a decisão do Conselho Consultivo. O Decreto-lei 25/37 não faz menção a esses estudos, fato este que não os torna obrigatórios. Entretanto, eles se impõem, não por força da letra da lei, mas para esclarecer a motivação do ato administrativo, explicitando a relação entre a escolha de determinado bem e o interesse público de conservá-lo.

Os estudos, os pronunciamentos, os encaminhamentos da matéria até esta chegar à decisão do Conselho Consultivo, formam o processo administrativo de tombamento. Não obstante ser a decisão do Conselho o ato de manifestação de vontade do poder público, a instrução do processo de tombamento torna-se de grande importância não só para subsidiar sua decisão, como também para informar quanto a aspectos fundamentais do tombamento, isto é, precisar seu objeto, determinar sua característica e sua expressão enquanto bem de valor cultural do País.

Em relação ao processo de tombamento, o Decreto-lei 25/37 especifica dois procedimentos: o tombamento voluntário e o tombamento compulsório. Esta distinção baseava-se no fato de, no primeiro caso, o proprietário solicitar o tombamento ou anuir com ele. O tombamento compulsório dar-se-ia quando o proprietário do bem impugnasse o tombamento. O principal motivo da distinção legal consistia na desnecessidade de delibe-

24 “Beaucoup des décisions ne peuvent d’après la loi être prises qu’en conclusion d’une procédure dans laquelle interviennent plusieurs organes, dont les délibérations concordantes sont nécessaires: l’est ce qu’Hauriou appelait une ‘opération à procédure’.” (Marcel Waline, *Droit Administratif*, p. 436)

ração do Conselho Consultivo para tombamento voluntário, exceto na hipótese de ter o proprietário solicitado o tombamento (art. 7º do Decreto-lei 25/37). No tombamento compulsório, a impugnação apresentada seria submetida ao Conselho, juntamente com a resposta dada a ela pelo órgão do qual tivesse emanado a iniciativa do tombamento (art. 9º, VIII).

O art. 9º do Decreto-lei 25/37 estabelece que o proprietário tem o prazo de 15 (quinze) dias para manifestar-se sobre o tombamento do bem, prazo este contado a partir do recebimento da notificação. O *caput* refere-se ao processo de tombamento compulsório, e o seu item 2º enquadra dentro desta hipótese também o caso de não haver resposta do proprietário à notificação; mas, isto acontecendo, o Decreto-lei 25/37 previa a inscrição do bem por simples despacho do diretor do órgão.

Resumindo, o Conselho Consultivo seria ouvido em duas hipóteses: pelo processo previsto no Decreto-lei 25/37, no caso de o proprietário solicitar o tombamento e no de impugnação, configurando-se o tombamento compulsório. A distinção entre tombamento voluntário e compulsório está hoje, no seu aspecto prático, superada pelo entendimento de que a Lei 6.292/75, que dispõe sobre a homologação ministerial, não dispensa o parecer do Conselho Consultivo para nenhum tipo de tombamento. Assim é que, com o advento desta lei, todos os tombamentos, sejam eles voluntários ou compulsórios, passaram a ter a necessária manifestação do Conselho Consultivo. Desse modo, o processo de tombamento segue a seguinte tramitação, à vista do Decreto-lei 25/37 c/c a Lei 6.292/75: o proprietário do bem é notificado, tendo o prazo de 15 (quinze) dias para anuir, ou não, ao tombamento. Havendo impugnação, o órgão que encaminhou o tombamento manifestar-se-á sobre ela, enviando o processo à apreciação do Conselho. Não havendo impugnação no prazo legal, o processo também será encaminhado ao Conselho, para deliberação. Em ambos os casos, após manifestação do Conselho, submeter-se-á a decisão à homologação ministerial.

O Decreto-lei 25/37, dispondo apenas sobre o essencial para atender ao princípio da legalidade, menciona que o proprietário do bem será notificado, sem determinar a forma desta notificação. Deixou-se aí espaço para regulamentação através de decreto. Discute-se se a notificação haveria de ser pessoal ao proprietário, ou não. A questão envolve uma série de indagações que interferem no curso do processo de tombamento, e que se relacionam, muitas vezes, com a possibilidade de cumprimento efetivo do procedimento previsto e,

consequentemente, com a questão da legalidade do processo administrativo. Poder-se-ia exemplificar arguindo sobre a legalidade de um tombamento no curso do qual o órgão competente notifica aquele que aparentava ser o titular do domínio, mas que, devido a razões jurídicas supervenientes, já não mais o é; ou a hipótese em que não há possibilidade jurídica e fática de se identificar o titular do domínio, já que não consta no registro imobiliário sua indicação.

Para responder a essa e a outras indagações é necessário acentuar a finalidade jurídica da notificação, caracterizando sua natureza dentro do sistema jurídico da administração pública. Conforme previsto no Decreto-lei 25/37, a notificação era um dos elementos em função dos quais se diferenciava o tombamento voluntário e o compulsório. Se o proprietário anuísse ao tombamento, o bem era inscrito no Livro do Tombo de ordem do diretor do Serviço (art. 7º). Caso o impugnasse, suas alegações, junto com a justificativa técnica dada pelo órgão, iriam à apreciação do Conselho Consultivo; isto é, a impugnação gerava a necessária apreciação pelo Conselho Consultivo acerca do bem a ser tombado. Com o advento da Lei 6.292/75, entendemos que a deliberação do Conselho Consultivo é necessária para qualquer tipo de tombamento, tendo, com isso, igualado o procedimento administrativo do tombamento voluntário ao do tombamento compulsório.

Não havendo mais esta diferenciação prática, decorrente da impugnação ao tombamento, qual seria a função jurídica da notificação? É comumente afirmado que a notificação tem por objetivo formar o contraditório dentro do processo administrativo de tombamento. Entende-se que ela se impõe como princípio básico de formação deste processo administrativo, e de sua legalidade, sem a qual poder-se-ia alegar cerceamento de defesa. Faz-se, aí, analogia direta e simplista ao princípio do contraditório, necessário à formação de qualquer processo judicial²⁵.

25 “Segundo o Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – PN, Apelação Cível 311/82 de Curitiba, de 22.06.82: “(...) Há necessidade de notificação ao ato de tombamento, suficientemente clara, de modo a tornar possível a defesa no processo administrativo. Os Ofícios 177/74 e 180/74 do DPHA de notificação para concordar ou impugná-lo não possuem fundamentos, sem indicação dos motivos ou razões, impossibilitando a defesa que obrigou-a à defesa em tese, sem conhecimento do fundamento e razões do tombamento, havendo omissão de qual livro seria anotado. (...) Sendo o processo administrativo *contencioso*, se rege pelo princípio constitucional do contraditório e com direito a recurso ao órgão superior, que o Conselho nega com esteio em disposições inconstitucionais (...)”.

Sobre o assunto, A. Cotrin Neto exemplifica com o Direito Processual Administrativo alemão, em que o Direito Processual Civil empresta em parte seu pensamento central à formação do processo administrativo, mas que com ele não se confunde, pois que visam fins diversos: a sentença e o ato administrativo.

Não parece cabível, no entanto, simples analogia neste sentido. A formação do processo administrativo rege-se por princípios próprios, que o direcionam e o balizam em função do atendimento de interesses coletivos. Neste sentido diverge, em certos casos, da relação processual judicial, que se forma a partir de um direito alegado, que é resistido pela outra parte²⁶. Na relação processual judicial as partes estão em posição de igualdade perante o juiz, não importando ser, qualquer delas, pessoa de direito público. A prestação jurisdicional do Estado está em estabelecer e declarar o direito controvertido pela pretensão divergente das partes – a lide. No processo administrativo que ora examinamos não há lide e, conseqüentemente, não há necessariamente contraditório; não há necessariamente direito de uma parte que é resistido pela outra. O processo administrativo de tombamento visa, basicamente, ao estudo e exame, pela administração, do mérito da imposição da restrição a determinada propriedade em função do interesse público. Para proteger a cultura, obrigação constitucional do poder público, os entes políticos, através da administração, exercem seu respectivo poder de polícia, conformando o exercício dos direitos individuais ao interesse público, que os condiciona e limita. Portanto, não se pode afirmar que neste processo administrativo haja, essencialmente, contraditório, pois pode não haver conflito de direitos²⁷. Pode não haver direito resistido ou oposto, já que o direito individual deve ser adequado ao interesse público. A impugnação ao tombamento, portanto, deve ser entendida não como uma contestação, mas como forma de recurso administrativo.

Também o conteúdo jurídico destas peças processuais – a contestação no processo judicial e a impugnação no processo administrativo – é de natureza diversa. Na contestação, o réu apresenta a defesa do seu direito, pretendido pelo autor, havendo, pois, uma disputa entre duas pretensões conflitantes e excludentes entre si. Na impugnação, feita no processo administrativo de tombamento, não há qualquer disputa de direito pretendido e resistido.

26 José Cretella Jr. diz: “(...) a expressão global contencioso administrativo é uma *contradictio in terminis*, porque não é possível haver contenda ou litígio onde há, ao mesmo tempo, ausência de direito violado (...)” (Citado por Francisco Mauro Dias, *Contencioso Administrativo na Constituição Estadual*, 1977)

27 “De uma maneira ou de outra, apresenta-se o processo administrativo como gracioso ou contencioso, seja de interesse público ou particular (...)” (Manoel de O. Franco Sobrinho, *Revista dos Tribunais*, 448/12)

Há um interesse público a ser tutelado que, sendo legal e legítimo, se impõe como princípio constitucional; os direitos individuais nascem condicionados a essas imposições de interesse público que se materializam e se concretizam através dos atos da administração no exercício regular do seu poder de polícia. Portanto, o conteúdo da impugnação não se deve fundamentar na existência de interesse individual, ou na expectativa de exercê-lo irrestritamente. A alegação oponível à administração será apreciável somente se o interessado levantar questões relativas à legalidade do tombamento, ou a sua legitimidade, em face do interesse público. São, destarte, inoponíveis à administração, no caso da impugnação, alegações de natureza estritamente privadas, relacionadas a interesses individuais, ressalvados os direitos adquiridos, mas que poderão ser sempre expropriados ou indenizados.

Dessa forma, entendemos que o Decreto-lei 25/37, ao se referir à notificação ao proprietário, não está criando um contraditório como princípio necessário a esta espécie de processo para expedição do ato administrativo de tombamento, mas estabelecendo a legitimidade, o direito e o prazo para o proprietário recorrer da decisão administrativa, ainda que esta não esteja aperfeiçoada com a deliberação do Conselho²⁸.

Dentro do prazo de 15 (quinze) dias, contados do recebimento da notificação, diz o art. 9º, item 1º do Decreto-lei 25/37, o proprietário tem o direito de recorrer da proposta de tombamento, levantando razões de mérito ou de legalidade que obstem aquela pretensão, e de ver apreciada sua argumentação pelo Conselho Consultivo. Feita nesse prazo, a lei garante que haverá necessariamente o exame de suas alegações. Entendemos ser este o único recurso previsto na lei e que faculta ao proprietário, notificado, arguir contra o tombamento do bem do qual é titular do domínio.

Interessante acentuar que o tombamento como ato administrativo não tem efeitos somente em relação ao proprietário do bem tombado. Podemos nos referir, por exemplo, aos efeitos da restrição na ambiência vizinha ao bem tombado, conforme previsto no art. 18 do Decreto-lei 25/37. Entretanto, o decreto-lei não se referiu a qualquer notificação aos proprietários dos imóveis

28 Poder-se-ia dizer que só haverá processo administrativo contencioso naqueles onde houvesse controvérsia a direito individual (ex.: modificação de situação já constituída ou de direito adquirido).

Ora, o condicionamento do direito de propriedade à função social é prerrogativa constitucional do poder público; por isso, quando de sua imposição, não se há de falar, normalmente, em situações definitivamente constituídas ou em direito adquirido.

vizinhos e, conseqüentemente, não lhes atinge. Tanto quanto o proprietário do bem, ainda que de forma indireta, os vizinhos podem ter interesses individuais no não tombamento do imóvel, já que são atingidos com restrições que podem ser quase tão severas quanto as incidentes sobre o bem tombado. Qual a diferença então que poderia ser estabelecida entre um e outro caso?

Entendemos que o legislador quis que o ato de interesse público se impusesse como qualquer ato coercitivo e imperativo da administração pública. Juridicamente, o tombamento de determinado bem, ainda que produza efeitos especialmente com relação ao proprietário do bem, esses se irradiam *erga omnes*, criando obrigação de fazer e não fazer para os vizinhos, para todo cidadão e também para o Estado. Ao contrário do que afirmamos em outro estudo²⁹, não consideramos, hoje, a notificação como forma de publicidade do ato administrativo. A notificação é a oportunidade dada pela lei ao proprietário do bem para que este apresente recurso administrativo ao tombamento. A publicidade do tombamento, como veremos adiante, do mesmo modo que em qualquer ato administrativo, será feita através do órgão oficial de divulgação. Mesmo o tombamento produzindo efeitos contra terceiros que não o proprietário, a lei não previu para eles legitimidade, prazo e forma de recurso. Apenas para o proprietário abriu-se essa faculdade, que uma vez exercida obrigará a administração a apreciar e a manifestar-se sobre as objeções levantadas. Desse modo, entendemos que terceiros, ainda que seus interesses sejam atingidos pelos efeitos do tombamento, não têm direito a recurso específico, por falta de previsão legal³⁰.

Com isto não se deve afirmar que terceiros interessados não possam peticionar junto à administração para, levantando argumentos relativos ao mérito ou à legalidade do ato administrativo, venha ela a apreciar a matéria. O direito de petição é garantia constitucional. Apenas, nesse caso, a administração não será obrigada a submeter suas razões ao Conselho nem, a cada petição, sustentar as razões do tombamento, podendo, quando julgar cabível, nem sequer apreciá-las.

²⁹ Ver Sonia Rabello, op. cit., p. 182.

³⁰ Neste sentido, ver o parecer de Carlos Medeiros da Silva, em 22.02.72 (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 108, 1972, p. 429-44): "(...) Não se notificam, outrossim, os proprietários vizinhos do titular do bem a ser tombado. E não terão eles, ante essa omissão, ou de notificação imperfeita, a oportunidade legal de impugnar o tombamento (compulsório ou voluntário), apesar de seus efeitos recaírem indiscriminadamente sobre esses terceiros, criando-lhes ônus reais de alcance imprevisível (...)."

A notificação tem dois objetivos fundamentais: abrir prazo para recurso ao proprietário do bem e estabelecer o tombamento provisório. Nesse sentido é que consideramos que sua falta não deve necessariamente acarretar a nulidade do ato de tombamento se, em relação ao proprietário do bem, a falta puder ser sanada³¹. Digamos que o proprietário do bem, para onde foi dirigida a correspondência, não se encontra no local ou, supostamente, aquele que a administração notificou não seja proprietário e, conseqüentemente, não tenha havido de fato a notificação. Poder-se-ia considerar que todo o processo de tombamento estaria nulo pela não notificação ao proprietário? Entendemos que não³². Não poderia o ato de interesse público ser sacrificado em razão de erro justificável e sanável pela administração. Para que haja nulidade do processo de tombamento seria necessário que a falta de notificação fosse infração legal manifesta e comprovada por parte da administração. Entendemos, como Miguel Reale, que para legitimar o anulamento “é necessário que haja lei cujo desrespeito, manifesto ou comprovado, tendo em vista os fins determinantes, importe na caracterização de sua invalidade” (grifo nosso)³³. Ora, o objetivo da notificação, como dissemos, é abrir prazo para recurso ao proprietário do imóvel. Se este, por erro justificável, deixou de ser notificado, abrir-se-ia então, para ele, o prazo legal do recurso para que, querendo impugnar, sejam suas razões reapreciadas pelo Conselho Consultivo³⁴. Assim,

31 “La nullité relative diffère essentiellement de la nullité absolue, en ce qu'elle ne peut pas être invoquée par tout intéressé mais seulement par ceux pour la protection de qui cette nullité a été expressément prévue par la loi. Cette idée qui, dans certains cas, seuls, ceux en faveur de qui a été prescrite une certaine formalité, peuvent se prévaloir de l'omission de celle-ci, est appliquée par la jurisprudence administrative.” (M. Waline, op.cit., p. 448)

“(…) par ailleurs, dans le controle administratif, l'administration peut non seulement détruire les effets de l'acte en l'annulant or le retirant, mais aussi le modifier, le réformer.”(André de Laubadère, op. cit., p. 213)

32 Segundo o Acórdão do Tribunal Federal de Recursos – Apelação Cível nº 8.330 (*Revista de Direito Administrativo*, vol.79, jan/mar 1965, p. 235-38): “(...) Resulta, à evidência, a irregularidade da inscrição feita pela Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico, procedida ao arrepio dos dispositivos legais acima mencionados e, quando regular o tombamento, devia dele ser notificada a proprietária, não bastando a seródia comunicação à Municipalidade (...)”.

33 Miguel Reale, *Revogação e Anulamento do Ato Administrativo*, 1980, p. 32

34 “Puesto que toda la actuación de la autoridad administrativa se encamina a obtener um resultado, se explica que procure subsanar los actos administrativos defectuosos. (...) Ante una orden nula solo es lícito mantener su validez cuando el resultado jurídico que pretende pueda conseguirse también por outro procedimiento jurídico, y quepa suponer también in ésta si tenga su realización el propósito de la autoridad administrativa.” (Fritz Fleiner, *Instituciones de Derecho Administrativo*, p. 167)

os objetivos e os efeitos resultantes do direito ao recurso seriam satisfeitos, atendendo-se com isso a finalidade legal. Entendemos que o erro ou falta justificável da notificação ao proprietário não retira a validade pública do ato de tombamento com relação a terceiros. Este se torna eficaz com sua inscrição no Livro do Tombo (§ 1º, art. 1º do Decreto-lei 25/37), ressalvados, porém, os efeitos em relação ao proprietário, se este não foi notificado, e desde que não se apresente, voluntariamente, no processo³⁵. Quanto ao efeito do tombamento provisório, entendemos que este não opera enquanto não notificado eficazmente o proprietário, mas somente contra este. Se a notificação foi enviada, ainda que com erro justificável de destinação, operará efeitos contra terceiros, se publicado o ato³⁶.

Devem-se distinguir os efeitos da notificação, dirigida ao proprietário do bem a ser tombado, da publicidade do ato administrativo *erga omnes*. Esta última, sendo princípio da administração, faz com que os atos administrativos sejam presumidamente conhecidos por todos, implicando seu cumprimento imperativo. A publicidade do ato lhe dá reconhecibilidade social. Antonio Carlos Cintra do Amaral, ao se referir a ato administrativo, diferencia notificação e publicidade, dando a esta última o efeito da abrangência ampla do ponto de vista social³⁷.

A diferenciação que se faz, no tombamento, entre notificação ao proprietário e publicidade do ato de tombamento, não impede que estes dois momentos do procedimento administrativo se materializem em um mesmo instrumento. Em momento algum o Decreto-lei 25/37 referiu-se, como já foi dito, à forma de se fazer a notificação. Consequentemente, não se pode inferir que ela será necessariamente pessoal. A administração pode e deve regulamentar o assunto. Não o fazendo, será aceitável notificar o proprietário da forma que seja mais conveniente e segura à administração pública para atender a seu interesse e à exigência legal.

35 “Dès le jour où il est fait [o ato administrativo], et sans qu’il soit nécessaire d’attendre la notification, l’acte est déjà susceptible d’exécution dans toute la mesure ou celle-ci ne préjudicie pas aux droits des tiers.” (Marcel Waline, op. cit., p. 547.)

36 “Les effets juridiques de l’acte administratif non encore publié découlent du principe général indiqué ci-dessus: l’absence de publicité n’ataint pas la validité de l’acte, mais l’acte occulte est inopposable aux administrés.” (André de Laubadère, op.cit., p. 174)

37 “Quando se diz, pois, que o ato administrativo é perfeito significa que a declaração estatal se tornou socialmente reconhecível como tal.” (Antonio Carlos Cintra do Amaral, *Extinção dos Atos Administrativos*, p. 95)

A notificação pessoal ao proprietário pode ser a forma escolhida pela administração para os casos compatíveis com este tipo de notificação, sobretudo nos tombamentos de bens individuais, quando o proprietário é indubitavelmente identificável (e achável). Essa notificação, no entanto, não supre a necessária publicidade do ato, no órgão oficial, para produção de efeitos contra terceiros.

Há casos, no entanto, em que a administração opta por fazer notificação por edital, por ser este o meio mais seguro e eficaz não só de identificar os proprietários, como também de garantir a presunção de sua ciência (nas hipóteses de tombamento de conjuntos urbanos, de condomínios com condôminos ausentes ou não identificáveis, de grandes áreas urbanas ou rurais etc.)³⁸.

A notificação por edital, sem dúvida mais tranquila e segura para a administração, pode neste mesmo instrumento ser a própria publicidade do ato em relação a terceiros.

Não havendo norma que especifique a forma de notificação, cabe à administração a escolha de fazê-la mais segura e eficaz para o interesse público, sem detrimento do direito de o proprietário conhecê-la e recebê-la, seja factualmente ou presumidamente, como no caso do edital.

5.2.2. Os prazos

Quando se menciona a questão do processo de tombamento, devemos nos referir, necessariamente, à questão dos prazos. É interessante observar que o Decreto-lei 25/37 estabeleceu apenas três prazos específicos: o primeiro, já mencionado, é o prazo de 15 (quinze) dias para o proprietário, após o recebimento da notificação, anuir ou impugnar o tombamento; os outros dois prazos estão especificados no item 3º do art. 9º, *in verbis*:

38 “Toda orden ha de ser comunicada al interesado. La forma em que há de efectuarse esta publicación (notificación), depende de la naturaleza de la orden. Así, por ejemplo, las órdenes de índole individual de la Administración pública han de ser comunicadas a cada obligado, por lo general en forma escrita, mientras que para las disposiciones dirigidas a um número ilimitado de personas hasta fijar um edicto público.” (Fritz Fleiner, op. cit., p. 155)

Art. 9º (...)

3º) se a impugnação for oferecida dentro do prazo assinado, far-se-á vista da mesma, dentro de outros quinze dias fatais, ao órgão de que houver emanado a iniciativa do tombamento, a fim de sustentá-la. Em seguida, independentemente de custas, será o processo remetido ao Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que proferirá decisão a respeito, dentro do prazo de sessenta dias, a contar do seu recebimento. Dessa decisão não caberá recurso.

Logo no início, o item 3º do art. 9º quer indicar que a impugnação feita pelo proprietário só será apreciada, tanto pelo órgão técnico quanto pelo Conselho Consultivo, se tiver sido feita no prazo legal. Portanto, sendo intempestiva, não estará a administração obrigada a apreciá-la, uma vez que o interessado não exerceu o seu direito no prazo legal. Não obsta, contudo, que a administração aprecie a impugnação intempestiva, se assim julgar conveniente, mas fora do prazo esse exame não será cogente para a administração³⁹.

Sendo tempestiva, o órgão do qual tiver emanado a iniciativa do tombamento terá 15 (quinze) dias para sustentá-la. A lei refere a 15 (quinze) dias *fatais* (grifo nosso). Indaga-se qual a consequência legal caso a administração não cumpra este prazo. A lei não se refere às consequências, nem há qualquer referência jurisprudencial sobre o assunto. Parece-nos, no entanto, que a ênfase dada ao prazo não poderia senão acarretar a caducidade ou a preempção do processo de tombamento, com o desaparecimento de todos os efeitos porventura vigentes, como o de eventual tombamento provisório. Desrespeitado o prazo para responder à impugnação, o processo administrativo seria atingido por este descumprimento legal. O interessado poderá então solicitar à administração que declare a nulidade do ato de tombamento. Tratando-se de questão de legalidade do ato administrativo, a matéria é susceptível de apreciação pelo Judiciário, caso a administração se mostre inerte nas providências solicitadas pelo interessado, ou negue seu direito.

39 “De esto se deduce, por otra parte, que el ciudadano puede también solicitar em cualquier momento que se modifique o derogue una disposición dictada para él, alegando que el interes común no requiere ya que sea mantenida.” (Ibidem, p.159)

O outro prazo mencionado ainda no item 3º do art. 9º é o de 60 (sessenta) dias para o Conselho Consultivo apreciar a impugnação e sua sustentação. Interessante notar que a lei não assinalou prazo para que, após a sustentação da impugnação pelo órgão técnico, esta fosse remetida a Conselho: apenas se referiu à expressão: “Em seguida...”. O prazo de 60 (sessenta) dias dado ao Conselho para decisão é contado a partir do recebimento por este (normalmente por sua secretaria) do processo. Não existe, portanto, prazo assinalado para remessa do processo ao Conselho, mas depois de remetido, este terá que se reunir e decidir em 60 (sessenta) dias. Tal como o prazo anterior, a lei não dispôs sobre as consequências do não cumprimento deste prazo, mas afirmamos que seriam aplicáveis os mesmos efeitos mencionados.

Há ainda que se ressaltar que os prazos não assinalados especificamente na lei, como o da remessa do processo ao Conselho para apreciação, não dão à administração possibilidade de abusar deste espaço de tempo. Nesse caso, a lei menciona que será “em seguida” e, portanto, estando entre dois prazos fatais, a remessa será feita dentro de um tempo razoável para se exarar um despacho e fazer a remessa do processo administrativo dentro dos trâmites burocráticos normais.

A lei também não determinou prazos para os estudos de tombamento, mas feita a notificação, cuja consequência é o tombamento provisório, correm os prazos assinalados para impugnação, para sua resposta, o tempo razoável de remessa do processo ao Conselho e o prazo desta sua apreciação.

A Lei 6.292/75 também não assinala prazo para a homologação do ministro; será aplicável, no caso, os prazos de tramitação e decisão razoavelmente avaliados ou, se houver, os prazos assinalados para os processos administrativos em geral.

Para todas as hipóteses acima mencionadas, para as quais não há prazos assinalados na lei, aplicam-se os prazos gerais da administração para tramitação dos seus processos. Na falta destes, aplicar-se-ão os princípios da eficiência e da boa administração, que obrigam a administração a decidir em prazos razoáveis, apreciáveis pelo Judiciário os casos de eventual abuso de poder, quando a autoridade não decide ou não faz tramitar o processo regularmente.

5.3. Do objeto material do tombamento

5.3.1. Dos objetos em geral

O Decreto-lei 25/37 especificou o interesse público a ser protegido pelo órgão competente – o “patrimônio histórico e artístico nacional”. Interessante a redação dada ao art. 1º do Decreto-lei 25/37, uma vez que é o conjunto dos bens móveis e imóveis que constitui o “patrimônio histórico e artístico nacional”; isto significa que cada bem faz parte dessa universalidade, partes estas identificáveis pelo interesse público que sua conservação possa trazer.

Art. 1º - Constitui o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto de bens móveis ou imóveis, existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

§ 1º (...)

§ 2º - Equiparam-se os bens a que se refere o presente artigo e são também sujeitos a tombamento 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.

Vários são os aspectos apreciáveis neste artigo, a começar pela sua referência genérica, quanto ao objeto de sua ação – qual seja, a organização e proteção da universalidade que denominou de “patrimônio histórico e artístico nacional”. Mais preciso, no entanto, seria denominá-lo de patrimônio histórico e artístico federal, já que se refere a bens de interesse da União que, no âmbito de sua competência executiva, resolveu proteger sem que, com isso, tenha afastado as competências estaduais e municipais de instituírem e formarem seus respectivos patrimônios históricos e artísticos. (A palavra nacional vem sendo usada no sentido de abarcar interesses não só federais como também estaduais e municipais. Assim, não se deve entender, com a menção da palavra nacional no texto do Decreto-lei 25/37, que esta compreende a universalidade dos patrimônios estaduais e municipais.)

O Decreto-lei 25/37 diz respeito, precipuamente, à proteção federal. Consequentemente, alguns dispositivos aí contidos aplicam-se basicamente à ação federal, como, aliás, se pode inferir de diversos dos seus dispositivos, sobretudo quando se referem à processualística de atuação do órgão competente para preservar (art. 4º e segs., art. 14 e segs.).

Alguns artigos do Decreto-lei 25/37, no entanto, referem-se aos estados e municípios (art. 11 e art. 22). O primeiro estabelece a inalienabilidade especial dos bens tombados pela União e pertencentes ao seu patrimônio, ao patrimônio dos Estados e ao dos Municípios; o segundo, também se referindo aos bens tombados pela União, estabelece direitos de preferência à União, aos Estados e Municípios, caso o particular queira alienar bem tombado de sua propriedade. Não há nesses artigos nenhuma menção a bens tombados pelos Estados e Municípios. Nesses casos, não está a União, evidentemente, regulando ou referindo-se a tombamentos feitos por estes outros entes políticos, mas estabelecendo efeitos jurídicos para os bens públicos ou privados que tenham sido por ela tombados. Apenas o art. 23 refere-se à complementariedade de legislação estadual. Este artigo, que em face das Constituições anteriores surgiu inconstitucional, hoje, pela Constituição de 1988, porque com ela compatível, readquire legitimidade ante o ordenamento da Carta Maior.

O art. 1º do Decreto-lei 25/37, ao referir-se ao objeto de sua proteção, se ajusta 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, 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. O reconhecimento pelo Estado do valor de determinado bem não se resume em, unicamente, estabelecer o poder do Estado de agir na tutela desse bem. Instituída pelo processo legal a tutela, esta cria para o cidadão, automaticamente, um direito público subjetivo de ver protegido o bem que constituiu o patrimônio histórico e artístico nacional. Ao in-

divíduo, embora não titular de domínio do patrimônio, é deferido o interesse e sua defesa. Como o patrimônio constituído pela União através do Decreto-lei 25/37 é federal, pressupõe-se que todo cidadão nacional tenha interesse e legitimidade para ação que vise protegê-lo, seja onde for que o bem se localize, ainda que em local diverso do domicílio do cidadão. É certo que à União cabe diretamente o poder de tutela, mas, por princípio já assentado em Direito Administrativo, a esse poder corresponde o dever de agir (princípio do poder-dever). Se assim não o fizer, colocando em risco a preservação do bem cultural, cria-se para o cidadão o direito, perante o Estado, de exigir a proteção, pelos meios processuais próprios.

As partes que constituem a universalidade, objeto da tutela federal, podem ser “bens móveis ou imóveis”. Imediatamente verifica-se que o tombamento só poderá se materializar sobre a coisa, pois só as coisas são móveis ou imóveis. Ficam, portanto, excluídos da proteção, através de tombamento, os direitos ou bens imateriais que, ainda que também possam merecer a proteção do Estado, são insusceptíveis de ser tombados, pois não são coisas. Nesta hipótese estão incluídos, por exemplo, as manifestações culturais, as práticas religiosas, os hábitos sociais, as metodologias industriais e outras práticas equivalentes. Não que estes aspectos da produção cultural da sociedade não mereçam a proteção do Estado; ao contrário, é sabido que a formação cultural se faz a partir do conjunto de bens e práticas cotidianamente mantidas, e que só através delas se pode evoluir para a formação da cidadania. Entretanto o tombamento, como instrumento específico, dirigiu-se para a preservação das coisas móveis e imóveis, pois assim está especificado no art. 1º do Decreto-lei 25/37. O que não se inclui nas categorias jurídicas de bens móveis ou imóveis terá que merecer outra forma jurídica de proteção, prevista em outro diploma legislativo. A Constituição não restringiu as formas e fórmulas legais de proteção; o tombamento é uma delas, aplicável a uma determinada categoria de bens – os móveis e imóveis. Para as outras categorias não materializáveis não é próprio o uso do instrumento do tombamento para protegê-los.

A classificação de bens móveis ou imóveis encontra-se definida nos artigos 43 e 47 do Código Civil. Vale ressaltar alguns aspectos relativos a esta classificação. O primeiro deles refere-se a tombamento de conjunto (o tombamento, neste caso, irá abranger não uma coisa individualizada):

são as hipóteses de tombamento de determinada biblioteca, ou de coleção de obras de arte de um museu, ou tombamento de uma cidade (ou de seu núcleo histórico)⁴⁰. Evidentemente que, tanto no caso de tombamento de conjunto de bens móveis como no de imóveis, as coisas em si não perdem sua característica individual para efeitos civis, mas, para efeitos de tombamento, tornam-se uma só – o bem tombado. No tombamento do centro histórico da cidade de Salvador, o que se está tombando pelo ato administrativo não é cada imóvel individualmente, mas sim o todo. Daí porque o § 1º do mesmo art. 1º refere-se à inscrição separada ou agrupadamente dos bens no Livro do Tombo; isto porque o valor, o bem imaterial susceptível de interesse público, é o conjunto e não cada coisa individualmente. O suporte do bem imaterial protegido é a coisa, ou o conjunto de coisas móveis ou imóveis; no entanto, o objeto jurídico de interesse público não é a individualidade, mas aquilo que as coisas representam em seu conjunto. O tombamento de conjunto de bens de valor cultural, móveis ou imóveis, forma uma universalidade de direito que por sua vez compõe a universalidade maior que é o próprio “patrimônio histórico artístico nacional”⁴¹. O interesse maior de se compreender o tombamento de um conjunto de coisas como um todo refere-se especialmente aos seus efeitos jurídicos, embora a coisa individual continue a existir, como propriedade individualizada para o titular do direito.

Não poderá haver tombamento sem a especificação do bem, móvel ou imóvel, sobre o qual incidirão os efeitos do ato administrativo. O art. 1º do Decreto-lei 25/37 dispõe que será tombado o conjunto de “bens móveis ou imóveis, existentes no país cuja conservação seja de interesse público”. O art. 1º está aí a apontar o primeiro e principal efeito do ato do tombamento, que é a permanência – a conservação – da coisa, por causa de seu valor cultural; necessária, pois, se torna a determinação do objeto do tombamento, pelo ato administrativo. 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

40 Por exemplo, o tombamento do acervo do Museu de Arte Moderna de São Paulo e o tombamento da cidade de Olinda, pela SPHAN.

41 “Resultando a universalidade de direito de diversas razões e realizando-se para diversos fins, não se submete a regras uniformes.” (Clóvis Bevilácqua, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 187)

de ser tutelado, 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. Dessa 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.

Duas questões podem ser levantadas aí: a primeira é que se o tombamento é do conjunto urbano, é evidente que somente estarão atingidos pelo ato os bens integrantes daquela categoria que compõem o todo – isto é, os imóveis. Se o ato do tombamento transmuta em bem coletivo, para efeitos de tutela jurídica de interesse público bens que podem ser individualmente considerados para efeitos civis, esse ato administrativo, no entanto, não alcança os bens de uma outra categoria, não essenciais, como parte, à formação do todo. Assim, por exemplo, ao se tomar o núcleo histórico de uma cidade, estarão sob a tutela do poder público os prédios, ruas, a vegetação que adere ao solo, os adereços fixados nos prédios, enfim, a paisagem urbana constituída de imóveis. Não estarão tombados os móveis que guarnecem as habitações, nem os automóveis circulantes nos logradouros, pois, sendo bens móveis, não constituem elementos necessários à composição do todo imóvel tombado. O mesmo se dá, com clareza mais evidente, em relação ao tombamento de conjunto composto de coisas móveis. Ao tomar-se o mobiliário de uma casa não se estará tombando, por via de consequência, a casa, e nem mesmo a permanência no local físico onde o conjunto é encontrado no momento do tombamento.

Ainda com relação ao tombamento de bem imóvel, é interessante destacar o caso em que, por exceção, poder-se-ia compreender que o ato de tombamento, ao estabelecer sua tutela sobre coisa desta natureza, estaria também se estendendo sobre algumas coisas móveis que o guarnecem, ainda que não o mencione expressamente. O órgão federal do Patrimônio Histórico e Artístico muitas vezes tombou igrejas unicamente pelo nome que era chamado o templo religioso, não fazendo qualquer menção a bens móveis nele contidos, tais como as alfaias, os

santos e tudo o mais relacionado ao culto. Discutiu-se se poder-se-ia ou não considerar tombados estes bens móveis, já que o ato de tombamento a eles não se referia expressamente. Houve decisões do Poder Judiciário acerca do assunto; em algumas foi mencionado claramente que o bem, objeto da tutela por parte do poder público, era o valor imaterial da coisa. Ao se efetivar o tombamento de templo religioso parece evidente que o que se quer conservar é tudo aquilo que o caracteriza como tal. Assim, caracteriza um templo religioso não só o prédio, bem imóvel com suas características próprias de construção e os objetos que a ele aderem, permanentemente, chamados de bens integrados, mas também os objetos do culto religioso que, embora destacáveis do imóvel sem dano físico, completam sua feição enquanto templo religioso. Quanto aos bens integrados não há dúvida, pois estes, uma vez fixados ao prédio, a ele aderem materialmente. Estes se tornaram imóveis por força do inciso II, do art. 43, do Código Civil, quando especifica que se torna imóvel:

Art. 43 – (...)

II – Tudo quanto o homem incorporar permanentemente ao solo, (...) os edifícios e construções, de modo que se não possa retirar sem destruição, modificação, fratura ou dano.

Contudo, com relação aos bens móveis, como os santos, estes podem ser retirados sem dano material, mas não sem dano imaterial. Parece correto o argumento de que estes se inserem perfeitamente na hipótese prevista no inciso III, do art. 43, do Código Civil, que prevê a chamada acessão intelectual.

Art.43 – (...)

III – Tudo quanto no imóvel o proprietário mantiver intencionalmente empregado na sua exploração industrial, aformoseamento, ou comodidade.

Na acessão intelectual que se opera na imobilização da coisa móvel feita pelo proprietário de modo a colocá-la a serviço da destinação do

imóvel, fica estabelecido um vínculo “meramente subjetivo”⁴² entre o imóvel e seus móveis, passando ambos a formar um só complexo.

A regra daí decorrente é que, pela acessão intelectual, os bens imóveis nessas situações atraem para “as relações de que a coisa se torna objeto, a unidade das regras jurídicas aplicáveis aos bens imóveis”⁴³. A doutrina francesa, ao denominar a acessão intelectual de “acessão por destino”, captou a essência do pensamento que configura esse tipo de relação jurídica⁴⁴. A coisa móvel que é colocada no prédio de modo permanente, a serviço de seu destino de utilidade específica, a ele se agrega, passando a captar os efeitos das regras e relações jurídicas que atingem o próprio prédio. É inescapável desse raciocínio o tombamento aventado. Certamente, os bens móveis religiosos que guarnecem os templos enquadram-se, de forma exemplar, na hipótese de acessão intelectual⁴⁵. Não há como conceber templo religioso sem os objetos dos seus serviços – nestes casos o tombamento não seria da “Igreja tal ou qual”, mas do prédio de número tal. Quando se tomba uma igreja, e não o prédio, o sentido jurídico deste ato se estende não só ao imóvel, mas também a todos os objetos móveis que “por destino” lhe acedem intelectualmente. Há de se acrescentar ainda que, do ponto de vista do ato administrativo, é relevante o fato de que a designação do bem

42 Ver Caio M. da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, p. 361.

43 *Ibidem*, p. 362.

44 Ver Clóvis Beviláqua, *op. cit.*, p. 221.

45 Neste sentido, decidiu o Tribunal Federal de Recursos (Apelação Cível nº 21.477 – Pernambuco – Revista do TFR, nº 29, out/dez.1970, p. 33-37):

[Ementa:] “Os bens que constituem o patrimônio histórico e artístico podem ser inscritos no Livro de Tombo, quer de maneira separada, quer de maneira agrupada (art. 1º, do Decreto-lei 25/37). No caso do Convento S. Alberto de Sicília, situado em Goiânia, Pernambuco, a inscrição abrange o imóvel e móveis que nele se contém, inclusive as imagens de santos.”

[Voto do Ministro Antônio Neder:] “(...) Ora, o fato de o mencionado Convento achar-se inscrito nos dois referidos livros, como coisa de interesse histórico ou obra de arte histórica, e, ainda, como coisa de arte erudita, de logo induz no intérprete a certeza de que a inscrição do Convento nos mencionados livros não se referiu, exclusivamente, ao prédio desse Convento, mas ao todo, como conjunto de imóvel e coisas móveis, formando o que no campo do direito civil se chama bens indivisíveis por força da lei, ou, então, coisas coletivas ou universais, talvez melhor dizendo, universalidades de fato, que são os agregados de coisas corpóreas, como uma biblioteca, uma loja, qual o diz Clóvis ao comentar o art. 54 do Código Civil. (...) Evidencia-se, de logo, que há móveis que, isoladamente considerados, constituem obra de arte, e que há móveis que integram obra de arte, formando um conjunto artístico, como ocorre a certos imóveis e os móveis que o guarnecem. (...) No caso do Convento, restou em que não só o prédio constitui obra de arte, mas, guarnecido com as imagens, essa obra se forma mais valiosa por ser completa (...)”.

como “igreja” e não como “prédio” revela o objetivo do ato de vontade do administrador quando de seu tombamento, como especificação do bem cultural a ser protegido.

A segunda questão refere-se a elementos inseridos no conjunto que, embora tendo a mesma natureza de todo – móvel ou imóvel –, não possuem características de valor cultural individualmente, e nem como parte de todo. É o caso de edifícios novos, inseridos em conjuntos urbanos tombados por seu valor histórico. Estaria tombado o prédio construído no século XX e inserido em conjunto do século XVIII, sujeitando-se aos mesmos efeitos do tombamento?

Claro está que o tombamento do conjunto não se dá pelo valor cultural individualizado de cada parte, mas pelo que elas representam no seu conjunto: é a soma de valores individuais, vistos na sua globalidade; isto porque, tivessem as coisas valores culturais individuais, o tombamento seria individual para cada uma delas – do contrário, sendo o valor um só, formam um bem coletivo. Eventualmente, alguma parte pode não se adequar ao todo; neste caso, ainda sob os efeitos de tutela do tombamento, o grau de modificação ou alteração que será permitido naquela parte poderá ser maior ou menor, mas sempre de modo a adequá-la à composição do todo. As partes que compõem o todo poderão sofrer interferência em maior ou menor grau, em função indiretamente proporcional à adequação e integração contextual do bem jurídico do que se quer proteger.

O mesmo pode acontecer com relação a tombamento de conjunto de bens móveis. Tombada a coleção de um museu, poder-se-ia, posteriormente, desagregar alguma de suas peças? E as peças novas agregadas, passariam a ser automaticamente tombadas ao serem incluídas no acervo?

Partindo-se do princípio de que no tombamento de coleções de bens móveis, ou conjunto de bens imóveis, o que se está tombando não é cada bem em si, mas o valor coletivo que possa ter, entendemos que a coisa individual que nada some à valorização do conjunto poderá ser dele (conjunto) destacada, alterada ou até mesmo substituída. Esta é situação análoga àquela na qual se fazem alterações na coisa tombada individualmente, quando então é possível destacar, alterar, modificar ou até mesmo retirar qualquer de suas partes que não afete o valor da coisa em si desde que, com esta alteração, a coisa continue a conservar suas

características essenciais, motivadoras do tombamento. O fato de o tombamento incidir sobre coisas materialmente individualizáveis não tira o caráter coletivo do bem protegido. Assim, qualquer de suas partes, uma vez destacada do conjunto, perderá a tutela jurídica – um quadro que seja tirado da coleção tombada deixará de ser protegido, por não pertencer mais àquela coleção; por outro lado, inserida uma nova parte do conjunto, esta passará a ter a proteção que incide sobre o todo. Aplicasse, no caso, o regime jurídico da coisa sub-rogada, de modo a resguardar o efeito principal da tutela⁴⁶.

5.3.2. Do objeto quando bem natural

É importante destacar, com relação à categoria de bens tombáveis feita pelo Decreto-lei 25/37, a equiparação estabelecida no parágrafo 2º do art. 1º, que dispõe:

Art. 1º (...)

§ 1º (...)

§ 2º - Equiparam-se aos bens a que se refere o presente artigo e são também sujeitos a tombamento os 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.

A lei não deixa dúvida de que não só as coisas criadas pelo homem podem ser objeto de tombamento, como também os chamados “monumentos”, “sítios” e “paisagens” naturais. Nessas denominações podem ser incluídas quaisquer espécies de elementos da natureza, isto é, poderá ser uma rocha, ou poderá ser todo um sítio florestal, ou mesmo uma

⁴⁶ Este regime jurídico é aplicável, nos seus efeitos, à substituição de coisas que compõem universalidades, sobretudo às chamadas universalidades de direito, onde o todo forma um bem imaterial indiviso. Podemos fazer analogia à sub-rogação real, que, assim, se caracteriza segundo Caio Mário da Silva Pereira: “A sub-rogação real, em que subsiste a mesma idéia de substituição, tem lugar quando um bem toma o lugar de outro bem como objeto de direito. A causa da sub-rogação não altera o efeito.” (Op.cit., p. 375)

paisagem litorânea.

Discute-se a questão da adequabilidade do instrumento jurídico do tombamento para a proteção de elementos da natureza que são vivos ou dinâmicos. Poder-se-ia tombar um rio, uma árvore, uma floresta nativa? Haveria diferença entre os três bens? Juridicamente, todos são coisas e, em tese, sendo coisas, sem dúvida estas podem ter valor ou interesse cultural.

O ato jurídico do tombamento tem uma condição e um objetivo. A condição (motivo) é que a coisa seja um bem de valor cultural, em sentido lato, como veremos adiante; o objetivo (finalidade) é a sua conservação para preservação do patrimônio cultural. O Decreto-lei 25/37 enfatiza, repetidamente, esta finalidade: o *caput* do art. 1º, assim como o seu parágrafo 2º, refere-se a esse efeito jurídico do ato de tombamento. Entretanto, parece adequado explicitar, com exatidão, o que seja conservação.

Conservar é proteger do dano, da mutilação e da descaracterização. Este é o conceito da própria lei (DL 25/37), disposto no seu art. 17. Com isso, a coisa tombada deve ser resguardada de qualquer ação de destruição opcional ou provocada. Não obstante, não é adequado entender a noção de conservação como de permanência absoluta, ou de completa inalterabilidade; ao contrário, se a coisa é, pela sua natureza, mutável, sua conservação importa proteger as condições básicas que permitam a continuidade de suas características, segundo sua própria natureza. Assim é que um rio não pode ter suas águas paralisadas, pois é de sua natureza a água corrente, e que nunca serão as mesmas; no caso, o importante é a conservação de sua paisagem enquanto rio, dentro dessas suas condições naturais.

Por outro lado, a conservação não implica impedimento do desaparecimento natural; pelo contrário, conserva-se para que a coisa cumpra o seu ciclo natural, evitando-se que, antes de cumpri-lo, o ato proposital ou intencional venha a destruí-la ou descaracterizá-la.

Assim, podemos deduzir que, em princípio, não é juridicamente inadequado o tombamento de bens naturais, especialmente daqueles que possam ter características básicas de permanência, a fim de atender o objetivo da lei, que é sua conservação natural.

Já houve, no Brasil, precedentes de tombamentos de bens naturais,

alguns amplos e outros mais específicos. O órgão federal já tombou área de floresta, como no caso do tombamento do Parque Nacional da Tijuca, no Rio de Janeiro⁴⁷; também tombou os rios da cidade de Petrópolis, inseridos que estão na paisagem daquela urbe⁴⁸. Outro caso de tombamento de sítio natural ao qual podemos nos referir é o do denominado Monte Pascoal, na Bahia⁴⁹, e também do tombamento do Jardim Botânico e do conjunto paisagístico do Horto Florestal⁵⁰, no Rio de Janeiro, bem como dos Morros do Pão de Açúcar, da Urca, Cara de Cão e da Babilônia, na mesma cidade⁵¹. Estes vários tombamentos de áreas e sítios naturais, a maioria deles inscritos no denominado *Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico*, em função de suas características próprias, podem gerar efeitos jurídicos específicos diversos. Se a conservação é o objetivo básico do tombamento, a especificidade e a motivação de cada tombamento de bem natural irá balizar a orientação do seu efeito jurídico principal, que é a conservação. De qualquer forma, quanto mais permanente e imutável for a natureza das coisas naturais, mais elas se afinarão com o instituto do tombamento, já que sua finalidade básica é a conservação; assim é com o tombamento de um morro, como o Morro do Pão de Açúcar, que mantém suas características naturais inalteradas por milênios, já que seu processo de mutabilidade é imperceptível aos nossos olhos. Sua conservação implica, basicamente, impedir que a ação humana lhe altere a fisionomia paisagística, motivo pelo qual foi tombado. Situação diversa, no entanto, é o do tombamento da Floresta Nacional da Tijuca. O tombamento de uma mata, pela sua feição notável, pressupõe o seu processo constante de mutação e substituição natural.

47 Incrições n.ºs 42, 55 e 57, *Livro Arqueológico, Etnológico e Paisagístico*, 1967 e 1973. Procs. 762-T-65 e 869-T-73 (SPHAN/Pró-Memória, *Bens móveis e imóveis inscritos nos livros do tomo do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*, 1982).

48 “Conjunto urbano-paisagístico”, inscrição n.º 34, *Livro Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico*, 1964 (SPHAN/Pró-Memória, op. cit.).

49 “Acervo paisagístico do município de Porto Seguro, especificadamente o do Monte Pascoal (...)”. *Livro Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico e Livro Histórico*, inscrições n.ºs 414 e 446, 1968 e 1974 (Ibidem).

50 Incrições n.ºs 2 e 61, *Livro Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico*, 1938 e 1973. Procs. n.ºs 101-T, 157-T e 638-T (Ibidem).

51 Incrições n.ºs 52, 53, 54 e 58, *Livro Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico*, fls. 13/1973 (Ibidem).

Claro está que o objeto do tombamento é o conjunto, e não cada elemento vegetal *per si*. O todo, isto é, a floresta, compõe-se das diversas partes que, pela sua própria natureza, estão em processo constante de substituição. Esta substituição, no entanto, é o próprio sentido e a materialização da sua conservação e, por conseguinte, do tombamento; é através deste seu processo natural que a floresta se conserva, e tudo aquilo que é necessário a esse processo de conservação não poderá ser destruído.

Vale destacar que a preservação, através de tombamento, distingue-se da preservação de ecossistemas prevista na lei federal do meio ambiente. A finalidade e o motivo de uma e de outra são diversos – tombamentos têm como finalidade a conservação paisagística, histórica etc.; a preservação de ecossistemas tem como finalidade a manutenção dos sistemas ecológicos vitais e interdependentes. Por consequência, os efeitos jurídicos de intervenção estatal em um e em outro caso também o serão. Tombada uma floresta, por sua feição notável, enquanto paisagem, o efeito jurídico será evitar toda ação danosa que possa intervir naquele bem enquanto paisagem, e não enquanto ecossistema. É evidente que existe relação entre a destruição de determinados setores vitais da floresta e a sua conservação, mas quando esta relação não for necessariamente dependente e interferente, ela não interessará ao tombamento. Sendo os interesses públicos diversos, a ação do Estado, nesses casos, deverá ser orientada pelo motivo da preservação no sentido de alcançar a finalidade de cada uma das leis específicas.

Situação diversa encontramos no caso do tombamento de sítios naturais agenciados pela indústria humana, como é o caso do Jardim Botânico. Ali não há de se falar da conservação de sua feição primitiva (natural em sentido estrito), já que sua formação e manutenção é totalmente agenciada pela indústria humana. Por outro lado, o jardim é uma atividade que se implanta num espaço; o que é específico do Jardim Botânico é a coleção de espécies vegetais, conservando umas, agregando outras. O tombamento do Jardim Botânico inscreveu-se no *Livro do Tombo Paisagístico*. Diferente seria se sua inscrição fosse histórica; esta última acarretaria o dever de conservar tudo aquilo que viesse caracterizar aquele sítio como jardim histórico, fundado por D. João VI – aí incluso o traçado, as espécimes plantadas, os prédios etc. Como o tombamento é paisagístico, sua motivação implica uma visão mais global da coisa – do seu todo enquanto paisagem. Nesta hipótese, o que interessa à conservação é o espaço que

contém aquela atividade botânica – o jardim de espécies vegetais.

Tombamento histórico de sítio natural é o caso do tombamento do Monte Pascoal, na Bahia – área diretamente vinculada ao descobrimento do Brasil, que importa conservar para que seja resguardado o valor simbólico do lugar. Serão importantes, no caso, a manutenção das características que vinculem, na memória do cidadão de hoje, aquele espaço ao fato histórico, já que é este o vetor – motivo deste tombamento.

5.3.3. Restrições ao tombamento de bens públicos e privados

O art. 2º do Decreto-lei 25/37 estabelece que:

Art. 2º - A presente lei se aplica às coisas pertencentes às pessoas naturais, bem como às pessoas jurídicas de direito privado e de direito público interno.

Com a menção específica às pessoas jurídicas de “direito público interno” pode-se inferir que, *a contrario sensu*, excluem-se da possibilidade de vir a ser tutelados, através do tombamento, os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público externo.

O art. 3º do Decreto-lei 25/37 exclui, expressamente, de integrarem o patrimônio histórico e artístico nacional as seguintes obras de origem estrangeira:

Art. 3º (...)

- 1º) que pertençam às representações diplomáticas ou consulares acreditadas no país;
- 2º) que adornem quaisquer veículos pertencentes a empresas estrangeiras, que façam carreira no país;
- 3º) que se incluam entre os bens referidos no art. 10 da Introdução ao Código Civil, e que continuem sujeitos à lei pessoal do proprietário;
- 4º) que pertençam a casa de comércio de objetos históricos ou artísticos;
- 5º) que sejam trazidas para exposições comemorativas, educativas ou comerciais;
- 6º) que sejam importadas por empresas estrangeiras expressamente para adorno dos respectivos estabelecimentos.

Feitas essas exceções, todos os demais bens existentes no território nacional, sejam eles públicos ou privados, podem sujeitar-se ao tombamento pelo órgão federal. Portanto, não há o que se discutir quanto à possibilidade jurídica de a autoridade federal competente tombare bens pertencentes à própria União, ou pertencentes aos Estados ou aos Municípios. A eventual existência de outro interesse federal sobre um mesmo bem não impede, necessariamente, seu tombamento, já que não há na lei qualquer restrição a este fato. Isto pode ocorrer quando o órgão federal decide tombare determinada paisagem que tenha de ser modificada em função de construção de obra pública federal. Neste caso, há duas possibilidades: ou o ministro não homologará a decisão do Conselho à vista do outro interesse federal ou, sendo o interesse superveniente, o assunto inserir-se-á na competência do presidente da República, que poderá proceder ao cancelamento do tombamento, “atendendo a motivo de interesse público”, tanto de bens públicos, quanto de bens privados (Decreto-lei 3.866/41).

Há outra hipótese: é a de tombamento federal sobre bem estadual que impeça a construção de obras públicas também de interesse estadual. Teria o Estado direito ao cancelamento? Aí teríamos um conflito de interesses: o federal, de preservar; e o estadual (ou municipal), de construir a obra pública. Ocorrendo esta hipótese, o Estado (ou Município) não teria direito ao cancelamento, pois se sobre o mesmo bem houver conflito de interesses, prevalecerá o interesse federal sobre o interesse estadual, e deste sobre o municipal.

Com relação a tombamento de bens públicos, a dúvida geralmente levantada é quanto à possibilidade jurídica de Município tombare bens da União ou dos Estados, ou de Estados tombarem 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 a 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 excluindo ou restringindo este exercício pelo fato de o titular de domínio

ser ou não pessoa de direito público. Ora, se o particular pode ter limitações à sua propriedade, tendo em vista o interesse coletivo, não há razão para que entidade de direito público também não as possa ter, já que em qualquer caso existe o interesse público.

As entidades políticas não se podem subtrair ao legítimo exercício, pelas outras, do poder de polícia contido no âmbito de suas atribuições, de conformidade com o sistema jurídico. Em nosso sistema federativo, o ato administrativo legal deve ser cumprido, e impõe respeito a toda pessoa jurídica de direito público. Em função disso, mesmo um tombamento realizado em nível municipal não poderia ser revisto, cancelado ou tornado sem efeito pela União ou pelo Estado, se tiver sido legalmente praticado.

Ressalte-se apenas a hipótese de acontecer conflito de competência sobre o mesmo objeto. Neste caso, haverá prevalência do interesse federal sobre o estadual ou municipal, ou daquele em relação a estes. Se existe, sobre o bem tombado, interesse federal, como, por exemplo, relativo à segurança nacional, que seja incompatível com a manutenção do tombamento estadual ou municipal sobre este bem, prevalecerá, obviamente, o interesse federal em detrimento do tombamento de interesse estadual ou municipal⁵².

52 “A União, os Estados e os Municípios têm competência concorrente para preservar o patrimônio histórico e artístico. Quanto à possibilidade de algumas dessas pessoas jurídicas tombar bem do domínio de outra não há, na Constituição, proibição expressa. O tombamento, por sua vez, é comparado com a limitação administrativa como se vê no seguinte trecho: ‘Os efeitos do tombamento, em grande parte, afetam o exercício do direito de construir, e as normas que os discriminam se inscrevem entre os “regulamentos administrativos”, integrando a chamada “legislação edilícia”.’ Ora, não há porque supor que a União, ou qualquer outra entidade de direito público, fique imune à observância de tais regras. Editadas pelo Município, no uso de competência que o sistema constitucional lhe reconhece, não exclui a respectiva incidência o fato de pertencer o imóvel a outra pessoa jurídica de direito público, ainda que de nível superior. (...) Na aplicação destes princípios (...): ‘Assim também se há de entender mesmo no tocante a outros aspectos da matéria. Fazendo competentes o Estado e o Município para proverem a tutela do interesse, que acaso tenham, no resguardo de valores históricos, artísticos ou paisagísticos, não diz a Lei Maior, explícita ou implicitamente, que tal competência deva cessar, e desproteger-se o interesse, quando porventura hajam de recair sobre a União os ônus impostos por aquela atividade protetora.’ (...) Em termos mais gerais, poder-se-á afirmar que as entidades políticas maiores não se subtraem, pela mera circunstância, da sua preeminência, ao legítimo exercício, pelos menores, do poder de polícia contido no âmbito de suas atribuições, de acordo com o ordenamento. (...) O que deve reconhecer é tão-somente a prevalência do interesse federal (...) quando as restrições decorrentes do tombamento, por entidade menor deste ou daquele imóvel do domínio federal, viessem a revelar-se incompatíveis com as exigências da segurança nacional, que à União incumbe tutelar. (...) Assim, em princípio, inexistente óbice a que a administração municipal tombe bens do Estado ou da União.” (José Carlos Barbosa Moreira, *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, p. 42 e segs.)

5.4. Do motivo e da finalidade

Motivo e finalidade, requisitos diversos do ato administrativo de tombamento, serão analisados conjuntamente. Estes dois requisitos do ato de tombamento encontravam-se especificados na EC/69, no seu art. 180, ao dispor que:

“O amparo à cultura é dever do Estado.”

O parágrafo único do art. 180 referia-se especificamente à proteção especial do poder público, tutelando os bens de “valor histórico ou artístico” e as paisagens e sítios naturais “notáveis”. Muito se alegava, em impugnações administrativas a tombamentos, a ausência ou insuficiência de motivo, por falta do denominado excepcional “valor histórico ou artístico” ou paisagem natural “notável”. Faz-se mister assinalar que o parágrafo único do art. 180 especificava uma ação do Estado, isto é, a proteção especial de determinados bens em razão do seu valor histórico e artístico, entendidos esses atributos como o valor cultural de um bem. Não há como admitir, porém, que o legislador constitucional tenha objetivado a proteção de somente bens de valor histórico ou artístico, deixando sem a proteção do Estado outros bens significativos e importantes para a cultura nacional, enquadráveis no dispositivo legal, através de uma interpretação mais ampla.

Esse entendimento mais genérico sobre o conceito de bem cultural foi incorporado textualmente à Constituição de 1988. O dever do Estado em proteger o patrimônio cultural está compreendido no art. 215, quando dispõe que:

O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais (grifo nosso).

No art. 216, a Constituição de 1988 referiu-se à expressão “patrimônio cultural” como sendo constituído pelos “bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em seu conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (...)”

Está, portanto, consagrada, em sede constitucional, a visão mais ampla do que seja patrimônio cultural, especificada, exemplificativamente, nos incisos que se seguem ao *caput* do artigo. E é em um desses incisos que a Constituição menciona as expressões mais tradicionais justificadoras da preservação:

Art. 216 (...)

V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

A Constituição de 1988 não deixou dúvidas quanto à concepção ampla do que seja bem de valor cultural e, nesse sentido, o Decreto-lei 25/37 foi por ela recepcionado, sendo que a conceituação dos motivos especificamente apontados nesta norma deve ter agora o sentido lato que a Constituição de 1988 necessariamente lhe imprime.

De fato, os conceitos de “histórico e artístico” devem ser compreendidos em sentido amplo, embora no passado a visão de historicidade tenha se prendido a uma determinada facção da realidade, deixando de lado grande parte de acontecimentos sociais que, envolvendo parte da população, também compõem e integram a formação cultural de um povo. Dentro dessa perspectiva é que a Constituição de 1988 impõe a interpretação de patrimônio cultural:

Entender o conceito de “patrimônio histórico e artístico” para “patrimônio cultural” significa compreender que o valor de um bem transcende em muito o seu valor histórico comprovado ou reconhecido oficialmente, ou as suas possíveis qualidades artísticas. É compreender que este bem é parte de um conjunto maior de bens e valores que envolvem processos múltiplos e diferenciados de apropriação, recriação e representação construídos e reconhecidos culturalmente e, aí sim, histórica e cotidianamente, portanto anterior à própria concepção e produção daquele bem.⁵³

53 Ana Cláudia Aguiar, *A Comunidade é a melhor guardiã de seu patrimônio?*, p. 2.

É dentro dessa noção de valor cultural que se traduz hoje o conceito de bem histórico, e também a nova concepção do artístico, já menos como resultado de trabalho individual, puro e clássico, e mais como resultado da produção estética de uma cultura. Em documento oficialmente aprovado no II Congresso Internacional de Arquitetura e de Técnicos de Monumento Histórico (1964), e que veio a integrar a denominada *Carta de Veneza*, documento básico na orientação internacional de preservação, explicitou-se:

A noção do monumento não é só a criação arquitetônica isolada, mas também a moldura em que está inserida. O monumento é inseparável do meio em que está situado e da história da qual é testemunho. Conseqüentemente, é conferido um valor cultural monumental tanto aos grandes conjuntos arquitetônicos quanto às obras modestas que adquiriram, no decorrer do tempo, significação cultural e humana.

Devemos ressaltar que a idéia de monumentalidade, em trabalhos especializados, não mais se encontra ligada, necessariamente, à grandeza física da obra ou sítio, mas à sua expressão como processo e resultado da formação e da expressão do saber cultural de um povo⁵⁴. Embora encontre ainda algumas poucas persistências que insistem em conceituar o histórico e artístico com visão restrita, o conceito mais amplo e moderno dessas categorias já se fixou na concepção daqueles que são especialistas na matéria.

É importante ainda considerar que os atributos do objeto contido na Emenda Constitucional de 1969 e na Constituição de 1988 não são literalmente os mesmos daqueles contidos na norma ordinária federal. Esta última, sem se opor à Carta Maior, especificou mais suas qualidades, acrescentando-lhe inclusive o indicador de “excepcional”, que não está mencionado na Constituição. Entretanto, o legislador federal não estabeleceu critérios

⁵⁴ Na construção de determinado bem há a composição do trabalho de diversos elementos e pessoas: daquele que o projetou, ou que o concebeu tecnicamente, daquele que o realizou. Toda expressão do homem revela sua cultura. Cada criação é a expressão individual e também coletiva de um conhecimento acumulado, absorvido e elaborado. Se é fruto de seu trabalho pessoal, é também tradução cultural de uma época. Neste sentido, Carvalho de Mendonça defende o princípio da “cooperação no espaço e no tempo, indispensável à criação e à conservação do capital humano, de onde resulta que a riqueza tem origem social e deve ter destino social”. (Citado por Clóvis Beviláqua, *Direito das Coisas*, p. 115)

fixos, explicitando o conteúdo do que considera “excepcional” valor ou feição “notável”. Consequentemente, deixou para o órgão da administração, a quem conferiu competência para praticar o ato de tombamento, estabelecer o conteúdo técnico pertinente a essas adjetivações⁵⁵ (hoje orientado pela ampliação ideológica do conceito explicitamente contido na Carta Maior).

Ainda que o órgão competente trabalhe objetivamente nestes conteúdos, salienta-se que eles não perderão de todo o aspecto de subjetividade, próprio da escolha. Será excepcional e notável aquilo que a administração, no âmbito de sua legalidade e legitimidade, assim o considerar. O que a lei dá é uma diretriz programática, sem conteúdo objetivo rígido ou determinado. Encontra-se aí espaço para aplicação discricionária de critérios a serem usados pelo órgão competente em determinado tempo e lugar.

Já foi mencionado que alguns autores, como Pontes de Miranda, José Celso Mello Filho, consideram o ato de tombamento um ato vinculado. Há de se acrescentar também a posição do Ministro Nunes Leal, que, se referindo ao tombamento, disse:

A atribuição de valor ou artístico a um bem não é, pois, atividade discricionária, porque não envolve apreciação de conveniência e oportunidade. Ato discricionário é, por exemplo, o tombamento em si mesmo, ou a ocasião de o efetuar, porque a autoridade, mesmo reconhecendo o valor histórico ou artístico de um bem, tem liberdade de o tomar ou não, como tem a liberdade de escolher a ocasião mais apropriada para praticar esse ato. (...) Mas na qualificação de um bem como compreendido no patrimônio histórico e artístico nacional, o que se tem é a devida ou indevida aplicação da lei, isto é, matéria pertinente como exame da legalidade, segundo o critério assentado na Lei 221, de 1984.⁵⁶

⁵⁵ Quanto à apreciação pelo Judiciário sobre a matéria, destacamos o voto proferido pelo Ministro Castro Nunes na Apelação Cível nº 7.377 (17.06.42) – Acórdão STF – *Revista dos Tribunais*, vol. 147, jan. 1944: “(...) o que ao Judiciário cabe examinar é tão-somente o *processo de tombamento*, a observância das formalidades legais previstas para o ato, cuja falta possa importar em *nulidade*. A sentença só pode concluir pela nulidade do ato administrativo, nunca pela sua justiça ou im-procedência. (...) Não o pode submeter a nenhuma apreciação subjetiva, mas apenas examiná-lo objetivamente, o que é próprio da matéria de nulidade (...)”.

⁵⁶ Vitor Nunes Leal, Comentários ao acórdão proferido na Apelação Cível nº 7.377, *Revista Forense*, p. 143.

Não podemos compartilhar da mesma opinião do ilustre ministro. Não a acolhe Prudente de Moraes Neto⁵⁷ e Luís Rafael Mayer. Não obstante a lei traga os parâmetros gerais, a fixação do seu conteúdo tem caráter técnico, que inclui uma opção por determinada posição ou corrente científico-social⁵⁸. Há de se ressaltar também que o ato administrativo do tombamento, como ato administrativo que é, não deve ser classificado de discricionário ou vinculado; o que deve ser verificado nele é o poder discricionário contido no ato⁵⁹. É nesse sentido que é discricionário o poder da administração de escolher o critério técnico para determinação do que entende ser valor cultural de um bem. Entendendo-se, porém, como dever da administração a proteção de bens de valor cultural, não há, na decisão do Conselho, poder discricionário quanto à verificação da oportunidade do tombamento, observado tal aspecto, todavia, na manifestação ministerial da homologação, já mencionada anteriormente.

É de se admitir também a mudança dos critérios que orientam na determinação do que seja valor cultural dos bens ao longo do tempo. A evolução e o aprofundamento dos estudos sociais, sobretudo aqueles relativos à compreensão dos fenômenos socioculturais nas diversas áreas da Antropologia,

57 Prudente de Moraes Neto faz as suas restrições em comentário publicado na *Revista Forense*, v. 98, p. 586 e segs.

58 Luís Rafael Mayer faz referência à discricionariedade da administração em parecer publicado na *Revista de Direito Administrativo*, vol. 120, abr./jun. 1975, p. 403 e segs.

Entendemos que o conceito de cultura insere-se dentre aqueles denominados plurissignificativos. Celso Antônio Bandeira de Mello assim discorre sobre o tema, embasando-se nas lições de Afonso Rodrigues Queirós: “Em síntese: ao lado de conceitos unissignificativos apoderados de conotação e denotação precisa, unívoca, existem conceitos padecentes de certa imprecisão, de alguma fluidez e que, por isso mesmo, se caracterizam como plurissignificativos. Quando a lei se vale de noções do primeiro tipo, ter-se-ia vinculação. De revés, quando se vale de noções de um tanto vagas ter-se-ia discricionariedade.” (Celso A. Bandeira de Mello, op. cit., p. 235)

59 Referindo-se à discricionariedade e vinculação, diz Laubadère: “(...) Il y a au contraire pouvoir lié lorsque ces motifs sont énoncés par la loi; encore faut-il qu’ils soient énoncés avec une *suffisante précision*, c’est-à-dire, toujours selon l’auteur, de manière telle que leur contrôle donne lieu a une simple “constatation d’existence matérielle” san ‘appréciation de qualité et de valeur” (grifos no original). (André de Laubadère, op. cit., p. 223.)

“Il est devenue banal de répéter après Hauriou qu’il n’existe pas d’actes discrétionnaires mais seulement un *certain pouvoir discrétionnaire des autorités* administratives. Cette précision est une allusion à une catégorie d’actes aujourd’hui disparue dont la notion était en effet très différente de celle pouvoir discrétionnaire. On appelait *actes discrétionnaires* (ou de *pure administration*) certain actes à l’égard desquels aucune critique de légalité ne paraissait concevable et qui échappaient ainsi par leur nature à tout contrôle” (grifos no original). (Ibidem, p. 218-9.)

Sociologia, Psicologia, etc., certamente implicam e condicionam a mudança evolutiva dos critérios de avaliação dos bens culturais, informados que são por estas ciências, e por absorverem as informações científicas desses estudos. Sob tal ótica, o critério aplicado em determinada época para justificar um tombamento pode vir a ser alterado se os estudos sociais e técnicos que o informam assim indicarem⁶⁰. Destarte, está na escolha dos conceitos que informam estes critérios a discricionariedade da administração, e é nesse sentido que há certa dose de subjetividade, inafastável e inegável⁶¹.

O que é importante, e que afasta a discricionariedade da arbitrariedade, é a possibilidade de se verificar que aplicação desses conceitos é baseada em estudos técnicos coerentes e sistemáticos⁶². Poder-se-ia questionar a legitimidade e a legalidade do exercício desse poder discricionário se o órgão da administração não usasse, em determinado tempo e lugar, isto é, para hipóteses similares e análogas, critérios semelhantes. Ou se em um caso motivasse o tombamento a partir de determinado conceito cultural e em outro negasse o tombamento, embora verificado no bem, comprovadamente, os mesmos pressupostos qualitativos⁶³.

60 “La autoridad puede modificar o retirar su propia decisión, no solo por haber cambiado las circunstancias externas, sino “por cambio o divergencia de opinión”; es decir, si la autoridad estima de otra manera los hechos o interpreta los principios jurídicos de modo diferente de como lo hizo al dictar la orden.” (Fritz Fleiner, op.cit., p. 159.)

61 “The criteria laid down require the Department’s investigators to be selective: and where there is selectivity there is room for subjectivity.” (*A Future for old buildings?* Textos selecionados e editados por Sweet and Maxwell, Londres, 1977).

62 “Pour que le motif allégué par l’Administration soit légal, c’est-à-dire de nature a justifier la décision, il faut d’abord qu’il soit matériellement exact et d’autre part qu’il soit de ceux qui pouvaient légalement justifier la décision.” (Marcel Waline, *Traité de droit administratif*, p.473.)

“Por definição, um conceito é noção *finita*, exatamente por corresponder a uma operação mental que isola um objeto de pensamento (...)

“É certo que todas as palavras têm um conteúdo mínimo, sem o que a comunicação humana seria impossível. Por isto, ainda quando recobrem noções elásticas, estão de todo modo circunscrevendo um campo de realidade suscetível de ser apreendido porque recortável no universo das possibilidades lógicas, mesmo que em suas franjas remanesça alguma imprecisão.

“(…) Salvo disparatando, não há fugir, pois, à conclusão de que ao Judiciário assiste não só o direito, mas o inadiável dever de se debruçar sobre o ato administrativo, praticado sob o título discricionário, a fim de verificar se se manteve ou não fiel aos *desiderata* da lei; se guardou afinamento com a significação possível dos conceitos expressados à guisa de pressuposto ou de finalidade da norma ou se lhes atribuiu inteligência abusiva” (grifos no original). (Celso Antonio Bandeira de Mello, op. cit., p. 242.)

63 “(…) l’égalité consiste a traité inégalement les choses inégales.” (Marcel Waline, op. cit., p. 466.)

O Decreto-lei 25/37, além de mencionar a adjetivação de “excepcional” valor, acrescenta ainda especialidades tais como: “arqueológico, etnográfico, bibliográfico”. A Constituição Federal de 1967 (EC/69) reportava em seu texto, tão somente, os denominados “valor histórico e artístico” e as “jazidas arqueológicas”. Mencionamos, anteriormente, que o motivo básico do tombamento não é o valor histórico, no seu sentido estrito, mas o interesse cultural do bem. Os incisos I a V, do art. 216, da Constituição Federal de 1988, vêm exemplificar o comando da norma geral e programática contida no seu *caput*, isto é, o universo cultural que pode e deve ser objeto da proteção do Estado. A finalidade, pois, dos atos da administração devem dirigir-se a esse comando geral: o motivo do tombamento será a identificação do valor cultural de um bem, seja histórico, artístico ou arqueológico, para atender à finalidade da norma que é a proteção cultural. Portanto, não há como se possa afastar da finalidade constitucional ampla – direito à cultura – eventuais categorias de bens culturais não enumerados na lei ordinária. Assim, o aplicador da norma não deve, eventualmente, se atendo à literalidade da lei ordinária, perder de vista sua finalidade constitucional maior, seu alcance teleológico. As categorias de conhecimento acrescidas ou repetidas no Decreto-lei 25/37 (histórico, artístico, etnográfico, bibliográfico, etc.) devem ser entendidas como menções de caráter unicamente exemplificativo. 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 do conhecimento, ainda que não mencionada na lei ordinária, mas de 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)⁶⁴.

Já está delineada aí a questão da finalidade do ato. Diz-se que a finalidade genérica do ato administrativo é sempre o interesse público a ser protegido. Não há ato administrativo que, sem consubstanciar desvio de finalidade, desatenda este objetivo mais amplo. No caso, é a própria

64 “Torna-se claro, por conseguinte, que todo ato administrativo possui como fundamento o interesse público, a utilidade social que a lei consagra e reclama, realizando fins que se contenham na lei ou que com ela se harmonizem.” (Miguel Reale, op. cit., p. 30.)

Constituição que determina que é do interesse público, inafastável, a proteção cultural; por conseguinte, todos os atos praticados pela administração que objetivem esta finalidade estarão acobertadas de legalidade e de legitimidade do ponto de vista finalístico⁶⁵.

O Decreto-lei 25/37, no seu art. 1º, declarou, expressamente, que o objetivo do ato é a conservação dos bens que fossem do interesse público proteger – fazendo, primeiro, esta menção genérica, para então exemplificar, dispondo:

Art. 1º –

(...) quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico (...)

Da redação mencionada vê-se, com bastante clareza, que a ênfase é dada no interesse público genérico, obviamente amparado na norma constitucional que determinou esta ação do Estado. O interesse público genérico é, pois, a proteção do bem cultural, em seu sentido amplo, sendo também seu sentido finalístico.

Qual seria então a finalidade específica e imediata? É o próprio art. 1º do Decreto-lei 25/37 que o diz: a conservação para proteção do bem cultural⁶⁶. O ato de tombamento materializa-se em objetos, bens móveis e imóveis, para os quais o legislador quis a conservação. Essa finalidade específica da lei determina sua inaplicabilidade a objetos culturais que, física ou culturalmente, sejam insusceptíveis de conservação. Isso quer dizer que não podem ser tombados bens culturais que não se materializem em coisas e, por outro lado, não devem ser tombados bens culturais que, ainda que se materializem em coisas, pela sua dinâmica cultural não se prestem à conservação. Essa é uma questão bastante interessante, uma vez que se relaciona diretamente com os denominados efeitos jurídicos do tombamento. A finalidade de conser-

65 “Le détournement de pouvoir est ce que le doyen Josserand appelait une notion téléologique, c’est-à-dire que l’on considère le but poursuivi par l’auteur d’un acte pour juger ce dernier.” (Marcel Waline, op. cit., p. 482.)

66 Ver o voto do Ministro Castro Nunes no Acórdão do Supremo Tribunal Federal – Apelação Cível nº 7.377 – 17.06.42 (*Revista dos Tribunais*, vol. 147, jan. 1944): “(...) I – A finalidade do tombamento é conservar a coisa reputada de valor histórico ou artístico com a sua fisionomia característica (...)”

var implica determinar o que conservar, e de que modo fazê-lo. Esses são os aspectos, cujos princípios básicos estão contidos no art. 17 do Decreto-lei 25/37, que trataremos no próximo capítulo.



CAPÍTULO 6

Efeitos do tombamento

6.1. Momento da produção dos efeitos definitivos

O tombamento, como ato do Poder Executivo no exercício do seu poder de polícia, tem como finalidade a imposição de delimitação a propriedades, públicas ou privadas, tornando-as tuteladas pelo poder público em virtude de seu valor cultural.

Para que haja essa proteção pelo poder público é necessária a manifestação da autoridade competente, que determinará que regime jurídico especial incidirá sobre a propriedade em função da proteção. É importante, portanto, precisar o momento a partir do qual tal tutela passará a operar, já que são inúmeros os efeitos do ato previsto no Decreto-lei 25/37, criando obrigações para o proprietário do bem, para o poder público e para terceiros. Consequentemente, a determinação do momento a partir do qual a tutela começará a existir reveste-se de grande importância, pois é a partir dela que se poderão exigir as obrigações daí decorrentes.

Mencionou-se, anteriormente, o princípio constitucional de que não se exigirão de nenhum cidadão obrigações e deveres que não estejam previamente previstos em lei ou constituídos a partir de ato executivo, quando do exercício do poder de polícia. No caso de proteção a bens culturais, muitas vezes a lei determina que, existindo uma série de pressupostos, a tutela constituir-se-á independentemente de manifestação de vontade, ou de reconhecimento do mesmo por parte do Poder Executivo. É o caso de algumas formas de proteção de bem cultural tão só pelo efeito da lei, tal como as jazidas arqueológicas, tratadas na lei 3.924/61. Outras vezes, a lei prevê que, em função de circunstâncias factuais, constitua-se a tutela, e esta carece de manifestação do poder público. Nesses casos, o ato administrativo será meramente declaratório, pois o nascimento da tutela retrocede a momento anterior à sua manifestação. O ato declaratório, por conseguinte, reconhece os efeitos a partir do momento em que se admite o aparecimento dos

pressupostos fáticos que, face à lei positiva, fazem nascer o direito. Nesta hipótese, pode ser incluída a proteção cultural a descobertas fortuitas ou de objeto de interesse arqueológico ou pré-histórico, numismático ou artístico, previstas, respectivamente, nos arts. 17 e 20, da lei 3.924/61.

Em relação ao tombamento, conforme § 1º, do art. 1º, do Decreto-lei 25/37, não restam dúvidas quanto ao momento do nascimento da tutela e, por conseguinte, quanto à natureza constitutiva desse ato administrativo. Diz o parágrafo, *in verbis*:

Art. 1º (...)

§ 1º - Os bens a que se refere o presente artigo só serão considerados parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional, depois de inscritos separada ou agrupadamente num dos quatro Livros do Tombo, de que trata o art. 4º desta Lei.

O referido § 1º especifica, explicitamente, que é a inscrição o momento a partir do qual o bem fará parte do patrimônio, e só então se produzirão os efeitos jurídicos da proteção definitiva. É evidente que para haver a decisão do Conselho, e a homologação do ministro, há os pressupostos fáticos do tombamento, isto é, o real valor cultural do bem, e que constitui o interesse público a ser reconhecido e protegido. No entanto, o Decreto-lei 25/37 não conferiu à simples existência fática de valor cultural a potência de, por si só, constituir a tutela. Quis o legislador, para o caso, exigir a manifestação do poder público, reconhecendo aqueles pressupostos fáticos como elemento essencial para o nascimento da tutela. Desse modo, para integrar o patrimônio cultural nacional é preciso que o seja bem tombado, isto é, que não só tenha os pressupostos fáticos de valor cultural, como também que estes sejam reconhecidos através de processo administrativo, com a manifestação de vontade do poder público, e inscrição do bem no Livro do Tombo¹.

Cabendo a apreciação desses pressupostos fáticos ao órgão do poder público competente, este constituirá ou não o direito, se verificada, no

1 “Tudo isto inova a situação jurídica dos bens tombados, transforma sua posição jurídica e impõe a seus proprietários condutas jurídicas, *ob rem*, que antes não havia demonstrado que o tombamento, em qualquer caso, é *ato constitutivo*” (grifo no original). (José Afonso da Silva, *Direito Urbanístico Brasileiro*, p. 500)

âmbito de sua discricionariedade, a existência do valor cultural. Não sendo o ato de tombamento ato administrativo declaratório de situação jurídica preexistente, não pode o Executivo ser substituído nesta apreciação discricionária pelo Judiciário, já que não há direito preexistente à declaração do Executivo. Acentue-se que o órgão executivo vai declarar a existência fática dos pressupostos, e este ato é constitutivo da tutela, pois sem ele os condicionantes fáticos não produzem qualquer efeito jurídico, senão o da responsabilidade da administração na omissão ou má avaliação de sua verificação².

Poder-se-ia, ainda, levantar dúvidas face à redação dada ao *caput* do art. 216 da Constituição Federal de 1988, uma vez que ele determina que:

“Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens (...)”

Esta redação pode levar a crer, num primeiro momento, que o preceito constitucional estabeleceu proteção automática de todos os bens culturais. Entretanto, não se pode inferir a proteção automática uma vez que nem a identificação do bem, nem a forma de proteção estão previstas na Constituição. O artigo constitucional não é autoaplicável. Por este motivo, necessita de lei que viabilize sua exequibilidade. Cabe à lei, cumprindo a determinação constitucional, estabelecer a forma e o modo de proteção, os seus efeitos jurídicos, sua constituição e os bens a serem protegidos.

A proteção feita com base no Decreto-lei 25/37, ao contrário de outras formas de proteção já mencionadas, implica que os bens a serem protegidos, identificados pelo órgão competente, só depois de inscritos passem a fazer parte do denominado patrimônio cultural, como coisas tombadas; é, pois, o ato de tombamento ato constitutivo, sendo seus efeitos jurídicos produzidos a partir de então, isto é, *ex nunc*.

Com a inscrição do bem nos Livros do Tombo, o tombamento é considerado definitivo, e a coisa passa a fazer parte do patrimônio cultural nacional, produzindo o ato administrativo os efeitos da tutela ora insti-

² Na linha de pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, o ato é constitutivo quando é discricionário quanto à verificação de valor. Este difere no ato vinculado, que é interpretativo da lei. (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Elementos do Direito Administrativo*)

tuída. A inscrição, como momento do tombamento definitivo, é afirmada no Decreto-lei 25/37, tanto no § 1º, do art. 1º, quanto no art. 10 da norma. Com isso, não deixou a lei de também conferir efeitos ao denominado tombamento provisório; ao contrário, o tombamento provisório passa a produzir os efeitos sobre a coisa a partir da notificação fática ou presumidamente recebida pelo proprietário do bem (esta última quando feita por edital)³. Diz o parágrafo único do art. 10 que o tombamento provisório produz os mesmos efeitos do tombamento definitivo, com exceção da necessidade de averbação do ato junto ao registro de imóveis e, consequentemente, não operando as restrições à alienabilidade previstas na lei.

O Decreto-lei 25/37 previu dois momentos para a produção dos efeitos do ato administrativo do tombamento: o primeiro, o momento da notificação ao proprietário, que submete o bem ao regime de tombamento provisório, com exceção feita aos efeitos relativos às restrições à alienação que também está condicionada à decisão definitiva; o segundo momento é o da inscrição dos bens no Livro do Tombo, que torna o bem protegido definitivamente, assentado, através desta forma de registro, a tutela do interesse público em questão.

É de se acentuar que o Decreto-lei 25/37 não vinculou à publicidade em órgão oficial o momento a partir do qual o bem passaria a ter a proteção do poder público. E assim bem o fez, uma vez que a publicidade, embora seja princípio da administração como forma de conhecimento *erga omnes* dos atos administrativos, não integra necessariamente o processo de formação do ato administrativo válido⁴.

3 Nesse sentido, ver o Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo – Mandado de Segurança nº 34.293-1 – 21.06.83 (*Revista dos Tribunais*, vol. 576, CUT. 83, p. 59-61): “(...) Sendo assim, tendo sido tombada provisoriamente a Fazenda Jussara, a respectiva notificação à Cica tem o legítimo condão de impor desde logo restrições a condutas de donos que possam prejudicar ou esvaziar a finalidade procurada com o tombamento definitivo (...)”.

4 “La force exécutoire existe au moment de l’émission de la décision, si toutes les formalités de l’émission même on été remplies; en principe, les formalités postérieures à l’émission n’ont pas d’influence sur la force exécutoire. Ainsi les décisions des autorités soumises à une tutelle ont force exécutoire au moment de leur émission, dont que les approbations tutélaires n’ont pas encore été données; elles peuvent être immédiatement attaquées par les recours pour excès de pouvoir; ainsi encore, la notification ou la publication n’ajoutent rien à la force exécutoire: la conséquence est qu’en aucun cas une irrégularité dans la notification ou dans la publication ne saurait entacher d’illégalité la décision qui en a été l’objet; la notification ou la publication n’ont d’importance que pour rendre la décision opposable et par conséquence pour faire courir le délai du recours.” (Maurice Hauriou, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, p. 428.)

A publicidade do ato administrativo em órgão oficial faz presumir contra terceiros o conhecimento do ato, que, a partir de então, não mais poderão alegar seu desconhecimento. Com relação ao proprietário do bem, uma vez notificado presume-se sua ciência, para os efeitos do tombamento provisório. Portanto, a publicidade, como não é elemento formativo do ato administrativo, mas requisito de sua moralidade e eficácia com relação a terceiros, não pode ser considerada, no caso, elemento essencial à validade do tombamento.

Com relação ao Decreto-lei 25/37, há a situação peculiar da inscrição no Livro do Tombo, que ainda podemos relacionar à publicidade do ato⁵. A inscrição do bem no Livro do Tombo é um registro administrativo que, como tal, tem fim público – qual seja o de constituir direito.

Os registros públicos, de modo geral, têm dentre as suas finalidades básicas a publicidade do ato, sua autenticidade e sua segurança⁶. Embora o Decreto-lei 25/37 tenha especificado que é a partir da inscrição no Livro do Tombo que o bem passa a fazer parte do patrimônio histórico e artístico nacional, a norma não explicitou a natureza desse registro, nem o seu espectro de atuação. Como conciliar então a inscrição de bem tombado em livro específico, que deve ter a natureza de registro especial, e como tal produzir os efeitos pertinentes, com os princípios gerais que regem os atos administrativos, sobretudo quanto à sua validade e eficácia?

Homologado o tombamento pelo ministro, o ato administrativo válido ainda não é eficaz, pois o § 1º, do Decreto-lei 25/37 exige que este seja inscrito no Livro do Tombo, para integrar a universalidade dos bens culturais federais.

Feita a inscrição, teria esta a função de dar eficácia ampla ao ato de tombamento? Entendemos que não. Embora a inscrição seja um re-

5 “A lei não impõe a notificação dos titulares das coisas vizinhas do bem tombado para que o tombamento seja eficaz em relação a eles. Tampouco submete uma eficácia à transcrição e averbação do tombamento no registro imobiliário, e nem havia razão de fazê-lo, porque o tombamento já é uma inscrição pública, portanto, já é um registro público, como é sua lavratura no Livro do Tombo da repartição competente.” (José Afonso da Silva, *op. cit.*, p. 505.)

6 A Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre registros públicos, especifica no seu art. 1º, que os serviços concernentes aos registros públicos nela tratados ficam sujeitos ao regime jurídico ali estabelecido, no que concerne à autenticidade, segurança, eficácia dos atos jurídicos “estabelecidos pela legislação civil”. Portanto a Lei 6.015/73 não exclui a possibilidade de registros específicos, com finalidade pública, para atos estabelecidos na legislação administrativa.

gistro administrativo e, como tal, tem como objetivo dar ao ato determinadas garantias, como segurança, autenticidade, acesso à informação etc., quanto à publicidade seu alcance é relativo. Há que se distinguir, no caso, publicidade de publicação. Na administração pública, em geral, a garantia de publicidade dos atos administrativos é feita através de sua publicação nos veículos de comunicação oficial, ressalvados os casos de comunicação pessoal ao interessado (ao contrário dos atos jurídicos privados, cuja publicidade é garantida por meio dos registros públicos). Esse princípio justifica-se na medida em que os efeitos dos atos administrativos em geral podem não operar exclusivamente entre as partes, mas também com relação a terceiros. É a hipótese do tombamento: como vimos, o tombamento cria obrigações de fazer, e de não fazer, oponível *erga omnes* e, por isso, é necessário que o ato tenha publicidade irrestrita, isto é, através de sua publicação, como os atos administrativos em geral. Entendemos, portanto, que a inscrição do tombamento no Livro do Tombo, enquanto forma de registro administrativo, tem como função básica garantir a autenticidade, a segurança, o acesso às informações e uma publicidade restrita. Isto é, após inscrito, o ato operará efeitos para a administração pública, no tocante às suas obrigações em relação ao bem tombado, e em relação àqueles que eventualmente venham a tomar conhecimento oficial da inscrição, por ato próprio ou por comunicação especial. Entretanto, com relação a terceiros, a inscrição não substitui a publicação para os efeitos da publicidade, pois para tanto seria necessária expressa menção legal, já que se trata de excepcionar a forma genérica de publicidade dos atos administrativos. Deste modo o tombamento inscrito só é oponível a terceiros e, portanto, eficaz, *erga omnes*, após publicidade, feita por meio de publicação no órgão oficial de divulgação.

6.2. Efeitos específicos do tombamento

6.2.1. Restrição à alienação

Completo e eficaz o ato do tombamento, o Decreto-lei 25/37, a partir do seu art. 11, trata dos efeitos específicos, anunciando as restrições impostas ao exercício do direito de propriedade, as obrigações do pro-

prietário e a de terceiros, e as do próprio poder público. Começa por se referir à questão da alienação dos bens tombados, distinguindo seus efeitos quer quando se trata de bens públicos, quer de bens privados.

Com relação aos bens pertencentes à União, Estados e Municípios, a lei estabeleceu uma inalienabilidade especial. Com esse dispositivo legal, será inaplicável aos bens públicos tombados a regra geral de que a inalienabilidade desses bens possa ser dispensada por lei emanada, individualmente, por essas pessoas políticas (art. 67 do Código Civil). 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. Entretanto, a inalienabilidade desses bens públicos não é absoluta, já que é permitida sua transferência a qualquer uma dessas pessoas jurídicas entre si. O art. 11 do Decreto-lei 25/37 é lei especial e, portanto, só pode ser modificado ou alterado por outra lei especial, e não por lei geral que disponha sobre a alienabilidade dos bens públicos, salvo se houver dispositivo específico neste sentido⁷.

Ainda com relação à questão da inalienabilidade especial dos bens tombados pertencentes às pessoas mencionadas no art. 11 do Decreto-lei 25/37, não há que se estender o preceito aos bens pertencentes a pessoas jurídicas de direito privado criadas pelo poder público, tais como as empresas públicas, sociedades de economia mista, entes de cooperação do poder público. Duas são as razões: a primeira, porque considera-se privado o patrimônio dessas pessoas jurídicas, uma vez que este segue a mesma natureza jurídica de suas personalidades e, como tal, seu patrimônio seguirá as regras aplicáveis aos bens privados; a segunda razão é que, trazendo a lei uma restrição ao direito de alienação, impõe a melhor regra de hermenêutica que não se estenda, por analogia, regras jurídicas restritivas a direitos não especificamente previstos na lei. Assim, há de se atribuir restritivamente às pessoas jurídicas mencionadas no art. 11 do Decreto-lei 25/37 a inalienabilidade especial ali prevista.

Com relação aos bens das autarquias, porém, o Decreto-lei 25/37 não é claro; isto porque, se o art. 11 refere-se a bens da União, dos estados e municípios, o art. 12 refere-se a bens “de propriedade de pessoas

⁷ Desse modo atende-se ao que dispõe o art. 2º e seu § 1º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei 4.657, de 4 de setembro de 1942).

naturais ou jurídicas de direito privado”, aí incluídos os bens das já mencionadas pessoas da administração indireta do Estado, com exceção das autarquias. Estas últimas, por terem personalidade jurídica de direito público, têm, por consequência, patrimônio público. Como tal, em relação aos seus bens recaem as mesmas restrições incidentes sobre os bens públicos. Não seria plausível compreender que houvesse o Decreto-lei 25/37 instituído restrições à alienação com relação a determinadas pessoas de direito público e a pessoas de direito privado, deixando totalmente fora de sua sistemática unicamente os bens das autarquias. Ter-se-á então que compreendê-los numa ou em outra hipótese. Enquadrar os bens das autarquias nas restrições previstas para os bens privados parece-nos mais inadequado do que compreender que o artigo 11, ao se referir aos bens pertencentes à União, Estados e Municípios, acentuando seu atributo – “inalienáveis por natureza” –, estava se referindo à categoria de bens públicos em geral. A inalienabilidade especial ali prevista não muito mais acrescentaria ao princípio da inalienabilidade – próprio dos bens públicos. Deste modo, ainda que não mencionados expressamente, os bens de autarquias, como bens públicos “inalienáveis por natureza” que são, enquadram-se na hipótese do art. 11 do Decreto-lei 25/37.

Sistema diverso foi previsto para os bens privados, cujo pressuposto, ao contrário dos bens públicos, é a alienabilidade. Poder dispor do bem é um dos elementos do direito de propriedade. Estabelecer a inalienabilidade absoluta para os bens privados poderia acarretar sua eventual inviabilidade econômica, pois estaria fora do comércio – gerando, com isso, esvaziamento econômico da propriedade. Preferiu o legislador, no âmbito da regulamentação do poder de polícia a ser exercido pelo órgão competente, estabelecer apenas limitação à faculdade de disposição pelo proprietário de bem tombado.

O art. 12 do Decreto-lei 25/37 é apenas enunciativo, na medida em que não relaciona quais as restrições à alienação, mas explicita que são todas aquelas constantes na lei, ou seja: averbação junto ao Registro de Imóveis das transferências de domínio, ainda que sejam estas *causa mortis* ou por sentença judicial (art. 13, § 1º); comunicação da transferência de bens ao órgão do patrimônio (art. 13, § 3º); proibição de saída do país, salvo para intercâmbio cultural e sem transferência de domínio (art. 14); estipulação do direito de preferência, a ser exercido pelas pessoas políticas, nos casos de alienação onerosa dos bens (art. 22 e parágrafos).

A redação dada ao art. 13 do Decreto-lei 25/37 tem causado algumas polêmicas quanto à sua interpretação; dispõe o artigo, *in verbis*:

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 (grifo nosso).

Alguns autores afirmam que esse dispositivo legal determina a necessidade de averbação do tombamento no Registro de Imóveis para que o ato administrativo produza seus efeitos⁸. Esta posição foi insistentemente defendida por grandes juristas, como Pontes de Miranda, Temístocles Cavalcanti e Carlos Medeiros, e é logicamente adequada para os que defendem a posição de que ao tombamento, não sendo limitação administrativa, mas ônus real à propriedade, seria indispensável a averbação junto ao Registro, se não para sua constituição, ao menos para sua eficácia⁹.

Quanto a ser o tombamento uma limitação administrativa à propriedade, o tema será objeto de discussão no capítulo seguinte; no entanto, para melhor compreensão do art. 13, desde já o afirmamos. Historicamente, o atual art. 13 do Decreto-lei 25/37 é muito similar ao primeiro artigo do esboço de anteprojeto de lei federal elaborado pelo jurista Jair Lins, na qualidade de relator da comissão designada, em julho de 1925, pelo presidente Mello Vianna, do Estado de Minas Gerais, para organizar a proteção do patrimônio histórico e artístico daquele Estado¹⁰.

⁸ Nesse sentido, ver o parecer de Carlos Medeiros Silva, em 16.12.74 (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 120, abr./jun. 1975, p. 169 e 459): “(...) os tombamentos relacionados com as cotas 80 e 100 não foram inscritos no Registro de Imóveis, conforme determina o art. 13 do Decreto-lei 25/37. Esta omissão importa na nulidade, de pleno direito, dos referidos tombamentos (...)”.

⁹ O jurista Carlos Medeiros estende, inclusive, à vizinhança a ineficácia dos efeitos do tombamento, quando este não tiver sido averbado no Registro de Imóveis. Ver parecer dado em 22.02.72. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 108, abr./jun. 1974, p. 440: “(...) 2) Sem a transcrição ou averbação do bem tombado, no Registro de Imóveis, iniciativa que o art. 13 do Decreto-lei n° 25, de 1937, comete ao IPHAN, ainda que da propriedade pública, não é possível sujeitar as áreas vizinhas de propriedades privadas às restrições do art. 18 do mesmo Decreto-lei (...)”.

¹⁰ Ver o texto completo do anteprojeto em: SPHAN, *Proteção e revitalização do patrimônio cultural no Brasil*, p. 71-78.

O referido anteprojeto de lei iniciava com o estabelecimento do direito de preferência sobre as coisas de interesse cultural “catalogadas”, a ser exercido pela União ou Estado. Nesse anteprojeto, a preleção por estas pessoas políticas investe-se de capital importância, sendo seu principal efeito, conforme disposto logo sem eu art. 1º:

Art. 1º - Os móveis ou imóveis, por sua natureza ou destino, cuja conservação possa interessar à coletividade, devido a motivo de ordem histórica ou artística, serão catalogados, total ou parcialmente, na forma desta lei e, sobre eles, a União ou os Estados passarão a ter o direito de preferência.

Segue o anteprojeto de lei dando especial ênfase ao exercício da preleção pelo Estado, direito que passa a ser considerado ônus real, e, por esse motivo, necessária a sua averbação junto ao Registro. Diz o art. 3º:

Art. 3º - O direito de preferência surgirá desde o momento em que o proprietário for notificado para a catalogação e se tornará definitivo desde que inscrita em livro especial, anexo ao registro geral de hipotecas e a cargo dos respectivos oficiais.

Este direito constitui ônus e acompanha a coisa no poder de quem quer que a detenha.

E o completa o art. 5º, ainda do anteprojeto:

Art. 5º - A catalogação se fará por meio da inscrição em livros especiais, anexo ao registro geral de hipotecas (...)

Interessante notar que outros efeitos da denominada “catalogação”, como o de não modificar a coisa sem prévia autorização, são colocados de forma subsidiária no anteprojeto, cuja ênfase é sem dúvida o direito de preferência como ônus real sobre a coisa.

O texto em vigor do Decreto-lei 25/37, que como se pode perceber muito se nutriu no anteprojeto que Jair Lins estabeleceu, de modo bem mais aperfeiçoado juridicamente, sistema diverso do registro do ato administrativo do tombamento; optou o Decreto-lei 25/37 pela inscrição

administrativa em Livro do Tombo. Por outro lado, não deixou de incluir dentre os efeitos do tombamento as restrições à alienação, previstas por Jair Lins, e dentre elas o direito de preferência. Entretanto a redação do art. 13, ao mencionar que caberia ao órgão do patrimônio mandar transcrever, junto ao registro, o tombamento definitivo “para os devidos efeitos”, não foi clara para especificar quais os efeitos a que se referia.

Parece-nos, entretanto, que não se referia aos efeitos do tombamento, enquanto ato administrativo de interesse público, mas tão somente aos efeitos que, daí decorrentes, envolvessem a questão da alienação de domínio dos bens privados, no intuito de salvaguardar os direitos individuais de terceiros. Seria por esta razão que o art. 13 e seus parágrafos, que obviamente se referem à determinação do seu *caput*, só dispõem sobre matéria relativa à transferência de domínio.

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 Imóveis¹¹.

Não é da sistemática dos atos administrativos vincular sua eficácia ao registro de imóveis, bastando-lhes unicamente a publicidade para vigerem *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 essa vinculação. Tanto assim que o Decreto-lei 25/37 divergiu do anteprojeto de Jair Lins, pois enquanto este último estipulava que a “catalogação” seria averbada em registro, o Decreto-lei 25/37 explicitou no seu art. 1º, § 1º, e no art. 10 que o tombamento definitivo se daria com a inscrição administrativa no Livro do

¹¹ Ver o parecer de Luiz Rafael Mayer, em 23.01.75 (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 120, abr./jun. 1975, p. 406): “(...) Entretanto, essa omissão, não refluí sobre a validade e eficácia do tombamento definitivo. A transcrição e averbação não constituem elementos do processo de tombamento, não o aperfeiçoam, nem condicionam os seus efeitos, senão em um plano e para fins estritos e especiais. (...) Com efeito, as inscrições registrárias, não tendo, de nenhum modo, o intento de constituição de direitos reais de natureza privada, visam apenas à publicidade que assegure a observância das restrições legais sobre a alienabilidade dos bens tombados e o exercício das preferências do Poder Público (arts. 12,13 e 22, do Decreto-lei nº 25/37). (...) O eventual descumprimento, pelo IPHAN, do dever de promover o registro dos bens particulares, definitivamente tombados, resulta em prejuízo de interesses das entidades públicas em exercer a preferência na aquisição deles e exonera o adquirente da obrigação de notificá-las. Mas, ainda assim, no plano do direito administrativo, o tombamento produzirá todos os seus efeitos, facultando ao IPHAN que pratique, nos limites de sua competência, os atos tendentes à vigilância e proteção dos bens tombados (...)”

Tombo – e, como *efeito* do tombamento definitivo, a averbação dos bens imóveis no Registro de Imóveis, para operar consequências específicas.

Outras razões ainda nos levam a afirmar que o registro, referido no art. 13, quer vincular-se apenas aos efeitos do tombamento relacionados à alienação do imóvel tombado. Neste sentido, apresentamos os pontos que se seguem:

1º) Não seria concebível estabelecer eficácia diversa do ato administrativo do tombamento em razão da natureza móvel ou imóvel da coisa. Com relação aos bens móveis, não sendo possível a anotação no registro de imóveis, a eficácia do seu tombamento dar-se-ia então, neste caso, pela publicação da inscrição? Não se pode compreender que se estabeleça essa diferenciação unicamente em razão da natureza móvel ou imóvel do bem tombado, pois que o ato administrativo teve, pela lei, o mesmo tratamento processual para imposição da restrição à propriedade, seja ela móvel ou imóvel.

2º) Não seria concebível determinar que os efeitos, com relação a bens tombados, só teriam eficácia com o registro, e aqueles, às vezes tão restritivos em relação a sua vizinhança, independeriam do referido registro, já que o Decreto-lei 25/37 não o determina. Em ambos os casos, têm-se limitações à propriedade, que operam em relação a terceiros interessados. Por que haveria de proteger aqueles interessados nos bens tombados e não os bens vizinhos, também igualmente restringidos?

3º) Deve-se ainda atentar para o fato de que o registro de imóveis, enquanto registro público, deve seguir a sistemática de procedimento prevista na sua lei especial.

Como regra básica que norteia o registro de imóveis, são susceptíveis de registro os denominados direitos reais – a propriedade e os que a oneram. A lei de registros públicos abre algumas exceções, estabelecendo que são registráveis outros direitos, que não direitos reais, mas aos quais o legislador quis conferir esta espécie de segurança e publicidade¹². No entanto “os direitos registráveis” são taxativamente fixados em lei, e constituem *numerus clausus*; isto, justifica Afrânio de Carvalho, para que não torne o registro de imóveis um acúmulo insensato de títulos que

12 “Apesar de o Registro de Imóveis se destinar à inscrição dos direitos reais e suas mutações, a enumeração estabelece a maior promiscuidade entre direitos reais e ônus que lhe são equiparados e atos que não operam qualquer mutação jurídica (...).” (Afrânio de Carvalho. *Registro de Imóveis*, p. 80)

não se relacionam com a sua finalidade básica.¹³ Ora, a averbação do ato de tombamento não está prevista entre os direitos registráveis senão se entender incluível na previsão daquelas contidas no item 12 do inciso II do art. 167 (Lei 6.015/73):

(...) das decisões, recursos e seus efeitos, que tenham por objeto atos ou títulos registrados ou averbados.

Dúvidas pairam quanto à possibilidade dessa averbação!

4º) Por outro lado, como o tombamento não é título de alienação, não se trata de registro e sim de averbação; como tal, seria necessário que houvesse o registro prévio do bem para que se pudesse averbar o tombamento. Neste caso, os bens imóveis sem registro, inúmeros no Brasil, não poderiam, até, ter matrícula e os efeitos do tombamento, já que a averbação do ato não poderia preceder ao seu registro inicial.

5º) Também faz-se necessário estabelecer diferenciação entre os atos administrativos que visam constituir direitos para pessoas de direito público, exercitáveis por elas enquanto pessoas aptas a adquirir direitos e obrigações, e aqueles atos que visam tutelar interesses públicos. O ato de tombamento, sem dúvida, enquadra-se nesta última hipótese e, como tal, não pode se subordinar à reserva de interesses privados. Esses atos jurídicos são perfeitos após cumpridos os procedimentos, e eficazes após a publicação, dando legitimidade ao cidadão de exigir que a administração exerça a tutela administrativa em função do seu poder-dever. Interesse público não é registrável; o que pode ser passível de registro são os direitos de pessoa jurídica de direito público.

Ora, como consequência do ato jurídico do tombamento, o Decreto-lei 25/37 quis conferir à administração direitos específicos, como o de preferência, que embora gerado pelo ato administrativo, constituiu-se direito individualizado da administração, oponível aos terceiros envolvidos na negociação de determinado bem privado – a alienação. É absolutamente compatível com a lógica e sistemática do direito positivo brasileiro que a constituição de direitos específicos que interfiram na relação da alienação de bens imóveis, sujeitos à segurança do sistema do registro, tenham que

13 Afrânio Carvalho, *op. cit.*, p. 76

ser também registrados, para que produzam os seus efeitos. A função do registro na aquisição do imóvel é de fundamental importância. Por conseguinte, ainda que a lei estabeleça a preferência na aquisição de pessoa de direito público, é compreensível que, para exercício desta faculdade, tenha a administração de mandar averbar esse direito no registro imobiliário, a fim de que produza efeitos contra terceiros adquirentes.

Pelos motivos expostos é que não se pode admitir que os efeitos do ato jurídico do tombamento possam estar vinculados à averbação do ato no Registro de Imóveis. Pelo histórico, pela leitura integrada da lei, pela função específica do registro de imóveis e pela natureza do ato administrativo de tombamento, não se aceita a exigência do registro senão para a eficácia dos efeitos jurídicos do tombamento relacionado às restrições previstas à alienação, especialmente relativa ao exercício do direito de preferência na aquisição de bens imóveis.

6.2.2. A conservação

Já tivemos ocasião de nos referir que a finalidade específica do tombamento de um bem é a sua conservação. Essa finalidade está expressa no art. 1º do Decreto-lei 25/37, quando menciona que patrimônio histórico e artístico nacional é “conjunto de bens (...) cuja conservação seja de interesse público” (grifos nossos).

Está aí o preceito básico que irá direcionar o principal efeito jurídico do tombamento – a obrigação de conservar a coisa tombada. Por ser esta a principal consequência do ato administrativo é que será inadequado fazer-se incidir tombamento sobre bens cujo valor cultural necessite de sua mutabilidade. Digamos que determinado grupo social produza suas residências, como os índios, mas sua sobrevivência faça com que seja necessária a mudança constante das habitações, sendo este fator característico de sua cultura. Neste caso o tombamento iria exigir a paralisação, ainda que relativa, daquela dinâmica cultural, já que será demandada a conservação da coisa, ou de seus elementos básicos.

Por outro lado, o tombamento é inadequado para preservação do fazer cultural: tecnologias patrimoniais, modos de produção etc., já que, não sendo coisas, são insusceptíveis de tombamento. Se determinada fá-

brica produz bens e valor cultural, através de processo peculiar, a preservação deste fazer cultural não se pode dar pelo tombamento; isto porque o tombamento, sendo materializado em bens móveis ou imóveis, faria incidir a conservação sobre objetos, e não sobre o modo de produção. Por este mesmo motivo, o ato de tombamento não deve incidir sobre planos, ideias ou direitos, já que também não são coisas móveis ou imóveis e, conseqüentemente, insusceptíveis de conservação como tal.

Para preservação desses valores culturais, que não se materializam ou agregam aos objetos, a tutela deverá fazer-se por outras formas, previstas (ou ainda não) em instrumentos legislativos que não o tombamento. A própria natureza jurídica desses bens – modos de fazer, tecnologias patrimoniais, ideias, planos, ou direitos – tem como pressuposto básico a mutabilidade. Não seria concebível exigir-se que determinada fábrica, cujo objetivo é a produção, mantivesse ou conservasse determinado modo de fazer independentemente de suas necessidades tecnológicas ou industriais. Neste caso a conservação, além de não incidir sobre coisa móvel ou imóvel, poderia intervir gravosamente no desenvolvimento ou aperfeiçoamento da produção.

Ainda dentro dessa linha de argumentação, é insusceptível de tombamento o uso específico de determinado bem. Ainda que se tombe o imóvel, não poderá a autoridade tomar o seu uso, uma vez que o uso não é 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 disso é que se pode coibir formas de utilização da coisa 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.

O art. 17 do Decreto-lei 25/37 é o que especifica a obrigação de não identificar o bem tombado, ao dispor que:

Art. 17 – As coisas tombadas não poderão, em caso nenhum ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de cinquenta por cento do dano causado.

Ressalte-se que o dispositivo legal não se dirige necessariamente para o proprietário ou para eventual possuidor do bem tombado. A norma legal se impõe contra todos, *erga omnes*, já que, após o tombamento, a ninguém é lícito destruir, demolir ou mutilar o bem tombado.

Nesse sentido é que, independentemente da condição de proprietário, terceiro não poderá, direta ou indiretamente, vir a causar dano ao bem tutelado – e nesta hipótese está incluída a do uso inadequado do bem. Ou até o exercício de determinadas atividades na vizinhança, próxima ou remota, do bem tombado que lhe venham a causar dano (seria o caso, por exemplo, da incidência de bate-estacas na vizinhança do prédio tombado, que lhe cause estremecimentos na estrutura; ou o caso da expedição de gás corrosivo por uma fábrica que, aos poucos, altere a conservação dos prédios de um núcleo urbano tombado)¹⁴.

Sendo a norma dirigida a todos os cidadãos, é evidente que não exclui o próprio proprietário da coisa. Este, como veremos, além de ter a obrigação de não causar dano ao bem, ainda lhe acresce o dever de conservá-lo. E é por este motivo que, ainda que não esteja ele mesmo causando o dano ao bem tombado, isto é, o dano esteja sendo causado por terceiros, como lhe cabe o dever de conservar a coisa, conseqüentemente lhe cabe a responsabilidade de denunciar a ocorrência de eventual agressão ao bem tombado, de modo que a autoridade competente venha a tomar as providências cabi-

¹⁴ Neste sentido, ver o Acórdão do Tribunal Federal de Recursos – Apelação Cível nº 177 – 06.04.49 (*Revista dos Tribunais*, vol. 191, maio 1951, p. 378-98):

[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 de maquinaria dessa indústria.”

[Voto do Ministro Mourão Brasil:] “(...) Prosseguindo no meu voto, estou convencido de que o funcionamento de um conjunto de máquinas com força superior a 400 HP, instalado a poucos metros da Igreja de São Pedro dos Clérigos, construída no século XVIII, entre os anos de 1728 e 1782, tem influência, no sentido de agravar a estabilidade da construção, a qual apresenta fendas, algumas das quais se revestindo de gravidade, sobretudo uma, na fachada principal do edifício, que é qualificada como de ‘real gravidade’, nos laudos de fls. — (...) Antes que seja tarde, é indiscutível a necessidade de se afastar de local tão próximo a uma obra de valor inestimável o funcionamento desse grupo de motores (...).”

[Voto do Ministro Macedo Ludolf:] “(...) A meu ver, não se pode pôr em dúvida tal afirmativa, porque basta verificar a posição em que se encontra a Igreja – ao lado do estabelecimento de torrefação de café e beneficiamento de milho, de cujas chaminés se desprende muita fuligem – para logo se concluir que, realmente, o Templo há de receber toda essa fumaça. O mal, entretanto, pode ser sanado sem necessidade de remoção do estabelecimento. Acho perfeitamente possível uma providência de ordem técnica capaz de impedir que esse Templo continue a sofrer os efeitos da fuligem desprendida (...).”

veis à sua proteção. É evidente que a autoridade tem o dever de fiscalizar; no entanto, se o proprietário, a quem cabe conservar a coisa, não toma providências de denunciar dano causado por terceiros, estará ele, assim, negligenciando no seu dever de conservação, compactuando, ainda que de modo indireto, com o ilícito, pois o está deixando acontecer.

O ilícito de causar dano a bem tombado insere-se na categoria de ilícito administrativo. O ilícito administrativo consubstancia-se na infringência objetiva da norma legal: no seu descumprimento, que pode ser fruto de uma ação ou de uma omissão. Nesse sentido, não é aplicável o princípio do art. 159 do Código Civil, o qual investiga a negligência, a imprudência ou a imperícia como elementos ponderáveis na verificação da culpa no ilícito. Entendemos que, no âmbito do Direito Administrativo, a responsabilidade pelo descumprimento de ordem legal é objetiva, isto é, tanto do proprietário do imóvel (que é responsável pela conservação da coisa), quanto de terceiros, que diretamente causarem o dano. O primeiro por ter a obrigação derivada de sua condição de titular do domínio; o segundo porque a lei não distingue o agente, para efeitos de responsabilização pelo dano. A elisão da responsabilidade pelo dano só ocorreria nos casos de força maior ou caso fortuito, ou, ainda, eventualmente, poder-se-ia excluí-la quando da ausência de qualquer tipo de nexo de causalidade entre o dano e o indigitado agente, seja por ação ou omissão¹⁵.

A primeira parte do art. 17 cuida que as coisas tombadas não sejam destruídas, demolidas ou mutiladas. Não menciona o referido artigo que os bens não venham a ser modificados – apenas condiciona as reparações, pinturas e restaurações à prévia autorização do órgão competente.

A interpretação do art. 17 é de fundamental importância na medida em que o que é basicamente proibido é a destruição do bem tombado. Este pode seguir seu ciclo vital, mais ou menos longo, em função da sua própria natureza – e é a natureza que o levará ao seu desaparecimento. Com relação às coisas vivas, a conservação implica a manutenção das condições vitais e ambientais propícias à permanência da coisa. A alteração de circunstâncias vitais que afetem a permanência do bem tombado, interferindo no seu ciclo, estaria causando dano à sua conservação e, conseqüentemente, contribuindo para sua destruição; e isto é vedado pela lei.

¹⁵ Neste sentido, ver o Acórdão do Tribunal Federal de Recursos – Apelação Cível n° 34.539 – 22.06.82.

Por outro lado, e o que é mais comum, o tombamento incide sobre coisas móveis ou imóveis, fruto da indústria humana, tais como cidades, prédios, objetos de arte etc. A não destruição destes bens tombados pode ter dois aspectos. O primeiro, relativo à ação proposital – aquela que o indivíduo, por ato próprio, investe sobre o objeto, fazendo-o desaparecer ou mutilando-o. Esta ação é facilmente caracterizável, já que fica clara a relação entre a ação do indivíduo e o desaparecimento da coisa. No entanto, a segunda hipótese, mais sutil, relaciona-se com a omissão. Neste caso, o indivíduo, embora veja a necessidade de reparos para a conservação do bem tombado de modo a evitar sua deterioração rápida, omite-se em fazê-lo, permitindo, desse modo, que a ação do tempo no objeto tombado acelere sua própria destruição. Essa omissão do proprietário em conservar o bem tombado, viabilizando seu perecimento célere, enquadra-se na hipótese de omissão por negligência, uma vez que, tendo obrigação de conservar a coisa, deixou de cumprir esta sua obrigação.

Para os bens tombados fruto da indústria humana, em função desta sua natureza não é de se esperar a conservação natural ou ambiental. Cada espécie de bem tombado impõe tipos diferentes de conservação. Se o bem tombado foi produzido pelo homem, sua conservação dar-se-á através da ação humana que, interferindo nos agentes de deterioração, evitará o seu desaparecimento. Já com os bens naturais a interferência humana será no sentido de evitar as circunstâncias ambientais que alterem o ciclo vital da coisa tombada. Em ambos os casos, o que se visa é a permanência da coisa através da sua conservação.

Quando o bem tombado é totalmente destruído ou demolido, torna-se fácil caracterizar a ação danosa. No entanto, é menos objetiva a compreensão da expressão “mutilar”, contida no art. 17 do Decreto-lei 25/37. O que é mutilar?

A mutilação ao bem tombado deve ser compreendida junto com o disposto no final do art. 17, que determina a audiência do órgão competente para autorizar reparos, pinturas ou restaurações no bem. Caberá, portanto, ao órgão ao qual a lei conferiu o poder de polícia específico determinar, em cada caso, o que poderá ser feito no bem tombado, de modo que a alteração pretendida não o descaracterize, mutilando-o. Será, portanto, o órgão do patrimônio que determinará o que será, ou não, mutilação ao bem tombado, dentro dos limites de seu poder discricionário.

Se existe a proibição de alterar o bem tombado sem a autorização da autoridade competente, aquele que viola esta determinação estará cometendo infração à norma legal, ainda que sua alteração venha, posteriormente, a ser considerada admissível. A dificuldade está em determinar a pena aplicável, já que decorre da ação ilegal a responsabilidade de reparar o dano e a “multa de cinquenta por cento sobre o dano causado” (art. 17). Em ambos os casos, seja de reconstituição, seja de multa, pressupõe-se o dano. Se não há dano, apenas ilegalidade da ação por falta da autorização, não há legalmente prevista cominação aplicável¹⁶.

A mutilação, portanto, está ligada à questão da forma de interferência e alteração no bem tombado, cujos critérios são da competência do órgão do patrimônio estabelecer. Estabelecer os critérios que permitam alterar o bem tombado deverá estar ligado ao próprio critério do tombamento e, conseqüentemente, à inscrição do bem num ou noutro Livro do Tombo. O Decreto-lei 25/37 refere-se no seu art. 4º, a 4 (quatro) Livros do Tombo, nos quais as coisas poderão estar inscritas. Em um ou mais deles, separada ou agrupadamente. O ato administrativo da inscrição em determinado Livro do Tombo significa a razão preponderante que justificou o tombamento. Tomemos, como exemplo, o tombamento do “acervo arquitetônico e paisagístico da cidade de Igarauçu”, em Pernambuco, bem inscrito no *Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico*. Neste mesmo conjunto arquitetônico e paisagístico, foram objeto de tombamento bens isolados como a Capela de Nossa Senhora do Livramento, com inscrição no *Livro Histórico* e no *Livro de Belas-Artes*. As inscrições diferenciadas justificam determinações também diferenciadas com relação à diretriz de conservação do bem, a ser dada pelo órgão que assim as inscreveu. Pressupõe-se que o tombamento de uma cidade, ou parte dela, inscrita no *Livro Paisagístico*, significa que o que está sendo tombado é o conjunto, cujas partes formam o todo – o bem tombado. Conseqüentemente, a alteração de qualquer de suas partes, dependendo da forma de fazê-lo, deverá ser examinada não especificamente com relação a elas

¹⁶ Não obstante, caso a falta de autorização já tenha sido objeto de ação judicial visando à paralisação do ilícito, é evidente que, nesta via, poderá ser pedida cominação por não cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

mesmas, mas com relação ao todo¹⁷. E ainda mais: se o tombamento é paisagístico, incluídas aí a parte agenciada pelo homem e a natural, não se poderá exigir a conservação daquilo que não forme a paisagem, isto é, o interno; pelo exposto, é de nenhuma relevância a manutenção do partido arquitetônico do interior das casas, na medida em que este não compõe a paisagem tombada.

Por outro lado, com relação à Capela Nossa Senhora do Livramento, tombada individualmente, se exigirá, de conformidade com sua inscrição histórica e de belas-artes, a conservação de tudo aquilo que justifique esta inscrição. Por via de consequência, não se poderá alterar qualquer elemento que descaracterize o motivo histórico de sua inscrição, nem os elementos constitutivos que justificaram sua classificação de “belas-artes”. No exame, portanto, de todo pedido de alteração no referido bem, dever-se-á levar em conta este duplo fator – a razão histórica do seu tombamento e os elementos que o caracterizam como uma obra de belas-artes.

A inscrição do bem em diversos Livros do Tombo tem como efeito jurídico estabelecer a diretriz e o âmbito da ação discricionária do órgão do patrimônio quando do exame técnico das modificações ou alterações a serem feitas no bem tombado. Trata-se de campo de trabalho especializado, mas que não poderá contrariar a motivação do ato do tombamento. A discricionariedade do exame técnico só se manterá dentro dos limites da legalidade e da legitimidade do ato administrativo se as exigências pertinentes à conservação do objeto forem coerentes e compatíveis com o motivo que justificou, jurídica ou tecnicamente, o próprio tombamento.

17 Neste sentido, ver o Acórdão do Tribunal Federal de Recursos – Apelação Cível nº 40.130 – Pernambuco – 07.11.80:

[Ementa:] “O tombamento pode atingir apenas determinado prédio ou um conjunto de prédios, impondo a restrição a quantos sejam proprietários na área tombada. (...) A edificação na área tombada deve estrita obediência à fiscalização do IPHAN. (...) Se a obra, de interesse público, já está em estágio adiantado, há que conciliar a sua conclusão com as linhas do conjunto, de modo a não desfigurar este e não prejudicar aquele interesse.”

6.2.3. Obrigações do proprietário da coisa tombada

O Decreto-lei 25/37 não se refere, senão a *contrario sensu*, à obrigação de o proprietário conservar a coisa tombada. O art. 19 dispõe que o proprietário sem recursos para sua conservação deverá levar o fato ao conhecimento do órgão do patrimônio, sendo sua omissão, neste sentido, punida com multa.

Na prática, a verificação da disponibilidade de recursos do proprietário para proceder a obras de reparação pode ser de difícil avaliação; isto porque, em alguns casos, essas obras podem ser de grande monta, inviabilizando o dispêndio dos recursos por parte dos proprietários. A causa das grandes obras de restauração pode ter várias origens; em alguns casos, o bem tombado já se encontra num estado adiantado de deterioração; aí, como não havia tombamento, também não poderá ser imputada ao proprietário a responsabilidade pela sua restauração. Noutros casos, porém, o bem se deteriora por falta de conservação permanente do próprio proprietário; aí, pode ser apontado ilícito do proprietário, já que este deixou que o dano se tornasse vultoso, de modo a inviabilizar as obras de restauração com seus próprios recursos. Nesta última hipótese, ainda que o poder público realize obras no bem particular, como o dano teve como causa o ilícito praticado pela negligência do proprietário, cabe-lhe arcar com a responsabilidade, através do pagamento das despesas, respondendo pela dívida com seu patrimônio.

De modo geral, não se permite a aplicação de recursos públicos em bens particulares. No entanto, com relação aos bens tombados de domínio privado, o Decreto-lei 25/37 permitiu, em casos especiais, que a autoridade realizasse obras nesses bens com recursos públicos. Parece bastante razoável este comando da legislação, pois, embora a coisa seja privada, seu valor cultural reveste-a de interesse público, caracterizando-a por dois interesses – o privado, enquanto propriedade particular, e o público, enquanto bem de valor cultural. Desse modo, as obras realizadas, se por um lado poderão crescer o valor da propriedade, este aspecto será subsidiário, já que elas se justificam pela razão de conservação e manutenção do valor cultural de interesse público que o bem tem.

Duas hipóteses referidas no Decreto-lei 25/37 justificam o dispêndio de recursos públicos em bens privados: a hipótese de não ter o proprietário recursos para proceder a obras (§ 1º do art. 19), e na hipótese de

urgência de realizá-las (§ 3º do art. 19). Em qualquer uma delas, independentemente de autorização do proprietário, o poder público poderá executá-las às suas expensas de modo a atender à finalidade da tutela, que é a conservação do bem.

O proprietário, em função do art. 19, sempre que tiver recursos, tem obrigação de conservar o bem; ressalvada a circunstância, que ilidiria sua responsabilidade, o proprietário terá sempre que responder pelas obras de conservação – ou executando-as diretamente, ou ressarcindo o poder público, se este as executar. A falta de conservação do bem tombado, tendo o proprietário recursos, constitui ilícito, decorrendo daí a responsabilidade por seu ressarcimento, de conformidade com o previsto no Decreto-lei 25/37.

A obrigação de reparar o dano, pela sua recomposição, não deve ser confundida, ou substituída, pelas multas previstas nos arts. 17 e 19 do Decreto-lei 25/37. Embora a redação do artigo refira que o dano ao bem tombado será punido com multa, esta tem natureza administrativa, não se substituindo à obrigação principal de reparação¹⁸. Admitir que a multa administrativa substitua a obrigação de reparação do dano é desatender à finalidade da lei – que é a conservação da coisa que, quando mutilada, deve ser reparada. A multa prevista no referido art. 17 é de cinquenta por cento do dano causado. É evidente que metade do valor do dano não permitirá jamais a sua reparação, ainda que o poder público receba a multa. Deve-se entender, portanto, que a multa aí prevista tem caráter coercitivo, com o objetivo de obrigar o proprietário a reparar o dano. De outro modo, também não faria sentido a multa prevista no art. 19, quando se impõe ao proprietário sem recurso “multa correspondendo ao dobro da importância em que for avaliado o dano sofrido pela mesma coisa”, quando não avisar ao órgão do patrimônio sobre as obras de conservação que forem necessárias ao bem. Neste caso, apesar de o proprietário não ter, inicialmente, obrigação de reparar a coisa, a falta da comunicação presumirá sua negligência de pedir sua conservação ao órgão competente. Vê-se, portanto, que as multas nesses casos têm caráter meramente coercitivo, não podendo fazê-las substituir o cumprimento da obrigação principal.

Finalmente, ainda com relação às multas, há que se referir à forma pela qual se apura o valor da multa. A lei sempre menciona um percen-

18 Para alguns autores, a multa administrativa “é a imposição pecuniária a que se sujeita o proprietário a título de compensação do dano presumido da infração”. (Hely L. Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 153)

tual sobre “o valor do dano”. Ora, o maior dano, quando se mutila um bem tombado, é o próprio valor cultural avariado; no entanto, este valor é inestimável. Na circunstância específica das multas, contudo, não se deve ater ao valor inestimável do bem cultural já que se assim fosse, a multa seria incobrável. A fim de viabilizar o previsto na lei, há que se considerar dano as condições materiais necessárias à eventual recuperação daquele bem. Não obstante, muitas vezes, a recuperação de um bem tombado mutilado não seja completa e integral, há de se avaliar a recuperação possível e, a partir dela, perquirir o valor da multa.

Circunstância especial deve ser considerada no caso de perda total do bem tombado, com sua destruição ou demolição. Nestes casos, o próprio órgão do patrimônio histórico, tecnicamente, pode recomendar a não reconstrução do bem, de modo a não se erigir reproduções ou cópias de documentos culturais. Essa hipótese também não obsta a aplicação de multa, já que esta poderia ser apurada pelo valor que seria eventualmente necessário à reconstituição do bem, ainda que a construção não venha a ser feita. Em casos graves como este, a punição deve estar, sem dúvida, não na esfera civil, mas na esfera penal. O art. 165 do Código Penal prevê hipóteses de ilícito penal para os casos de “destruição, inutilização ou deterioração de coisas tombadas”¹⁹ e, ainda no art. 166, punibilidade para o fato enquadrável também como ilícito penal de “alterar, sem licença da autoridade competente, o aspecto de local especialmente protegido por lei”, aplicável, esta hipótese, à vizinhança de bem tombado, que abordaremos a seguir.

6.2.4. Efeito do tombamento na vizinhança do bem tombado

Dos efeitos do ato de tombamento, as restrições feitas pelo Decreto-lei 25/37 à vizinhança do bem tombado são de importância fundamental. Diz o art. 18, *in verbis*:

Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer

¹⁹ Ver julgado da Justiça Federal de Sergipe – Processo nº 4.349/76. Trata-se de processo criminal em que foi condenado o prefeito da cidade de São Cristóvão (SE) – tombada pelo IPHAN –, por mandar demolir o mercado municipal e construir sanitário público em desarmonia com o conjunto arquitetônico da cidade (vizinhança do bem tombado)

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, impondo-se neste caso multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto.

A restrição que se impõe à vizinhança é decorrente da própria existência de um bem tombado, logicamente bem imóvel, no intuito de que ele seja visível e, conseqüentemente, admirado por todos.

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 é 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 sua compreensão no espaço urbano²⁰.

Neste sentido, não só prédios reduzem a visibilidade da coisa, mas qualquer obra ou objeto que seja incompatível com uma vivência integrada com o bem tombado²¹. O conceito de visibilidade, portanto, ampliou-

20 Neste sentido, ver o parecer de Luiz Rafael Mayer (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 120, abr./jun. 1975, p. 403 e segs.): “Sem dúvida, cabe ao IPHAN o poder discricionário, nos limites da lei, de ajuizar da vizinhança comprometedora e da redução ou impedimento da visibilidade, que importem em prejuízo do bem paisagístico a resguardar. A validade do seu julgamento só deve ceder diante de fatos que demonstrem um excesso de poder, erro nos motivos determinantes do seu ato. Seria preciso, para nulificá-lo, esclarecido que a construção não se erige na vizinhança de imóvel tombado, nem constitui detrimento para a visibilidade e a ambiência. (...) Acentua-se que os conceitos em causa e o conteúdo do juízo discricionário devem ser considerados em face da peculiaridade dos bens e valores e proteger, isto é, a ambiência paisagística, as belezas naturais (...)”

Ver também o voto do Ministro Vitor Nunes Leal no Acórdão do Superior Tribunal Federal – RE 41.279 – 09.10.1965 (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 84, abr./jun. 1966, p. 155-65): “(...) No caso dos autos, o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional não foi ouvido para a construção do edifício e sustentou, convincentemente, que ficava prejudicado o monumento histórico e artístico do Outeiro da Glória, na sua visibilidade, com a obra em questão. Evidentemente, não se trata da simples visibilidade física, mas da visibilidade de um ponto de vista estético ou artístico, porque está em causa a proteção de um monumento de arte: a igreja histórica integrada num conjunto paisagístico(...)”.

21 Assim decidiu o Tribunal Federal de Recursos na Apelação Cível 1.515-PB, de 05.12.52 (*Revista dos Tribunais*, 222, p. 559):

[Ementa:] “Patrimônio Histórico e Artístico – Convento tombado como monumento histórico – Respeito à sua visibilidade – Conceito diverso desta última – Levantamento de pórtico para ginástica nas proximidades – Inadmissibilidade.”

se para o de ambiência, isto é, harmonia e integração do bem tombado à sua vizinhança, sem que exclua com isso a visibilidade literalmente dita.

O art. 18 do Decreto-lei 25/37 também conferiu ao órgão do patrimônio histórico o poder discricionário de autorizar obras, objetos, cartazes na vizinhança do bem tombado visando à sua ambiência. Também neste caso, o âmbito da discricionariedade da administração é bastante amplo, mas estritamente técnico. De fato, seria difícil se estabelecer na lei critérios que, uniformemente, se aplicassem a qualquer espécie de tombamento de imóvel. Há legislações estrangeiras e de Estados-membros nacionais que optaram por adotar o critério objetivo da distância, por exemplo, determinando previamente que são vizinhos os imóveis situados a 500 metros, no diâmetro de qualquer bem tombado. Entretanto, nenhuma delas conseguiu ainda estabelecer, objetivamente, critérios uniformes aos quais se submeteriam todos os bens vizinhos no âmbito previamente determinado. Como tratar da mesma forma a visibilidade de uma igreja, ou de uma serra tombada, a de um núcleo histórico ou de um bem isolado? Parece evidente que os tratamentos são diversos, sem o que o objetivo da lei não será atingido; caso contrário, a visibilidade e a ambiência do bem poderão estar satisfatoriamente protegidas em um caso, e não em outro²².

Caberá ao órgão competente 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. Muitas vezes, o órgão não regulamenta esses critérios, mas este fato não exclui a possibilidade de sua existência. Ter critérios para aprovação de obras e objetos na vizinhança do bem tombado é o pressuposto da legitimidade e, conseqüentemente, da validade do ato administrativo de aprovação. Ainda que não haja ato administrativo normativo fixando os parâmetros a serem aplicados a cada caso de vizinhança de bem tombado, é evidente que o órgão do patrimônio jamais poderá adotar critérios diferenciados para duas aprovações, tratando-se da mesma hipótese de bem tombado; neste caso a discricionariedade que lhe é conferida pelo art. 18 estaria transformada em arbitrariedade.

²² Ver o parecer de Adroaldo Mesquita da Costa, dado em 15.03.69 (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 93, out.68, p. 379 a 381): "(...) Não basta que a construção esteja na vizinhança da coisa tombada, é necessário que a mesma impeça ou reduza a visibilidade. Essa vizinhança não está – nem poderia estar – delimitada matematicamente. Está, entretanto, condicionada ao prejuízo da visibilidade da coisa tombada. Se esse prejuízo não existir, também inexistente a possibilidade de aplicação do art. 18 do Decreto-lei 25, de 1937 (...)"

Não se quer dizer com isto que, ao longo do tempo, os critérios para 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.

Tão importante quanto a coerência de critérios técnicos para casos análogos é a explicitação dos motivos que levaram a autoridade a adotar este ou aquele critério. Não obstante a lei tenha dado à autoridade poder discricionário para decidir quanto à conveniência e oportunidade para adoção do critério que julgar mais adequado e pertinente, isto não significa a possibilidade de não se ter critérios, ou de não explicitá-los. Não se pode admitir, no ato administrativo, a ausência de motivo – falta do critério, no caso. E ainda que este exista, a falta de sua menção impossibilitaria ao administrado o controle de sua legitimidade, o que também não é de se admitir. O que não cabe, como é pacífico na doutrina e jurisprudência, é questionar o mérito do critério adotado. Havendo várias possibilidades técnicas, está dentro do âmbito da discricionariedade do poder público, no caso, a escolha de qualquer delas; a adoção de uma ou de outra é inoponível pelo particular, bem como não cabe levá-la à apreciação do Judiciário. A este último caberá somente manifestar-se sobre a ausência de critérios, ou sua falta de consistência com outras hipóteses análogas, que caracterizariam sua ilegitimidade por extravasar o âmbito da discricionariedade para o da arbitrariedade²³.

23 Neste sentido, ver o parecer de Luiz Rafael Mayer, de 23.01.75 (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 120, abr/jun 1975, p. 403 a 411): “(...) Outro mestre de direito, Gastone Pasini [*La tutela delle bellezze naturali*. Napoli: Morano, 1967, p. 46 e segs.], desse mesmo país onde o assunto é de notável preocupação dos juristas, reforça o ensinamento de que, qualquer que seja a qualificação jurídica a atribuir-lhe, o provimento (autorização para obras) da autoridade competente, é pacífico que se deva considerar como amplamente discricionária, dado que, em substância, se trata de uma apreciação em ordem ao prejuízo, que pode ser causado pelas modificações requeridas, ao aspecto exterior dos bens sujeitos à tutela; apreciação indubiamente deixada à discricionariedade técnica da administração pública. (...) Os provimentos da autoridade devem, obviamente, ser motivados com base em apreciação de ordem estética e paisagística, sendo exclusivamente sob esse ângulo visual que é realizado o regime de proteção. E conclui que a negativa de autorização exaure sua eficácia nos confrontos do projeto apresentado, mas não preclui a apresentação de ulteriores projetos a que a autoridade apreciando a compatibilidade como interesse público possa consentir na realização (...)”. (grifos nossos)

Muitas vezes, contudo, a autoridade competente faz baixar ato administrativo normativo estabelecendo, objetiva e explicitamente, os critérios que adotará para os casos de vizinhança de determinado bem tombado. Nesta hipótese, há um estudo técnico que abrange toda a área, e se determinam, *a priori*, as regras aplicáveis, os critérios que adotará para os casos de vizinhança de determinado bem tombado. Aí não será, evidentemente, necessário que se explicita, a cada aprovação, seu motivo, já que é aplicável a regra contida no ato administrativo normativo e genérico que, para sua edição, já se motivou em estudos técnicos. Por outro lado, a partir da edição do ato, a administração se autovincula, não podendo deixar de aplicar as regras ali contidas em nenhum caso específico. Para revogá-las, será necessária a edição de outro ato administrativo normativo. Embora o objetivo das restrições a imóveis da vizinhança de bens tombados seja permitir a ambientação do bem tombado para sua melhor apreciação, é evidente que as limitações a serem feitas nesses imóveis não devem ser da mesma ordem ou intensidade daquelas feitas à coisa tombada. Aos imóveis da vizinhança não se lhes pode exigir a conservação do prédio, com seus caracteres, pois isto equivaleria ao próprio tombamento.

Enquanto em relação aos bens tombados, a obrigação é de conservar, de fazer a conservação e de não lhes fazer alterações que descaracterizem o bem, com relação aos prédios vizinhos passa-se a exigir que estes não perturbem a visão de bem tombado, sem que, contudo, tenha de se manter se manter o imóvel tal como é; basta que sua utilização ou modificação não afete a ambiência do bem tombado, seja pelo seu volume, ritmo da edificação, altura, cor ou outro elemento arquitetônico. São, portanto, de ordem e intensidade diversas as limitações feitas ao bem tombado, cujo objetivo é a conservação, e ao bem vizinho, cujo objetivo, não sendo a conservação, é a de não perturbação da ambiência da coisa tombada. Para um a obrigação é a de fazer (conservar), e para outro é de não fazer (não perturbar).

Muitas vezes as limitações impostas a imóveis vizinhos de bens tombados são igualmente restritivas, do ponto de vista econômico, como ao próprio bem tombado, sobretudo quando elas obrigam a manutenção do gabarito daqueles bens. Faz-se mister então definir o momento a partir do qual essas limitações se impõem. Já tivemos oportunidade de abordar a questão de que o tombamento, sendo ato administrativo, torna-se eficaz a partir da publicação da sua inscrição no Livro do Tom-

bo, e a partir desta publicação, insusceptível de ser alegado por terceiros seu desconhecimento. Portanto, com relação aos vizinhos exigir-se-á o cumprimento de suas obrigações a partir do momento da publicação da inscrição definitiva ou, no tombamento provisório, da publicação da notificação dirigida ao proprietário.

Outra questão, com relação ao art. 18, é a definição do que venha a ser “vizinhança” do bem tombado. Deixou a lei ao alvedrio da autoridade administrativa estabelecer, a cada caso, os limites desta vizinhança. Uma pergunta coloca-se: é possível admitir-se a incidência da tutela sem ato administrativo que se estabeleça previamente os seus limites? Isto é, sem prévia definição do objeto da vizinhança do bem tombado, o art. 18 seria autoexecutável? Em princípio, não há por que se negar execução ao art. 18 para o prédio que seja, indubitavelmente, vizinho a um bem tombado. Não nos parece razoável negar-se a aplicação do artigo para os casos em que, pelo consenso social, é inquestionável a situação de vizinhança do prédio. No entanto, como vimos, a vizinhança pode não ser só uma questão de proximidade absoluta, mas, muitas vezes, pode se estender por uma área que só seria compreensível e detectável, em princípio, aos olhos do técnico. Neste caso, quando a área não é detectável ao olho do cidadão comum, para fazer-se exigir a tutela será necessária a prévia determinação da área; isto porque, pela simples publicação da inscrição do tombamento, o que pode ser admissível e, portanto, exigível é que o art. 18 seja aplicável, naquela área vizinha que tenha recognoscibilidade social, ampla e indubitável. Não será, entretanto, exigível a aplicação de tutela em áreas que, recognoscíveis como vizinhança apenas por olhos técnicos, não tenham sido previamente demarcadas, pois sua publicidade pela própria divulgação do tombamento não poderia ter sido ordinariamente presumida. Oponível à administração este questionamento, caberá a ela avaliar sua pertinência; mas tratando-se de avaliar a questão do alcance da publicidade presumida do ato administrativo, caberia também sua apreciação pelo Judiciário, já que não se trata de apreciar o mérito do ato administrativo, mas aspecto de sua legalidade e legitimidade.

Vimos que a vizinhança de bem tombado é limitação necessária decorrente do tombamento de bem imóvel. Presume-se que todo bem imóvel tenha vizinhança protegida, salvo manifestação em contrário da administração, ao verificar, face às circunstâncias peculiares, que esta

não se faz necessária. Ainda que seja efeito decorrente do ato de tombamento, a tutela da vizinhança caracteriza-se por limitar direitos de uso e gozo da propriedade vizinha, sem que com isso se caracterize como servidão administrativa, como veremos no próximo capítulo.



CAPÍTULO 7

Natureza jurídica do tombamento

O principal efeito jurídico do tombamento é transformar em interesse jurídico os valores culturais contidos na coisa. O proprietário do bem, ao se tornar titular de domínio, ele o é sobre os aspectos materiais (e econômicos) da coisa. A coisa, no entanto, pode ter funções de interesse público, enquanto objeto inserido no contexto social; dentre esses interesses, estão os valores culturais, bens imateriais inapropriáveis individualmente.

Uma vez regulado em lei, cabe à administração limitar o exercício dos direitos individuais, em função do interesse coletivo¹.

É evidente que não escapa desse princípio geral o direito de propriedade, móvel ou imóvel, rural ou urbana, pública ou privada. A legislação moderna acolhe o princípio da limitação ao exercício do direito da propriedade em função do interesse público; a questão que se coloca é a intensidade desta limitação².

Existe, por vezes, uma aparente contradição entre a face privada e a face pública do direito de propriedade. No entanto, se entendermos que o direito de propriedade nasce, necessariamente, com esses dois aspectos, não há como aceitar qualquer contraposição entre a sua função social e o seu desfrute individual. O Código Civil, que, como já mencionamos, regula os aspectos privados da propriedade, em momento algum impede, antes, pelo contrário, expressa a incidência da limitação de caráter público, decorrente do interesse coletivo – as chamadas limitações administrativas.

1 “*Poder de polícia* inclui todas as restrições impostas pelo Poder Público aos indivíduos, em benefício do interesse coletivo, saúde (...), interesses econômicos e sociais. (...) Resolve-se em um conjunto de limitações impostas ao indivíduo e à propriedade para assegurar os fins gerais da sociedade.” (grifos no original) (Themístocles B. Cavalcanti, *Curso de Direito Administrativo*, 1964, p. 135)

2 Neste sentido, parecer de Verena Nygaard Becker (*Revista de Direito Público*, p. 49-50): “(...) Evidentemente, as limitações previstas em lei não podem ser tais que cheguem a interditar o uso da propriedade. Se, assim, de fato, for, o Poder Público deverá desapropriar o bem tombado, hipótese que é expressamente prevista na Lei das Desapropriações” (Decreto-lei 3.365/41, art. 5º, “k”).

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”³, 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 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 indeclinável⁴.

Os direitos de vizinhança, assim como os direitos reais sobre propriedade alheia, caracterizam-se pela titularidade de direito próprio, decorrente de uma situação específica – seja de vizinho, seja de compartilhamento de um dos elementos do direito de propriedade, e não têm caráter de generalidade, pois são exercitáveis apenas por sujeito específico, o titular do direito, seja ele pessoa pública ou privada.

Ao se falar em tombamento, é fundamental que se caracterize a natureza jurídica deste instrumento. É através da especificação de sua natureza jurídica que se poderá aplicar ao instituto as diversas regras a ele pertinentes e melhor delinear os efeitos jurídicos que daí decorrerão.

Não existe uniformidade na doutrina jurídica nacional quanto à caracterização da natureza jurídica do tombamento: alinham-se os autores ora definindo o tombamento como limitação administrativa, ora o definindo como uma servidão administrativa. Há ainda aqueles que, embora definam o tombamento como uma limitação administrativa, indicam que as restrições à visibilidade ao bem tombado são servidões administrativas. Finalmente, há alguns autores que não enquadram o tombamento nem como limitação administrativa, nem tampouco como

3 Hely L. Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 531.

4 Hely Lopes Meirelles (op. cit.) menciona que as limitações “podem gerar obrigações e direitos subjetivos entre vizinhos interessados na sua observância”. Entretanto, somos da opinião que os direitos dos vizinhos, do campo do direito privado, são regulados pelo Direito Civil. As limitações, tendo o caráter de interesse público geral, devem fazer nascer direitos públicos coletivos, exigíveis pelos cidadãos, no sentido de fazer o Estado, no âmbito da lei cumprir o seu poder-dever.

servidão, fazendo crer que se trata de instituto diferenciado da limitação e da servidão administrativa⁵.

A não uniformidade em enquadrar o tombamento, seja como limitação, seja como servidão administrativa, não decorre só do delineamento da figura jurídica do tombamento, mas sim da eventual imprecisão, em direito público, quanto aos institutos da limitação administrativa e, sobretudo, da servidão administrativa. Não há, inclusive, uniformidade de entendimento quanto ao uso dos termos restrições administrativas e limitações administrativas⁶.

A questão remonta, evidentemente, à concepção do próprio direito de propriedade, da definição de seu conteúdo jurídico, das suas limitações, dos ônus e direitos de terceiros em relação a ela. Não é cabível, e nem possível, tratar aqui de tema tão amplo, senão para estabelecer uma ligação, minimamente essencial à compreensão da natureza jurídica do tombamento. Cada uma destas figuras jurídicas e institutos (propriedade, limitação administrativa, servidão, ônus reais etc.) são, por si só, assuntos quase que infindáveis de se abordar em estudos jurídicos. Faz-se necessário discutir não essas figuras, mas, sim, com relação a elas e a partir de algumas de suas referências e peculiaridades, a compreensão da figura do tombamento.

No sistema jurídico brasileiro, o direito de propriedade tem no Direito Romano sua fonte inspiradora de princípios básicos; decorrentemente, portanto, lá encontraremos também os delineamentos das restrições à propriedade. Embora muitas vezes se mencione que no Direito Romano o direito de propriedade era absoluto, esta afirmação traduz de modo simplista a questão; ao contrário, o Direito Romano previu inúmeras restrições ao direito de propriedade⁷.

A propriedade, na sua concepção mais absoluta, é muito mais afeta à tradição do século XVIII do que àquela expressada no Direito Romano.

5 “Surgem, então, as figuras do tombamento e das servidões, às vezes se entremesclando, de tal sorte que se torna difícil saber se nos referimos à figura jurídica do tombamento ou à da servidão, e não aos rótulos ‘tombamento’ e ‘servidão’.” (Lúcia V. Figueiredo, *Disciplina Urbanística da Propriedade*, p. 15)

6 Alguns autores distinguem limitação de restrição: no direito brasileiro, como limitações – aquelas que não implicam desdobramento do direito de propriedade, mas na regulamentação do seu exercício, para conformá-los ao interesse público, filiam-se Celso Antônio Bandeira de Mello, Evaristo Silveira Júnior, Temístocles Cavalcanti, Hely Lopes Meirelles.

7 Ver, neste sentido: Fernando A. Oliveira, *Limitações administrativas à propriedade privada*, p. 35-7.

Na tradição denominada liberal o Estado tinha, dentre suas funções essenciais, a de resguardar o amplo domínio da propriedade. E é por este motivo que a Constituição brasileira de 1824, introduzindo os direitos e garantias individuais, colocou a garantia do direito de propriedade ao lado do direito à vida e à liberdade. Esta colocação, no que se refere ao direito de propriedade, sem dúvida, reflete com muito mais vigor as idéias iluministas do século XVIII do que a tradição romanista.

Na tradição romana, sobretudo com referência ao período de Justiniano, havia inúmeras restrições ao direito de propriedade. Essas restrições eram concernentes, sobretudo, ao uso da propriedade, de modo a proteger direitos de passagem, de pedestres, de aquedutos, de luz, de altura etc., chamados todos servidões⁸.

A servidão, no Direito Romano, inicia-se como um acidente físico e passa depois a ter um caráter de utilidade física ou jurídica. Pode-se observar, aí, que a servidão nasceu no campo do direito privado, distinguindo-se as denominadas servidões reais das servidões pessoais⁹.

As restrições impostas à propriedade no Direito Romano embora sejam, em princípio, vistas como de interesse privado, pois faziam nascer o direito para aqueles que delas se serviam, não se lhes pode tirar também o sentido da ordem pública, pois, de certo modo, estabeleciam regras de convívio social entre vizinhos¹⁰.

No Direito Romano não havia o que hoje chamamos de limitações administrativas. No entanto as denominadas servidões pessoais muito se

8 *Servitus cloacoe*
Servitus aquaeductus
Servitus no luminibus officiatum
Servitus altius non tollendi.

“As maneiras genéricas, sem fazer menção a este ou aquele período, mas concebendo o Direito Romano como um todo, podemos definir as servidões como direitos reais sobre coisa alheia (*jura in re aliena*), quer em proveito de um prédio, quer em proveito de uma pessoa.” (José Cretella Jr., *Tratado de Direito Administrativo*, vol. V, p. 181)

9 Ruy Cirne Lima, *Princípios de Direito Administrativo*.

10 “Relembremos, mais uma vez, que a figura de servidão administrativa, como categoria jurídica, não é exclusivamente do direito privado, devendo seu estudo ser empreendido pela teoria do direito.” (José Cretella Jr., op. cit., p. 182)

aproximam dos chamados direitos de vizinhança, que não são servidões no direito brasileiro. As servidões, no nosso direito positivo privado, são aquelas que se caracterizam pelo uso concomitante de determinada propriedade pela serviência que faz o prédio dominante sobre o prédio serviente. Já os direitos de vizinhança, não obstante criem direitos a serem impostos em função de situação específica, não implicam uso concomitante da propriedade serviente. Impõe-se ao vizinho uma obrigação de não fazer ou de suportar, sem que isto caracterize um desdobramento, para outro sujeito, da titularidade de um dos elementos que compõem o direito de propriedade.

A servidão, no nosso direito positivo privado, está inserida no *numerus clausus* dos direitos reais. O direito sobre a coisa implica necessariamente *jus in re aliena*¹¹. A titularidade sobre um dos elementos do direito de propriedade dá àquele que a possui o direito ao seu exercício sobre o bem, o direito de sequela e, em regra, o direito à sua alienação.

Ao contrário do que pode ser observado no direito francês, que absorveu a tradição romana no sentido de admitir tanto as servidões reais como as servidões pessoais, no direito brasileiro privado só poderão ser reais, pois assim a lei especificou; os direitos de vizinhança, que se assemelham às chamadas servidões pessoais, não são direitos reais para nossa legislação privada.

Inúmeras são, na doutrina pátria, as definições para as servidões civis, mas tendo o Código Civil estabelecido determinadas regras para sua aplicação, fica mais fácil distingui-las dos demais direitos reais, e dos direitos de vizinhança. Caracterizam a servidão os princípios: da perpetuidade, mediante a perda, pelo proprietário do prédio serviente, do exercício de alguns dos seus direitos dominiais (art. 695 do Código Civil); o da não presumibilidade (art. 696, Código Civil); o da indivisibilidade (art. 707, Código Civil) e o do seu exercício moderado, restringindo-se às necessidades do prédio dominante (arts. 704, 705 e 706 do Código Civil).

Ao contrário das servidões civis, a servidão administrativa, enquanto figura genérica de direito público, não está prevista em lei (ressalvada a previsão ou criação de algumas servidões específicas). Seria mais fácil caracterizar a figura da servidão administrativa se esta seguisse estritamente os moldes e os pressupostos da servidão civil. No entanto, o que

¹¹ Para Maria Sylvia Zanella di Pietro, “as servidões têm *jus in re aliena*, no qual alguns poderes do conteúdo do domínio se destacam e se transferem a terceiros”. (*Servidões Administrativas*, p. 44)

basicamente as diferencia é a inexistência do prédio dominante, como fato jurídico determinante da servidão, sobre o prédio serviente. O que basicamente as assemelha é a constituição de um direito real sobre coisa alheia, elemento essencial na sua caracterização de ônus real. Reputamos que a existência do prédio dominante, em Direito Civil, é justificável, uma vez que este ramo do Direito, regulando as relações privadas sobre a propriedade, haveria de estabelecer o pressuposto básico desta relação, indicando o motivo a partir de um sujeito para com outro sujeito, no caso, de coisa privada com relação a outra coisa privada, e seus respectivos titulares. Para transpor, contudo, esta figura basicamente de direito privado, para o ramo do direito público, é necessário que não se perca sua ideia geral. É preciso admitir que determinados institutos e princípios constituem-se “formulações genéricas, *in abstracto*”, com “suas conotações essenciais ainda não (...) totalmente (...) comprometidas com nenhum dos dois ramos em que se divide a ciência jurídica”¹².

A maioria dos autores acolhe a figura da servidão administrativa como um ônus real, de finalidade pública, constituído sobre propriedade alheia. Como em direito público inexistente o pressuposto do chamado prédio dominante, a dificuldade se dá no enquadramento de muitas situações jurídicas nesta caracterização. Se não é possível, no âmbito do direito administrativo, a perfeita semelhança com figura de direito privado, é necessário identificar os elementos básicos que caracterizam a servidão como direito real sobre coisa alheia. Já que é certo que no direito privado há de existir o prédio dominante para construir-se uma servidão, em direito público faz-se necessária a utilidade pública sobre prédio alheio, além, evidentemente, do interesse público que motiva os atos administrativos em geral. É, portanto, a servidão administrativa uma utilidade pública que afeta um bem como direito real, dando, por conseguinte, a titularidade deste direito ao sujeito que o constituiu – 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 elementos¹³. Compartilhará o titular do domínio de outra

12 José Cretella Jr., *Categorias jurídicas e o direito público*, 1967, p. 214.

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.

Com relação à servidão administrativa, pode-se dizer que se aplicam os mesmos princípios já mencionados para as servidões civis. Podem as servidões administrativas, no entanto, quando decorrentes de lei, atingir toda uma categoria de bens não individualizados. O que parece fundamental é que se estabeleça com ela o “ônus real de uso, imposto pela administração pública à propriedade particular, para assegurar a realização e conservação de obras e serviços públicos ou de utilidade pública, mediante indenização de prejuízos efetivamente suportados pelo proprietário”¹⁴. Interessante ressaltar que a existência de um prédio público dominante sobre um prédio privado serviente não transforma esta servidão civil em servidão administrativa.

Com toda a imprecisão doutrinária que cerca a figura jurídica da servidão administrativa, também não é pacífico o entendimento sobre o cabimento de indenização quando da imposição de servidões administrativas pelo poder público. Alguns autores defendem a posição de que esta só será cabível quando houver prejuízo efetivo na imposição do ônus real da servidão; a partir desta posição haveria possibilidade de ocorrer o uso concomitante da propriedade, sem indenização, quando este uso não viesse acarretar efetiva diminuição patrimonial da coisa. Há ainda mais uma hipótese que a maioria dos doutrinadores acolhe como servidões insusceptíveis de indenização: são as que decorrem da lei, impostas a uma categoria genérica de bens. Neste último caso, o fundamento para não indenizar é de que esta imposição, sendo geral, não cabe o ressarcimento de eventuais prejuízos.

A se acolher o princípio de que o titular da propriedade, embora não tenha direitos absolutos sobre a coisa, tem a exclusividade sobre o bem,

13 “(...) nas chamadas servidões, os diferentes atributos do direito de propriedade, em vez de se concentrarem nas mãos do proprietário exclusivamente, são partilhados com terceiros, constituindo o que os romanos denominavam *jura in re aliena*.” (José Cretella Jr., op. cit., vol. V, Poder de Polícia, p. 180)

14 Desta definição de Hely Lopes Meirelles compartilhamos inteiramente, salvo no que se refere à “propriedade particular”. (*Direito Administrativo Brasileiro*, p. 530) Melhor seria, a nosso ver, a expressão “propriedade alheia”, já que uma entidade pública, como a União, poderia constituir servidão sobre propriedade de algum Estado-membro. Incompatível, no entanto, é a instituição de servidão de um ente político sobre um bem que lhe pertence.

parece-nos que a imposição de servidões, independentemente de apreciação do prejuízo, será sempre indenizável pelo valor do custo de uso do bem; apenas ilidiria a hipótese da indenização a total ausência de custos de uso (impossibilitando, desse modo, sua aferição), o acordo entre as partes ou a previsão, por lei federal, de sua não incidência¹⁵.

A limitação administrativa, entendida no seu sentido estrito, isto é, não como qualquer tipo de restrição à propriedade, aí incluídas as desapropriações, a ocupação temporária, a servidão, as próprias limitações administrativas, difere substancialmente da servidão, na medida em que, sendo uma das formas do exercício do poder de polícia pela administração pública, não interfere na exclusividade das faculdades do domínio do proprietário, mas tão somente na modulação do seu exercício, adequando-os ao convívio e às necessidades sociais¹⁶.

O poder público, ao instituir limitação administrativa à propriedade, o faz em razão do seu poder de polícia administrativa, que restringe genericamente direitos sobre bens e direitos, em razão do interesse público.

Não resta qualquer dúvida de que as limitações administrativas são imposições unilaterais e de ordem pública, e por serem condicionadoras do

15 A previsão em lei de nível federal é necessária na medida em que se trata de imposição de ônus sobre a propriedade, interferindo na titularidade de um dos elementos que compõem o domínio; não se trata, aí, de conformar o exercício de direitos ao interesse público, mas de constituição e compartilhamento de uma das faculdades do domínio por outro sujeito (de direito público). Neste sentido, deve se entender que o estabelecimento de servidões, impostas compulsoriamente pelo poder público constitui uma espécie de aquisição de uma das faculdades do direito da propriedade através de processo expropriatório, conforme prevê o art. 40 do Decreto-lei 3.365, de 21 de junho de 1941, que dispõe sobre desapropriação por utilidade pública.

16 Neste sentido, ver: Cunha Peixoto, citado em voto proferido pelo Ministro Carlos Velloso, do Tribunal Federal de Recursos, na Apelação Cível 84.819/SP (*Revista do Tribunal Federal de Recursos*, p. 122-61): “(...) No seu voto, o eminente Ministro Cunha Peixoto leciona que o Estado intervém na propriedade privada de três modos: pela desapropriação, pela servidão administrativa e pela limitação administrativa. Enquanto que, na desapropriação, o indivíduo perde a sua propriedade, daí a necessidade de indenização, na segunda, vale dizer, na servidão administrativa, há interferência de terceiros no uso e gozo da propriedade, interferência que afeta a exclusividade da propriedade no seu integral aproveitamento, pelo que se impõe indenizar a parte em que o proprietário fica privado no desfrute. Todavia, tratando-se de limitação administrativa, não há perda da propriedade, nem terceiro intervém no uso e gozo da propriedade. O que há é simples restrição ao uso, restrição que deflui do próprio direito de propriedade (...) já que este deve ser exercido não com exclusividade, mas tendo em consideração o interesse público. O Poder Administrativo, aqui, não exerce um direito subjetivo, com fundamento no qual restringe a propriedade, mas é o próprio direito de propriedade que de antemão admite esta restrição”, conforme ensina Rafael Bielsa (*De-recho Administrativo*, IV/372, n° 856).

exercício de direitos são, em princípio, gratuitas, como veremos adiante¹⁷.

A característica de generalidade atribuída às limitações administrativas é que deve ser bem compreendida, já que é em função dela que é justificada a não indenização por parte do poder público. A generalidade das limitações administrativas não significa dizer que quando a administração as impõe através de atos administrativos, neste momento, os bens não possam ser determináveis¹⁸. Nesse sentido, em particular, difere a limitação administrativa da servidão, já que as “limitações, como poder de polícia, são simples delimitações do âmbito do exercício do direito de propriedade que se obtém uma genérica e indiscriminada utilidade social, isto é, não se trata de gravame instituído de modo especial sobre certos bens onerados com uma peculiar sujeição ao interesse público”¹⁹, ou, mais estritamente dizendo, a uma utilidade pública.

Atente-se ao fato de que as limitações administrativas podem decorrer diretamente da lei que as institui, sendo imediatamente autoaplicáveis à categoria de bens e direitos por elas referidos, prescindindo, por este motivo, de ato administrativo para seu cumprimento. De outro modo, a lei pode abordar genericamente uma classe de bens ou direitos que, em tese, estarão sujeitas às limitações, cabendo a verificação de sua inserção na hipótese legal à discricionariedade do administrador; decorre daí que o ato administrativo identificará o bem sujeito à limitação, operando os efeitos jurídicos da limitação a partir de então²⁰. Neste caso, verificam-se os pressupostos legais, visando o ato administrativo assegurar a realização do interesse público.

É importante frisar, portanto, que o aspecto da generalidade atribuído à limitação administrativa não deve ser compreendido no aspecto quan-

17 Neste sentido, ver o parecer de Paulo Francisco Rocha Lagoa (Ofício nº 01/86 – RL/CEJUR - Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro): “(...) O tombamento é uma limitação administrativa, inerente ao poder de polícia da administração (...) pois o simples exercício do poder de polícia, tendo por objeto instituir uma simples limitação ao direito de propriedade (...) (em se referindo ao ato de tombamento).”

18 As limitações não de ser gerais, isto é, dirigidas a propriedades indeterminadas, determináveis no momento de sua aplicação. Ver: Alcides Greca, *Regimen Legal de la Construcción*, p. 36.

19 Celso A. Bandeira de Mello, *Apontamentos sobre poder de polícia*.

20 “(...) sua universalidade, quer venha a ter aplicabilidade uniforme sobre propriedades ou atividades de uma mesma classe, garante-lhe a gratuidade. O sacrifício limitatório é imposto a todos, na mesma medida, sem exceção; a generalidade da incidência sobre relações jurídicas indeterminadas, determináveis apenas quando da aplicação, justifica a gratuidade, mesmo porque os benefícios coletivos igualmente atingirão a todos.” (Maria Sylvia Zanella di Pietro, *op.cit.*, p. 257)

titativo, isto é, quantidade de bens ou direitos atingidos por determinado ato administrativo específico²¹; mesmo porque, seria polêmico e arbitrário estabelecer o número a partir do qual se poderia dizer que a incidência seria genérica: se determinado ato atingisse três, quatro ou vinte propriedades? E se o ato administrativo, incidindo sobre toda uma área, atingisse uma só propriedade? O aspecto da generalidade há de estar inserido basicamente na lei. No caso de bens culturais, a generalidade deve ser compreendida como uma classe: todos os que têm as características e os pressupostos legais de se inserirem nesta categoria passam, com a manifestação de vontade da administração expressada no ato administrativo, a constituir este conjunto genérico. Neste sentido, a generalidade nada tem a ver com incidência especial do ato administrativo para caracterizá-la²². Os bens culturais podem estar agrupados em um conjunto só, ou em vários conjuntos, ou podem estar isolados; o que interessa é que, ainda que isolados, com o ato administrativo específico para um bem, passa ele a fazer parte de uma classe, um conjunto – a universalidade que já mencionamos anteriormente. Por esse motivo, o ato que declara de valor cultural um bem isolado insere-o na categoria genérica de bem cultural previsto na lei²³.

O tombamento como ato administrativo visa à proteção do interesse público genérico, que é a cultura nacional, manifesta e materializada em coi-

21 Em sentido contrário, ver o voto do Ministro Carlos Medeira, no Acórdão do Tribunal Federal de Recursos – Apelação Cível nº 40.130-PE: “(...) Como forma de intervenção na propriedade, o tombamento tanto pode acarretar uma restrição individual como uma restrição geral. Aquela atinge um bem determinado e esta uma coletividade, um conjunto, um lugar, visando à preservação de padrões urbanísticos ou arquitetônicos, como ocorre com o tombamento de locais históricos ou paisagísticos (...).”

22 “A generalidade da lei tem, porém, outra acepção, ligada, não à incidência numérica de seus dispositivos, mas sim à força de sua vigência: com aquele critério, quer-se significar que a lei deverá ser aplicada, indistintamente, a todas as hipóteses correspondentes aos seus preceitos, ainda mesmo quando o legislador houver tido o propósito de disciplinar um único caso, salvo se a excepcionalidade resultar expressamente do conteúdo mesmo de norma legal. Além disso, a generalidade possui um sentido deontológico, de fundamental alcance nos planos da exegese, correlacional que é ao imperativo da igualdade (isonomia): quando se proclama que a lei deve ser genérica, estabelece-se uma correlação ideal entre o princípio de que todos devem ser iguais perante a lei, e o de que a lei deve ser igual para todos os que se encontram em idênticas situações.” (Miguel Reale, *Revolução e Anulamento do Ato Administrativo*, p. 15.)

23 “(...) os direitos restritivos – decorrem de atos concretos, (...) já nascem individualizados ou individualizáveis, pois que o ato concreto pode ser especial ou geral (...) por declaração espontânea, ou são impostos coletivamente e, neste caso, torna-se necessário que a lei estabeleça o limite do direito, com a previsão das hipóteses em que a previsão legal pode ter lugar, confinando-se assim ao terceiro direito potestativo a esta imposição.” (Sérgio de Andréia Ferreira, *Direito Administrativo Didático*, p. 189)

sas móveis ou imóveis, existentes no território nacional e identificadas pelo órgão que a lei atribuiu competência para tal. Através do ato administrativo do tombamento, a administração pública insere o bem identificado na classe dos bens culturais, passando a tutelar o interesse público que a coisa detém, sem detrimento das suas relações de direito concernentes ao domínio.

Entretantes, com o ato administrativo identificando interesse cultural, o exercício das faculdades do domínio passa a estar modulado pelas limitações impostas pela administração pública, visando à proteção e conservação daquele bem; não tira o tombamento, em momento nenhum, a exclusividade do proprietário sobre a coisa, mas condiciona a forma do exercício das faculdades do domínio²⁴. A imposição das limitações pela administração não dá a esta nenhum direito próprio nem titularidade sobre qualquer das faculdades do domínio, mas simplesmente explicita o interesse público sobre a coisa, criando para si o poder-dever de agir na proteção daquele bem. Por outro lado, cria também obrigações para o proprietário (obrigação de fazer e de não fazer conservar a coisa e não lhe causar dano); para os vizinhos do bem tombado (não fazer, não prejudicar a visibilidade e ambiência do bem tombado); e, para o cidadão em geral (não fazer, não causar dano ao bem tombado).

No caso do tombamento, o ato administrativo traduz não a serviência da propriedade, visando à realização de determinado serviço público, mas a qualidade intrínseca de determinada propriedade que, além da sua simples existência material, retrata e materializa um interesse público. Não é, pois, constituição de “direito real público”, como a servidão; trata-se de interesse público geral, inegociável e inalienável pelo ente político que a impõe, no caso sobre coisa móvel ou imóvel²⁵.

As limitações relacionam-se com o poder de polícia dos entes políticos, e só eles têm competência para impô-las, já que visam restringir direitos de particulares em função do interesse público. A forma legal dessas limita-

²⁴ Neste Neste sentido, ver o parecer de Luiz Rafael Mayer, em 23.01.75 (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 120, abr./jun. 1975, p. 403-13): “(...) 3. As limitações impostas, com amparo em lei e ao amparo da Constituição, não restringem, em caráter absoluto, o uso da propriedade, nem esvaziam seu conteúdo econômico, permitindo a sua utilização de acordo com os parâmetros competentemente estabelecidos à base de juízo técnico e no legítimo exercício do poder de polícia (...)”.

Interessante, também, o voto do Ministro Castro Nunes na Apelação Cível nº 7.377 (*Revista dos Tribunais*, p. 147-85).

²⁵ Ver Temístocles B. Cavalcanti, *Tratado de Direito Administrativo*.

ções não é única, e nem rigidamente preestabelecida constitucionalmente. Pode a lei que a cria especificar o modo de melhor condicionar os direitos privados para atingir o interesse geral. Já os direitos reais, embora também restrinjam o direito de propriedade, diferem substancialmente das limitações, pois estabelecem direitos de terceiros sobre a coisa alheia, alterando-lhe a exclusividade dos elementos do domínio, com a constituição de direito de terceiro sobre a coisa, objeto do Direito Civil. Neste caso, as espécies e as formas dos direitos reais, como matéria de partilhamento do domínio da coisa, estão afetos à regulamentação da própria composição da propriedade civil, compreendida no âmbito da legislação federal.

O tombamento, conforme previsto no Decreto-lei 25/37, impõe ao proprietário da coisa tombada, seja ela móvel ou imóvel, obrigação de conservação, condicionando, sobretudo, seu uso adequado e a obrigação de zelar por suas características culturais. Impõe aos prédios vizinhos, em função da coisa imóvel tombada, a obrigação de uso adequado de sua propriedade de modo a não prejudicar a ambiência do bem tombado. Traduz-se, por isso, o tombamento numa limitação de uso, acoplado a uma obrigação de fazer – a conservação da coisa. O tombamento não retira do proprietário a exclusividade do domínio; o proprietário continua no desfrute da coisa, mormente na sua possibilidade de uso econômico. Caracterizam-se assim o tombamento e as restrições impostas à vizinhança da coisa tombada como limitações administrativas ao uso e gozo da propriedade em função do interesse público de proteção do patrimônio cultural. Deste modo, seguindo a regra geral das limitações administrativas, elas não são indenizáveis²⁶; isto não significa que não haja exceção a esta regra geral, tampouco que, ao se verificar a hipótese de se indenizar a imposição de uma limitação administrativa, este efeito excepcional acarrete a mudança de sua natureza jurídica.

²⁶ Em parecer (Ofício nº 01/86), o procurador do Estado do Rio de Janeiro, Paulo Francisco Rocha Lagoa, defende: “(...) O tombamento é considerado uma limitação administrativa, inerente ao poder de polícia da administração, não cabendo, portanto, indenização. Esse ponto de vista é ilustrado com dois *leading cases* norte-americanos. O primeiro, *Village of Euclid v. Ambler Realty Co.*, foi assim decidido pela Corte: ‘(...) a possível diminuição do lucro de que o bem é susceptível de gerar, caso objeto de limitação administrativa, não constitui motivo gerador de indenização.’ (...) O segundo, *Penn Central Transportation Co. versus New York*, foi assim decidido: ‘(...) o ato de tombamento não constituiria jamais uma desapropriação, seja ela direta ou indireta, quando em determinado imóvel for limitado o direito de construir por perturbar o entorno de uma edificação de especial interesse histórico e artístico’(...)”.

Diz-se comumente que as limitações não dão direito à indenização, “já que não são senão uma carga geral imposta a todas as propriedades”²⁷. Entretanto, como já vimos, a limitação deve ser compreendida como geral não por atingir, no seu ato de imposição, um ou mais bens, mas por inserir a coisa numa classe de bens legalmente prevista e potencialmente protegida. Desse modo, ainda que o ato administrativo da limitação aparentemente condicione coisa individualizada a um uso ou desfrute diferenciado das demais situadas em determinado espaço, tal restrição é compatível com a imposta à categoria de bens de que a coisa tombada e sua vizinhança fazem parte – a universalidade que é o patrimônio histórico e artístico nacional. É neste sentido genérico que não há indenização pela imposição de restrições ao bem tombado e sua vizinhança.

É comum a argumentação de que a indenização é meio de equidade e de compensação da diminuição do valor da propriedade, quando da imposição de algumas formas de limitação. É preciso, no entanto lidar com cuidado com esses argumentos. A idéia de indenização para se buscar a justiça pode apresentar contornos diferenciados. O princípio da equidade a ser levado em conta pelo administrador, e considerado pelo juiz como um dos fatores para seu julgamento, será visto por qual ângulo social? Face à questão da propriedade no Brasil, difícil será achar o termo médio da justiça, isto porque vários podem ser os aspectos da justa distribuição de encargos pelos cidadãos. Se partimos da premissa de que ser proprietário no Brasil é um fato excepcional, na medida em que só pequena parcela da população tem acesso à titularidade do domínio, as restrições aos elementos do direito de propriedade que tragam vantagens coletivas podem ser, por si só, fator preponderante de justiça social. Sobretudo se levarmos em consideração a diretriz constitucional que impõe à propriedade, desde seu nascimento, potencial e efetivamente as limitações de ordem pública. Daí podemos inferir que a questão da justiça, quanto às restrições impostas à propriedade, varia em função da categoria social do grupo que as observa. Justo poderia ser indenizar ou não indenizar, dependendo do lado de quem observa a situação²⁸.

27 Rafael Bielsa, op. cit., T. IV, p. 377.

28 João Urangatura ensina que “a igualdade social não importa, nem pressupõe um nivelamento entre os homens naturalmente desiguais. O que ela estabelece é a supressão das desigualdades artificiais criadas pelos privilégios da riqueza”.

Se virmos a questão unicamente pelo aspecto de diminuição de valor patrimonial, há que se considerar as circunstâncias fáticas e jurídicas que podem envolver a apreciação. Neste aspecto há de se indagar por que e quando deve o Estado indenizar? O valor da propriedade decorrente de faculdades legais ou limitações administrativas é circunstância externa, de ordem pública, à qual a propriedade está sujeita. Há de se distinguir claramente os direitos incorporados à propriedade, porque já exercitados pelo seu titular, das faculdades de ordem pública que, envolvendo os direitos privados, condicionam seu exercício; estas faculdades conferem ao indivíduo expectativas para o exercício do direito. Não exercida a faculdade, ainda não há incorporação definitiva do direito; exercidas, segundo previsão legal, as faculdades que a lei confere ao titular do direito, estas se incorporam ao seu patrimônio. Entretanto, podemos afirmar que, hoje, o valor da maioria das propriedades, sobretudo as imobiliárias urbanas, decorre muito mais das possibilidades e potencialidades gratuitas a ela atribuídas pela lei em vigor, e não incorporadas, ao menos juridicamente, ao patrimônio do indivíduo, do que de fatores acrescidos por seu proprietário à propriedade.

A distorção na compreensão geral de que as normas que condicionam o uso e gozo da propriedade são públicas, e portanto mutáveis segundo o interesse coletivo, levam ao raciocínio comum de que, ao ser proprietário de um bem, estar-se-ia adquirindo também o direito público da forma de exercitá-lo. Este, porém, não se incorpora ao patrimônio do titular de domínio senão quando já realizado. Se não o foi, trata-se apenas de uma potencialidade, cuja relatividade o valor comercial da coisa deveria retratar, mas que, por falta de conhecimento ou clareza em relação a estes princípios de Direito, muitos se deixam enganar.

Muitas são as posições e argumentações apresentadas na defesa de indenização, ou da não indenização, concernentes às restrições feitas ao direito de propriedade. Dentro do que hodiernamente pode ser socialmente aceitável, e também mais conciliável com o direito brasileiro, poder-se-ia colocar o seguinte:

1. São indenizáveis, em princípio, todas as restrições à propriedade que resultarem no uso concomitante pelo poder público, isto é, que retirem do proprietário, temporária ou definitivamente, a exclusividade do exercício de quaisquer dos elementos do domínio. Faz-se exceção a essa regra quando não se verifica qualquer custo para o proprietário com tal intervenção.

2. As restrições, chamadas de limitações administrativas em sentido estrito, por condicionarem o exercício das faculdades do domínio, não são indenizáveis. Esta regra terá como exceção, indenizando-se, a limitação que, excepcionalmente restritiva, impedir o uso efetivo, inerente e atual de determinada propriedade, esvaziando-lhe o conteúdo econômico de forma absolutamente significativa, acarretando uma verdadeira desapropriação indireta²⁹.

Qual a diferença entre essas duas situações? Na segunda regra, a limitação tem como princípio não indenizar, ainda que ela atinja uma única propriedade, pois este fato não modifica a natureza da limitação, do ponto de vista do interesse público. No primeiro caso, a restrição é imposição do tipo de servidão, que só não será indenizada se o uso concomitante não houver trazido qualquer diminuição de uso ou fruição da propriedade, ou sua desvalorização, isto é, é cabível a indenização. Esta regra, porém, será afastada quando for demonstrado não ter havido qualquer prejuízo atual ou potencial para o proprietário. Desse modo, tem-se como linha limite ao raciocínio o direito de uso exclusivo pelo proprietário, direito este que, como já vimos, vem sofrendo adaptação ao interesse social na medida em que se condiciona a indenização ao prejuízo.

Muitas vezes, na prática, as limitações administrativas podem trazer aos proprietários encargos e “diminuições patrimoniais” (por desvalorização à vista do valor potencial) muito mais elevadas do que o eventual uso concomitante de parte de seu bem; no entanto, o direito não deve proteger os ganhos potenciais da propriedade, que são meras faculdades de ordem pública. Esta é a compreensão que se deve ter da função social da propriedade, que condiciona seu exercício, desde seu nascimento, a maiores ou menores limitações, variáveis ao longo do tempo e do lugar³⁰.

Não obstante, foi mencionado que a regra geral da não indenização das restrições decorrentes da limitação, como no caso do tombamento, poderia conter, excepcionalmente, exceção: a restrição impedir o uso

²⁹ Ver o parecer de Adroaldo Mesquita Costa (*Revista de Direito Administrativo*, p. 120-403): “(...) Quando, porém, como no caso em exame, essa restrição ou limitação imposta, pelo tombamento, no esvaziamento do conteúdo econômico da propriedade, já não há, apenas, restrição, senão verdadeira supressão, apreensão, ou que outro nome lhe dê, dessa propriedade, decorrente de sua intocabilidade (...)”.

inerente, efetivo e atual de propriedade, também chamado por alguns autores como uso “natural”³¹. Destaque-se, mais uma vez, que não se trata de o ato administrativo atingir certo número de propriedades, mas da avaliação das circunstâncias específicas das propriedades atingidas. A imposição não deve causar distorção substancial a determinada propriedade quanto ao seu uso, se comparada às propriedades que lhe são assemelhadas, isto é, a destinação específica não deve se contrapor, de modo intolerável, ao uso geral das propriedades que, em determinado local e momento, lhe são assemelhadas. Embora determinada propriedade possa ainda ter, faticamente, um uso residual, há de se verificar se ela deixa (ou não) de estar inserida no contexto que lhe condiciona o uso, com maior ou menor intensidade, mas não tolerando contraposição.

O chamado “uso natural” da coisa, portanto, deve ser observado não só do ponto de vista da sua natureza física, como também do ponto de vista social (costume e abrangência especial); quando determinada propriedade é atingida com uma limitação tal que lhe distorce o “uso natural”, esta restrição, se não faz mudar a natureza jurídica da limitação administrativa, pode alterar-lhe, contudo, seus efeitos. A pergunta que se coloca então é: quando é que a propriedade deixa de ter seu “uso natural”? Não há como se definir prévia e teoricamente a questão, já que o chamado “uso natural” há de ser verificado em cada caso e circunstância. Dirá a sensibilidade do administrador, conferido e orientado pela construção pretoriana (ainda que se possa correr determinados riscos em

30 Ver o voto do Ministro Castro Nunes no Acórdão do STF – Apelação Cível 7.377 (RT 147/785): “Hoje, porém, a cláusula constitucional é muito mais flexível. Continua assegurando o direito de propriedade como direito individual, subjetivo, com a garantia correspondente que o abroquelada contra o confisco e se expressa na desapropriação mediante prévia indenização. Mas as demais restrições, ainda que lesivas em grau maior ou menor do direito do proprietário, são restrições de faculdades derivadas do domínio, faculdades que formam o conteúdo daquele direito. (...) Tal encargo incumbe ao proprietário, de cujo patrimônio não sai a coisa, da qual continua ele a poder dispor, vendendo-a, hipotecando-a, locando-a etc., proibido somente de a destruir ou transformar. (...) Essa limitação não suprime ou extingue no seu titular o direito de propriedade, limita-o no exercício de uma de suas faculdades, limitação que diz com o conteúdo do direito, ao alcance do legislador, nos termos da Constituição (arts. 122, 14).”

31 Ver Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*. Ver, também, o parecer de Sabino Lamego Camargo – Ofício nº 02/8 – SLS – PGE-RJ: “O tombamento constitui uma limitação administrativa ao uso do bem tombado. As limitações não dizem respeito à substância do direito de propriedade, mas, sim, ao uso do bem. Mas, as limitações que decorrem do tombamento podem afetar substancialmente a finalidade ou o destino do bem sobre o qual incidem.”

função de julgamentos mais ou menos radicais). Entretanto, é necessário reafirmar-se a posição de que a limitação indenizável terá de provocar na propriedade uso social distorcido, incongruente ou inviável economicamente, sobretudo em relação àquelas que lhe são circundantes³².

Nessa análise, contudo, não se deve perder de vista que a propriedade tem seu valor social, valor de utilidade. A preservação, muitas vezes, lhe diminui o valor econômico, atribuído por um direito público potencial e, portanto, suprimível em função de outro interesse público superveniente. Sua compensação, por vezes, não é financeira e nem direta; isto seria reduzir o direito de propriedade à feição única e exclusivamente econômica. Se não é aceitável que ela perca este seu atributo econômico, também não o é que deixe de apresentar e representar os interesses sociais e públicos que, nem sempre, são traduzidos em valorização financeira imediata.

O principal efeito jurídico do ato do tombamento é transformar em um direito os valores culturais (simbólicos) contidos na coisa. O proprietário da coisa é o titular dos seus direitos materiais; ela, no entanto, pode conter valores imateriais que, já na visão de Clóvis Bevilacqua, são inapropriáveis individualmente. Pelo ato de tombamento, o Estado reconhece em determinada coisa um valor imaterial, merecedor da tutela pública, que se sobrepõe ao interesse individual, mas que com ele há de se compatibilizar, na forma e nos limites do Direito; não digo nos limites da lei, pois estaria restringindo sua aplicação tão somente ao ordenamento positivo. O Direito é mais amplo que a lei. O Direito é a construção jurídica a partir da lei. A lei determina tão somente alguns parâmetros e hipóteses que de modo algum poderiam abarcar a diversidade da dinâmica social³³. A adequação dos limites da limitação admi-

32 Embora nossa tradição seja extremamente positivista, não há por que deixar de abrir novos caminhos no sentido do alargamento do espaço dos precedentes judiciais, sobretudo no campo do direito administrativo. No caso específico, o próprio Direito Romano pode nos dar como referência o princípio aplicado às servidões, qual seja, o exercício moderado (*civiter exercere*), aplicável analogicamente.

32 O direito positivo não é somente a literalidade da lei. Sua concepção é muito mais ampla. O direito “que historicamente antecede ao Estado, que é o produtor da lei escrita, forma ulterior do direito, que, aliás, não o *contém integralmente*”, é apenas seu ponto de referência, o seu fato gerador, seu vetor de orientação. Não há interpretação *contra legem*; mas face ao leque de possibilidades sociais, a interpretação deve ser a válvula para eu a lei não se torne a camisa-de-força da sociedade, senão seu fio condutor orientador. (Ver Clóvis Bevilacqua, *Direito das Coisas*, p. 112)

nistrativa do tombamento ao direito de propriedade não está previsto no direito positivo brasileiro; e, de fato, seria muito difícil especificá-los, dada a diversidade de hipóteses. A eventual contraposição que se dá aí entre o interesse público, na constituição de um direito público pertencente a toda comunidade, sobre um bem privado, terá que ser avaliada, no tocante a seus limites, para se determinar outros efeitos, caso a caso, tendo-se como parâmetro o ordenamento jurídico como um todo, no momento da sua aplicação pelo jurista.



CONCLUSÃO

Neste trabalho procuramos abordar diversos aspectos do ato administrativo do tombamento, conforme previsto no Decreto-lei 25, de 30 de novembro de 1937. Em cada uma das partes firmou-se um ponto de vista jurídico sobre o que estava sendo tratado, não se pretendendo que esta visão seja a única ou a definitiva.

O que nos pareceu mais essencial no desenvolver do trabalho foi estabelecer um pensamento sistematizado sobre o tombamento federal no Brasil, enquanto instituto jurídico, e sua interligação com outras disciplinas acadêmicas, como o Direito Constitucional e o Direito Civil, bem como com os princípios e normas que regulam o Direito Administrativo brasileiro.

O Decreto-lei 25, como instrumento legislativo, existe no nosso direito positivo há mais de cinquenta anos. Afora alguns poucos pontos que nos parecem merecer algum aperfeiçoamento ou regulamentação, pela sua precisão e concisão continua a ser uma norma atualíssima, o que permite sua constante renovação através da análise do intérprete.

Aí está a sua riqueza, e a riqueza de instrumentos legislativos que, como este, mereceram a redação justa e adequada do legislador. Para estes são sempre aplicáveis e atuais as palavras de Lafayette Pereira:

As pessoas pouco familiarizadas com os estudos jurídicos acreditam que o Direito Civil, preso à letra dos textos legislativos, não é capaz de progresso, senão por via de reformas legislativas.

Este modo de ver é incorreto.

Certo, os textos não podem ser alterados senão por via de decretos do Poder Legislativo, mas a formação científica do Direito caminha perpetuamente, não obstante a imobilidade da lei. O Direito objetivo, isto é, os textos, as fontes, encerram os princípios reguladores; esses princípios, porém, restringem-se à lógica dos jurisconsultos e à casuística da práti-

ca, desabrocham de conseqüências, tomam os mais largos desenvolvimentos e recebem aplicações surpreendentes. D'envolta com as regras expressas, subsistem as regras latentes, germens fecundos que o legislador, formulando o pensamento e a necessidade do seu tempo, depositou no texto da lei, sem uma consciência clara do assunto. A ciência e a prática arrancam aquelas regras dos meios em que permanecem ocultas e, dando-lhes uma precisão luminosa, as reduzem a máximas definidas. Ainda mais: a combinação dos diversos elementos fornecidos pelos textos permite à ciência a formação de novas noções e de novas regras. Assim, pois, de geração em geração, a doutrina, ainda tendo por base a mesma coleção de textos, progride, muda de fisionomia, enriquece-se, completa-se, aperfeiçoa-se.

(Lafayette Pereira, *Direito das Coisas*)



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Ana Cláudia. *A comunidade é a melhor guardiã de seu patrimônio?* Belo Horizonte: trabalho mimeografado, 1987.

AMARAL, Antonio Carlos do. “Extinção do Ato Administrativo”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1975.

BAHIA, Tribunal de Justiça. Ac. N° 12.087. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 111:256.

BARROSO, Luis Roberto. A igualdade perante a lei; algumas reflexões. *Revista da Procuradoria Geral do Estado RJ*, Rio de Janeiro, (38):64-79, 1986.

BASAVILBASO, Benjamin Villegas. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: El Ateneo, 1956.

BECKER, Verena Nygaard. Parecer. *Revista de Direito Público*, São Paulo, 49-50: 195.

BERTHÉLEMY, H. *Traité Elémentaire de Droit Administratif*. 3ª ed., Paris: Rousseau et Cie., 1933.

BEVILÁCQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1956.

_____. *Direito das Coisas*. 5ª ed. atual., Rio de Janeiro: Forense, 1956, v. 1 e 2.

_____. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2ª ed., rev. por Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: F. Alves, 1976.

BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. 6ª ed., Buenos Aires: El Ateneo, 1965.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AC. N° 7.377. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 147:785.

_____. Ac. N° 25.440 da Bahia. *EJTER*. 36:182.

_____. AI n° 26.603.

_____. RE n° 38.663 do Distrito Federal. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, 6:496.

_____. RE n° 41.279. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 84:155.

_____. RE n° 31.311 de São Paulo. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, 50:178.

_____. RE nº 90.581. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, 91:720.

_____. Recurso de MS nº 16.638 de Minas Gerais. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, 40:670.

_____. MS nº 19.961 do Distrito Federal. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, 71:314.

Tribunal Federal de Recursos. Ac. Nº 117 de Pernambuco. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 191:378.

_____. Ac. nº 1.515. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 144:206.

_____. Ac. nº 8.330. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 79:235.

_____. Ac. nº 21.477 de Pernambuco. RTFR, 29:33.

_____. Ac. nº 34.530.

_____. Ac. nº 40.130.

_____. Ac. nº 50.078 de Pernambuco.

_____. Ac. nº 84.819 de São Paulo, RTFR, 122:152.

_____. Ac. nº 4.851.

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Representação de Inconstitucionalidade nº 1/87. Rel. Des. J.C. Barbosa Moreira. *Revista Forense*, 303:168.

CAETANO, Marcelo. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CARVALHO, Afrânio de. *Registro de Imóveis*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Curso de Direito Administrativo*. 7ª ed., Rio de Janeiro: F. Bastos, 1964.

_____, Parecer. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 119: 428, 1974.

_____, *Tratado de Direito Administrativo*, v. I a VII. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

COSTA, Adroaldo Mesquita da. Parecer. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 82:341, 1965.

_____, *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 93:379, 1968.

_____, *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 97, 1969.

COTRIN NETO, Alberto. “Código de Processo Administrativo – sua necessidade no Brasil”. *Revista de Direito Público*, São Paulo, 80:35-44.

CRETELLA JR., José. Categorias jurídicas e o direito público. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, ano XII, fasc. II, 1967.

CRETELLA JR., José. Regime Jurídico do Tombamento. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 112:50-68, abr./jun. 1973.

_____, *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

CURITIBA. *Preservação Cultural de Curitiba*. Instituto de Planejamento de Curitiba (IPPUC), mimeo., jun. 1984.

DALLARI, Adilson Abreu. Tombamento. Instituto Jurídico, *Revista de Direito Público*, RT, 86:37.

DIAS, Francisco Mauro. O Contencioso Administrativo. *Anais do Congr. Nac. Proc. Estado*. Tema 8. Rio de Janeiro, 1977.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Servidão Administrativa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1978.

DUEZ, Paul & Debeyre, Guy. *Traité de Droit Administratif*. Paris: Dalloz, 1952.

FAGUNDES, M. Seabra. *Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense. 1967.

FALCÃO, Alcino Pinto. “Do direito à indenização, como evolução no conflito entre o princípio da liberdade de construir e as limitações administrativas”. *Revista de Jurisprudência do Estado da Guanabara*. Guanabara, 27:18-30, 1972.

FERREIRA, Sérgio de Andréia. *Direito Administrativo Didático*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1985.

_____. O Direito de Propriedade e as Limitações e Ingerências Administrativas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1980.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Disciplina Urbanística da Propriedade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1980.

FIORINI, Bartolomeu. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1975.

FLEINER, Fritz. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Labor, 1933.

FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*. México: Ed. Ponva, 1968.

FRANCO SOBRINHO, Maoel. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1979.

_____. *As Garantias Jurídicas no Processo Administrativo*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, 448:12.

FUTURE (A) for old buildings; listed buildings: the Law and the practice. S.1, Sweet and Maxwell, s.d.

GRECA, Alcides. *Regimen Legal de la Construcción*. Buenos Aires: El Ateneo, 1923.

HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*. Paris: Sirey, 1914.

JACQUES, Paulino. *Da Norma Jurídica; Forma e Matéria*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1965.

JÈZE, Gaston. *Los Principios Generales Del Derecho Administrativo*. 2ª ed., trad. para o espanhol. Madri: Ed. Rens, 1929.

LAUBADÈRE, André de. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1953.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 5ª ed. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1982.

MACHADO, Carlos Augusto A. *Tombamento – Um instituto jurídico*. *Temas de Direito Urbanístico*. São Paulo: Ed. *Rev. dos Tribunais*, 1987.

MACHADO, Paulo Affonso L. *Ação Civil Pública e Tombamento*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, 1986.

_____. *Tombamento; instrumento jurídico de proteção patrimonial natural e cultural*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 563: 15-41, set., 1982.

MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1966, T. 4.

_____. *Tratado del Dominio Público*. Buenos Aires: Tip. Ed. Argentina, 1960.

MAYER, Luiz Rafael. Parecer. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 120:403, 1975.

MAYER, Otto. *Le Droit Administratif Allemand*. Paris: V. Giard et E. Brière, 1903.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 10ª ed. atual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1984.

_____. Direito de Construir. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, 1961.

_____. Mandado de Segurança e Ação Popular. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1983.

_____. Tombamento e indenização. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 600:15-18, out., 1985.

MELLO, Celso A. Bandeira de. Apontamentos sobre poder de polícia. *Revista de Direito Público*, São Paulo, 9:55.

_____. Elementos do Direito Administrativo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo.

MELLO, Oswaldo A. Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Forense, 1975.

MELLO FILHO, José Celso. *Constituição Federal Anotada*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1986.

_____, Tratado de Direito Civil, 2ª. ed. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, 1990.

_____, Tratado de Direito Privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. T. 11 e 13.

MORAIS NETO, Prudente de. *Revista Forense*, vol. 98, 1944.

NOVELLI, Flavio Bauer. Eficácia do ato administrativo. *Revista de Direito Administrativo*: Ed. Forense.

NUNES, Reginaldo. Parecer. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 76:444, 1964.

OLIVEIRA, A. Gonçalves. Parecer. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 52:434, 1958.

OLIVEIRA, Fernando A. *Limitações Administrativas à Propriedade Imobiliária*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

PARANÁ, Tribunal de Justiça. Ac. nº 311-82

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. Parecer. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 65:315, 1961.

PEREIRA, Lafayette R. *Direito das Coisas*. 2ª ed., Porto: Imprensa Moderna, s.d.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à Constituição de 1967. Com a Emenda nº 1, de 1969. 2ª ed., *Revista dos Tribunais*. São Paulo. T. 5 e 6.

QUEIROZ, Cid Heráclito. Parecer. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 263:114, 1977.

RABELLO, Sonia. Tombamento e proteção aos bens culturais. In: PESSOA, Álvaro (org.), *Direito do urbanismo*. Rio de Janeiro: Liv. Técnicos e Científicos, IBAM, 1981.

REALE, Miguel. *Revogação e Anulamento do Ato Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____. Tombamento de bens culturais. *Revista de Direito Público*, v. 86/61.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Agravo em MS nº 10.579. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 74:229.

RIPERT, Georges. *Le Régime Démocratique et le Droit Civil Moderne*. 2ème. ed., Paris: Librairie Générale de Droit, 1932.

SANTI ROMANO. Princípios de Direito Constitucional Geral. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1977.

SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. Tombamento. Uma análise constitucional. Aspectos de discricionariedade aplicáveis ao instituto. In: Temas de Direito Urbanístico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1987.

SPHAN. *Proteção e revitalização do patrimônio cultural no Brasil. Uma trajetória*. Brasília: MEC, 1980.

SPHAN/Pró-Memória. *Bens móveis e imóveis inscritos nos livros do tomo do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*. Brasília: Ministério da Educação e Cultura/SPHAN/Pró-Memória, 1982.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. MS nº 34.293. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 576:58.

SILVA, Carlos Medeiros. Parecer. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 67:248, 1961.

_____. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 108:429, 1972.

_____. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 120:459, 1974.

_____. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 120:265, 1974.

SILVA, Heitor Nascimento e. Parecer. MEC. S.1 (09):69.

_____. MEC. S.1 (25):68

SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1968.

_____. Curso de Direito Constitucional Positivo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1976/e. ed. 1989.

_____. Direito Urbanístico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1981.

WALINE, M. *Traité de Droit Administratif*. Paris: Sirey. 1963.

ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto Administrativo*. 5ª ed., Milano: s.e., 1974.

FONTES

Arquivo da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro.

ARAÚJO, Joaquim Torres. Visto do Processo nº 07/32 086/83 em 28.02.85.

CAMARGO, Sabino Lamego. Ofícios nºs 02/80 – SLC, 48/80 – SLC, 36/84 – SLC, 54/84 – SLC, 63/84 – SLC, 29/85 – SLC.

FAGUNDES, Eduardo Seabra. Visto do Processo 07/028 308/83 em 21.05.84.

FERNANDES, Roberto Pinto. Ofícios nºs 5/73 – RPF, 6/73 – RPF, 5/80 – RPF.

FERREIRA, Célio Alberto Sholl. Ofício nº 04/84 – CAF.

LAGOA, Paulo Francisco Rocha. Ofícios nºs 20/74 – RL, 55/74 – RL, 110/74 – RL, 01/86 – RL.

LOPES, Eugênio Noronha. Ofícios nºs 19/83 – ENL, 50/83 – ENL.

MORAES, Marcus. Ofícios nºs 55/75 – MM, 103/75 – MM. 30/77 – MM.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Pareceres nºs 28/66 – JCBM, 11/70 – JCBM.

MOTTA, Amilcar. Ofícios nºs 51/83 – AM, 52/83 – AM.

RIQUET, Luciano Fabrício. Ofício nº 22/77 – LFR.

WALD, Arnold. Ofícios nºs 7/77 – AW, 30/83 – AW.

