

ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO JUDICIÁRIA - ESAJ

MÔNICA MARIA RIBEIRO GOMES BAPTISTA

TOMBAMENTO: mais do que um procedimento burocrático.

Projeto de pesquisa apresentado como requisito para aprovação no Curso de Pós-Graduação em Direito Ambiental.

Orientadora: Rosângela Maria de Azevedo Gomes.

Rio de Janeiro

2016

RESUMO:

Apresentamos um estudo sobre o tombamento com procedimento de proteção e educação ambiental. O estudo mostra-se relevante, pois a proteção do patrimônio nacional atende aos interesses das gerações presentes e futuras, preservando a memória. Trata-se de um instituto jurídico que tutela o patrimônio material e imaterial, estabelecendo restrições ao direito de propriedade em face do interesse social coletivo. Partindo do artigo 225, *caput* da Constituição Federal, nota-se a importância do meio ambiente equilibrado, bem como sua preservação para as gerações. O uso da propriedade e as interações humanas decorrentes pode afetar o meio ambiente em suas diversas manifestações. Neste contexto, a administração do ambiente equilibrado é um grande desafio, em face das tensões entre o interesse individual da propriedade tradicional e o interesse coletivo da propriedade como bem social. Ao final, pretendemos demonstrar que o instituto do tombamento exerce uma função interventiva e pedagógica, pois a educação ambiental através da preservação do patrimônio estabelece bases para uma consciência cultural e histórica.

Palavras-chave: Meio ambiente. Patrimônio. Tombamento.

ABSTRACT:

We present a study on tipping with a procedure of protection and environmental education. The study is relevant because the protection of national patrimony serves the interests of present and future generations, preserving memory. It is a legal institute that safeguards tangible and intangible assets, establishing restrictions on the right to property in the face of the collective social interest. Starting from article 225, *caput* of the Federal Constitution, we note the importance of the balanced environment, as well as its preservation for the generations. The use of property and resulting human interactions can affect the environment in its various manifestations. In this context, the management of the balanced environment is a great challenge, given the tensions between the individual interest of traditional property and the collective interest of property as a social good. In the end, we intend to demonstrate that the institution of tipping exercises an interventional and pedagogical function, since the environmental education through the preservation of the patrimony establishes bases for a cultural and historical conscience.

Key-words: Environment. Patrimony. Tipping.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	4
1. Meio Ambiente e sua conceituação ampla.....	5
1.1 Meio Ambiente e desenvolvimento econômico.....	8
2. O Início da Proteção do Patrimônio Histórico e Cultural do Brasil.....	10
3. Proteção do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.....	13
3.1 Conceitos e Características.....	15
3.2 Espécies de Tombamento.....	16
3.3 Instituição do Tombamento: por lei e por ato do Poder Executivo.....	18
3.4 Procedimento do Tombamento.....	19
3.5 Efeitos do Tombamento.....	21
4. O Judiciário e o Tombamento.....	23
4.1 Tombamento e Jurisprudência selecionada.....	24
CONCLUSÃO.....	30
REFERÊNCIAS.....	31

INTRODUÇÃO

O objetivo desse trabalho é analisar o tombamento como mecanismo de proteção ambiental inserido na nova ordem constitucional. Assim, ele se mostra mais do que um registro meramente burocrático e protocolar.

Sua importância é ressaltada pelo fato de que o direito à vida digna é resultado da junção das políticas públicas com as manifestações sociais. Por outro lado, a administração do ambiente natural equilibrado tem se mostrado um desafio quando se trata do desenvolvimento. As dificuldades em lidar com a destruição, deterioração e poluição do meio ambiente conflitam com a necessidade de crescimento econômico e social. Daí, nascerem propostas que casem o desenvolvimento econômico e social com a preservação ambiental através da sustentabilidade. E o tombamento com seu procedimento peculiar ultrapassa um mero registro no Livro do Tombo.

Em face do objetivo traçado, empregamos uma metodologia de análise documental. Nosso corpo teórico engloba a Constituição Federal, o Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937 que regulamenta o tombamento, a doutrina especializada e a jurisprudência.

Assim, dividimos o trabalho em 04 capítulos. O capítulo primeiro trata dos conceitos e definições sobre o meio ambiente e a Constituição Federal de 1988. No segundo capítulo analisa como se deu o início da proteção do patrimônio histórico e cultural do Brasil, a origem da expressão “tombamento”, bem como, alguns relatos interessantes que demonstram a preocupação com a destruição de um patrimônio coletivo pelo uso e sua conseqüente descaracterização, até chegar ao movimento principal articulado com os estudos que ensejaram na criação do anteprojeto de Lei com sua posterior aprovação em Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937. O terceiro capítulo analisa a forma como se dá a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Conceitos e características do tombamento. Espécies de tombamento. Instituição do tombamento por lei e por ato do Poder Executivo. Procedimento do tombamento. Efeitos do Tombamento. O quarto capítulo apresenta alguns julgados demonstrando como os tribunais interpretam a função social do tombamento.

Concluindo o trabalho apresentamos algumas reflexões sobre o tombamento como instrumento social alinhado com os modernos conceitos de direito ambiental.

1. Meio Ambiente e sua conceituação ampla.

Conforme preceitua o *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Observa-se um conceito de meio ambiente amplo que abrange: flora, fauna, solo, ar e água. Mas por ser esse conceito amplo não podemos limitá-lo ao meio ambiente natural, apenas, por estar incluído o homem e tudo que faz parte da vida humana.

Segundo Leite (2012, p.172) com particular percepção demonstrou a dimensão difusa do meio ambiente ao assinalar que:

(...)visualiza-se o ambiente como um macrobem, que, além de bem incorpóreo e imaterial, configura-se como um bem de uso comum do povo. Isso significa que o proprietário, seja ele público, seja particular, não poderá dispor da qualidade do meio ambiente ecologicamente equilibrado, devido à previsão constitucional, considerando-o macrobem, cuja titularidade pertence a todos indistintamente.

O direito de terceira dimensão do meio ambiente refere-se ao gênero humano. Pinho (2015, p.58 *apud* Thomé *apud* Bonavides, 2013, p. 119):

Os chamados direitos de fraternidade ou solidariedade são, portanto, os direitos de terceira geração, dotados de enorme carga de humanismo e universalidade e que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo ou de determinado estado. O grande destinatário desse direito é o gênero humano. Bonavides, em precisa síntese, preleciona que os direitos de terceira geração emergiram da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.

Dessa forma verifica-se que apesar de não ser fácil a definição de meio ambiente, ele não está somente inserido nas questões naturais.

Conforme assevera Miranda (2012, p.1), “meio ambiente é a interação do conjunto de todos os elementos naturais, artificiais e culturais que propiciam o

desenvolvimento equilibrado da vida em suas variadas formas, constituindo a ambiência na qual se move, desenvolve, atua e se expande toda a vida, inclusive a humana.”

Inserido na proteção dos patrimônios culturais e ambientais, conjunto de elementos naturais e artificiais os bens materiais e imateriais, móveis e imóveis, o meio ambiente equilibrado é indispensável a sadia qualidade de vida.

Na lição de Paulo Afonso Leme Machado, as Constituições escritas inseriram o “direito à vida” no cabeçalho dos direitos individuais. E no Século XX, formulou-se o conceito do “direito à qualidade de vida”.

O direito à vida sempre foi assegurado como direito fundamental nas Constituições brasileiras, mas na Constituição de 1988 abrigou a dignidade da pessoa humana no art. 1º, III, bem como, acrescentou o direito à sadia qualidade de vida no art. 225 *caput*, ambos da Constituição Federal. Embora, sejam conceitos que dependam de normas e de políticas públicas, as quais fundamentais inclusive, com a participação da sociedade ativamente para que dessas manifestações possam ser melhoradas as políticas de democracia e de direito.¹

Nessa perspectiva, na democracia que objetiva a presença participativa do povo como forma de além de garantir os direitos fundamentais do homem, consiste na possibilidade da sociedade tomar parte no sistema de comando em especial no controle do poder, garantindo uma melhor gestão social.

Paula de Bessa Antunes destaca que a proteção ao meio ambiente é uma evolução dos direitos humanos.²

Com efeito, os direitos humanos estão baseados nos direitos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres em busca de um progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla. Uma vida digna e melhor para todos os seres humanos.

¹ MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 2016. p.154.

² ANTUNES, Paula de Bessa. *Direito Ambiental*. ed. Atlas. 2015. p.70.

Diante de tais evidências, podemos afirmar que, a qualidade ambiental e a melhor distribuição de renda estão intimamente ligadas. O lazer e os passeios em família são motivos de saúde ambiental.

Globalmente esta análise pode ser afirmada por ser o Brasil signatário da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento e como preceitua o parágrafo 1º, do artigo 1º, que dispõe que: “o direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda a pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural, e político, para ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.”³

Um desenvolvimento econômico sustentável vai refletir numa melhor qualidade de vida e um meio ambiente equilibrado, comprovando-se como ficou demonstrado no “Nosso Futuro Comum” ou “Relatório Brundtland”, resultado de estudos promovidos pela Comissão Mundial da ONU, sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento – UNCED em 1987, com esta seguinte passagem transcrita:

... A administração do meio ambiente e a manutenção do desenvolvimento impõe sérios problemas a todos os países, meio ambiente e desenvolvimento não constituem desafios separados; estão inevitavelmente interligados. O desenvolvimento não se mantém se a base de recursos ambientais se deteriora; o meio ambiente não pode ser protegido se o crescimento não leva em conta as consequências da destruição ambiental. Esses problemas não podem ser tratados separadamente por intuições e políticas fragmentadas. Eles fazem parte de um sistema complexo de causa e efeito.⁴

O meio ambiente de forma harmônica propicia uma vida em sociedade. O espaço que se quer ocupar efetivamente, e mesmo aquele que se quer preservar. O ar que se respira, as águas responsáveis pela essência de inúmeros ecossistemas, são indispensáveis para a vida.

E o conceito de bem cultural foi exemplificado por Aloísio Magalhães quando destaca que:

³ Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html> > acessado em 07/10/2016.

⁴ Comissão Mundial Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. “*Nosso Futuro Comum*” ou “*Relatório Brundtland*”. Rio de Janeiro. ed. Fundação Getúlio Vargas. 2ª ed. .p.40. 1991.

no Brasil continua restrito aos bens móveis e imóveis, contendo ou não valor criativo próprio, impregnado de valor histórico (essencialmente voltados para o passado), ou aos bens da criação individual espontânea, obras que constituem o nosso acervo artístico (música, literatura, artes plásticas, arquitetura, teatro), quase sempre de apreciação elitista. Aos primeiros deve-se garantir a proteção que merecem e a possibilidade de difusão que os torne amplamente conhecidos. Deles pode provir as referências para a compreensão de nossa trajetória com cultura e os indicadores para uma projeção no futuro. Quanto aos segundos, basta assegurar-lhes a liberdade de expressão e os recursos necessários à sua melhor concretização.⁵

Permeando essas duas categorias, existe uma vasta gama de bens – procedentes, sobretudo, do fazer popular – que por estarem inseridos na dinâmica viva do cotidiano não são considerados na formulação das políticas econômica e tecnológica. No entanto, é a partir deles que se afere o potencial, se reconhece a vocação e se descobrem os valores mais autênticos de uma nacionalidade.⁶

1.1. Meio ambiente e desenvolvimento econômico.

Com a Declaração do Meio Ambiente de Estocolmo em 1972 a Organização das Nações Unidas – ONU, contou com a presença de 113 participantes dentre eles países desenvolvidos e países em desenvolvimento e com ideias bastantes conflitantes.

Sendo certo, que os países desenvolvidos já sofriam com seu crescimento desordenado e a poluição, seu maior problema. Na tentativa de melhorar a qualidade de vida trouxeram ideias para preservar o meio ambiente.

Enquanto que os países em desenvolvimento não aceitaram esse “freio ao desenvolvimento” por terem em mente a necessidade de crescimento econômico e social.

Dessa reunião foram elaborados 26 princípios que formam a Declaração do Meio Ambiente de Estocolmo de junho de 1972, e dentro desses princípios duas ideias se destacaram para dar então ensejo a sustentabilidade:

- 1º a necessidade da preservação do meio ambiente; e,
- 2º o direito ao progresso como direito fundamental do homem.

⁵ IPHAN – Proteção e Revitalização do Patrimônio Cultural no Brasil: Uma Trajetória. p. 25.

⁶ Disponível em < <http://www.acasa.org.br/biblioteca/texto/288> > Aloísio Magalhães – acessado em 17/10/2016.

Imperioso ressaltar o conceito de sustentabilidade de Lester Brawn – 1983. “Promover desenvolvimento econômico, visando minimizar os impactos ambientais, afim de garantir recursos naturais para as gerações atuais e futuras.”

Nessa perspectiva, como ser sustentável sem valorizar o patrimônio ambiental cultural?

A palavra cultura deriva de lavoura, trabalho da terra, colheita, produção de alimentos. Está ligada ao latim *colere* que também significa cultivar.

Com efeito, “todo o processo civilizatório, os bens, as construções humanas, os direitos culturais, por exemplo, terão que ser entendidos a partir da concepção do conceito de homem perante a natureza e a cultura que o envolve.” (GUIMARÃES, 2016, p.2)

Afirma, ainda, Guimarães (2016, p.3), que:

Vivemos tempos em que se aumenta sobremaneira o hábito de falar-se em valores, ética e moral. A busca desmedida pela identificação do que é correto, político, real, belo, sadio, justo, por exemplo, é resultado de uma rede de conflitos de toda ordem, que atinge a concepção social, no plano coletivo, e até psíquico, colhidos na análise do comportamento individual. O ritmo da vida moderna, o padrão insustentável de consumo, o estresse, as alterações do ambiente, o aumento da população, o crescimento das várias formas de disputa pela sobrevivência, o individualismo, tudo isso, dentro de uma multifacetária produção cultural e mercadológica, são manifestações que criam condições mentais as quais o ser humano ainda não se adaptou biologicamente...

E com singular clareza traça as ideias do valor cultural que precisa ser preservado:

... não se pode falar na identificação dos valores culturais, e conseqüentemente dos bens que representam esses valores, sem a plena consciência de que o real desenvolvimento humano, rumo à construção de uma civilização mais justa, equilibrada e ordenada, passará pelo concreto desenvolvimento e aceitação histórica desses mesmos valores no seio da cultura humana. A noção de valor está ligada, portanto, à realização do bem, constatando-se o que é mal, o que é melhor, revelando-se o que é pior, dentro de um processo de humanização em que as noções prescritivas instalam-se como essenciais à identificação do sentido da existência. (GUIMARÃES, 2016, p. 3)

Da valiosa análise verifica-se a real importância da preservação do patrimônio artístico, cultural, histórico, iconográfico, turístico, paisagístico, arqueológico e sobretudo natural para o gênero humano. O seu pertencimento, a sua identidade, o sentido mais rico que é o próprio reconhecimento através da forma como foi aprendida e que sempre fará parte da sua cultura.

Entendemos pertinente a construção dessa pequena argumentação para que se declare os objetivos que se pretende alcançar por ser o meio ambiente matéria abrangente de diferentes elementos formadores, pelo seu valor artístico, cultural, histórico, iconográfico, turístico, paisagístico, arqueológico e sobretudo natural.

2. O Início da Proteção do Patrimônio Histórico e Cultural do Brasil.

A origem da expressão “tombamento” para a grande parte dos juristas tem origem em Portugal, no qual o verbo “tombar” significa registrar, inventariar, arrolar ou inscrever nos arquivos do Reino (RODRIGUES, 2003).

Com efeito, o Arquivo Geral do Reino de Portugal esteve instalado numa das torres do Castelo de São Jorge em Lisboa, denominado este arquivo de “Torre do Tombo”. Era na “Torre do Tombo” onde ficavam os volumes dos livros que continham os registros do reino e sua administração. Sendo a mais antiga instituição portuguesa pois o seu funcionamento começou na idade média, e o ano de seu primeiro registro foi em 1378.⁷

No Brasil, a primeira notícia de proteção ao patrimônio histórico data de XVIII, quando D. André de Melo e Castro, Conde das Galveias, Vice-Rei do Estado do Brasil de 1735 a 1749, escreve uma carta demonstrando sua perplexidade ao tomar conhecimento das intenções do Governador de Pernambuco em ocupar o Palácio das duas Torres com o Quartel e seus soldados.⁸

⁷ < <http://antt.dglab.gov.pt/inicio/identificacao-institucional/6-2/> > acessado em 02/8/16 – Arquivo Nacional Torre do Tombo

⁸ AHMED, Flavio. *Direitos Culturais e Cidadania Ambiental no Cotidiano das Cidades*, 2014, p. 1, *apud*, MIRANDA, Marcos Paulo de Souza, *Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro*, 2012, p. 2.

É de se ressaltar a criação do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro (IHGB) e do Arquivo Nacional, ambas instituições de 1838, com objetivos reais de conservação, restauração e construção da memória nacional.

O Estado soube selecionar os dados mais relevantes à construção de sua história oficial e a partir disso projetou a sua plataforma de preservação, é o que afirma José Ricardo Oriá Fernandes, no artigo “Muito antes do SPHAN: a política de patrimônio histórico no Brasil (1838-1937)”.

Houve então um conjunto de fatos e acontecimentos que foram moldando os debates jurídicos, os projetos de leis federais, como os de Alberto Childe, Luis Cedro, Jair Lins e Araújo Pinho e todos os ensaios foram se somando e as experiências alcançando uma trajetória.

Em 1920, o Professor Bruno Lopes presidente da Sociedade Brasileira de Belas Artes, encarregou o Professor Alberto Childe, arqueólogo e conservador de Antiguidades Clássicas do Museu Nacional, de elaborar um anteprojeto de lei de defesa do patrimônio artístico nacional. O anteprojeto não teve seguimento pois além de enfatizar mais a proteção dos bens arqueológicos do que os bens históricos, era proposto a desapropriação das áreas possuidoras desses bens, o que gerou reação por parte das oligarquias que se mantinham no poder, os grandes proprietários de terras.

Luis Cedro, representante pernambucano apresenta na Câmara dos Deputados em 1923, um anteprojeto visando organizar a defesa dos monumentos históricos e artísticos do país, mas ao contrário de Alberto Childe, não se preocupava com os monumentos arqueológicos, e por este motivo, também não houve aprovação.

No ano seguinte, o poeta Augusto de Lima representante de Minas Gerais na Câmara dos Deputados, apresenta um projeto com o objetivo de proibir a saída para o estrangeiro de obras de arte tradicional brasileira, mas apesar de tentar proteger o crescente e desordenado comércio que se instalou, esse projeto entrou em choque com a Constituição Federal e o Código Civil então vigentes, que não previam restrição à propriedade com o propósito de proteger o patrimônio cultural do País, por isso também não foi viável.

A partir de 1924 as iniciativas de proteção ao patrimônio cultural do país deslocaram-se da esfera federal para a dos Estados, tendo sido o primeiro o de Minas Gerais, quando o então presidente estadual Mello Viana resolveu organizar uma comissão para estudar o assunto e sugerir medidas de proteção. Tendo em vista o grande comércio de antiguidades e o acervo cada vez mais escasso.

E a construção da história político social do Brasil pode ser observada com a seguinte transcrição:

Os valores atribuídos aos objetos que passam a ganhar estatuto de bens se mantêm; os valores históricos e artísticos são, ainda, os que pautam as ações de proteção do patrimônio. Os bens constitutivos dessa herança construída, chamada de patrimônio, são representativos das classes dominantes e por elas manipulados de modo a forjar uma narrativa oficial do que seriam a cultura, a história e a arte revestidas de uma legitimidade que difundem como inerente e/ou intrínseca ao objeto. Entretanto, nota-se que os valores atribuídos e legitimados seguem predominantes por conta da manutenção de uma elite que se mantém no poder e, por seu turno, privilegiam seus códigos culturais. (OLIVEIRA, 2011, p.22)

A Constituição de 1934, instituída pelo Decreto nº 24.735 deu início a organização do serviço de proteção aos monumentos históricos e às obras de arte tradicionais do país pelo governo, em seu artigo 148, que assim dispunha:

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

Gustavo Capanema, Ministro da Educação de 1934 a 1945 iniciou os estudos para uma regulamentação e fiel execução da lei máxima. O anteprojeto foi elaborado por Mário de Andrade, o qual conciliava a experiência de outros países com as peculiaridades brasileiras, para criação de um Serviço do Patrimônio Artístico Nacional, sendo em seguida aprovado pelo Presidente Getúlio Vargas em despacho do dia 19 de abril de 1936, com a criação do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – SPHAN.

O Serviço começou de forma experimental e por isso precisou ser novamente aprovada pelo Presidente Vargas tendo em vista a mudança mais vigorosa na lei maior, em seu artigo 134 de 1937, *verbis*:

Art. 134. Os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens ou locais particularmente dotados pela natureza, gozam da proteção e dos cuidados da Nação, dos Estados e dos Municípios. Os atentados contra ele cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional.

E no dia 30 de novembro de 1937 foi promulgado o Decreto-lei nº 25 de 1937, organizando a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional.

3. Proteção do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional

O Tombamento é um procedimento administrativo que pode ser realizado em bens de qualquer natureza: móveis ou imóveis, materiais ou imateriais, públicos ou privados. De acordo com o Decreto-lei nº 25/37 e no próprio texto Constitucional, art. 216, § 1º, o Brasil visa a proteger todos os bens culturais considerados importantes pela sociedade.

Na expressão do artigo 216 da Constituição Federal de 1988, percebe-se uma preocupação com a proteção do patrimônio cultural nacional.

Conforme preceitua o artigo 216 da Constituição Federal *in verbis*:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

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

A competência é comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios para a proteção de documentos, obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos (art. 23, inciso III da C.F.).

Entretanto, a competência é concorrente, de acordo com o artigo 24, inciso VII da C.F., para legislar sobre a proteção do patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico para União aos Estados e ao Distrito Federal, dando inclusive, limites ao estabelecimento de normas gerais à União. Os Estados podem exercer a competência suplementar, na forma dos §§ 1º ao 4º do art. 24 da Constituição Federal.

Os Municípios não possuem competência legislativa nesta matéria, mas devem utilizar dispositivos de proteção previstos nas legislações federal e estadual (art. 30, inciso IX da C.F.).

É com a participação efetiva da sociedade que se tem certeza do imenso valor cultural do bem que precisa de proteção, com políticas públicas valorizando e estimulando suas práticas usos e costumes, em busca de uma sadia qualidade de vida (art. 215 da Constituição Federal).

O § 1º do artigo 216 da Constituição Federal, determina que o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventário, registro, vigilância, tombamento, desapropriação e outras formas de acautelamento e preservação. Houve por bem o legislador em ressaltar que o tombamento não é o único instrumento jurídico de proteção do patrimônio cultural.

O órgão técnico responsável pela atribuição de valor dos bens passíveis de tombamento é o IPHAN – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional estabelecido como autarquia federal.

3.1. Conceito e Características

Nas palavras de Paulo Affonso Leme Machado (2016, p.1140/1141), *in verbis*:

o tombamento é uma forma de implementar a função social da propriedade, protegendo e conservando o patrimônio privado ou público, através da ação dos poderes públicos, tendo em vista seus aspectos históricos, artísticos, naturais, paisagísticos e outros relacionados à cultura, para a fruição das presentes e futuras gerações.

É procedimento porque não se resume num único ato, mas numa sucessão de atos preparatórios, essenciais à validade do ato final, que é a inscrição em um dos Livros do Tombo. (Di Pietro, 2016, p. 179)

Nos termos do § 2º do artigo 1º do Decreto-lei 25/37, “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.”

O artigo 3º do mencionado Decreto-lei exclui da possibilidade de tombamento, por não pertencerem ao patrimônio histórico e artístico nacional, as obras de origem estrangeira:

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

Dessa forma verifica-se a proteção do patrimônio histórico e artístico somente brasileiro e de forma alguma se admite a proteção através do tombamento de bens estrangeiros.

Observa-se a valorização da nacionalidade, evitando-se uma regionalização do bem protegido, este bem deve ser *brasileiro* e não “patrimônio de interesse estadual ou regional” ou “patrimônio de interesse municipal ou local”. (RODRIGUES, 2012, p. 92-93)

Interessante observar que o Brasil é mestiço e nossa cultura é misturada a várias outras que aqui estão incluídas mas que convivem harmonicamente acrescentando muita riqueza ao conceito nacional. E o próprio legislador quis preservar a cultura elaborada no território brasileiro.

3.2 Espécies de Tombamento

O tombamento é de ofício, quando incide sobre bens públicos, onde ocorre a notificação à pessoa jurídica com a qual esteja a guarda do bem ou à entidade a que pertencer. Passando a produzir os efeitos do tombamento com o recebimento da notificação.

Já o tombamento voluntário ocorre a pedido do proprietário e a coisa for considerada de valor cultural pelo órgão preservacionista, ou sempre que o proprietário consentir por escrito, à notificação que se lhe fizer de abertura de processo de tombamento.⁹

Tombamento compulsório acontece por intervenção do Poder Público, sempre que houver resistência por parte do proprietário em aceitar o tombamento, ou no caso de impugnação por parte dele. Importante destacar o princípio da ampla defesa e do contraditório.

No processo de tombamento compulsório, o início do procedimento se dará com o despacho da autoridade competente no nível federal do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN. Que determinará a notificação para cientificar o proprietário da

⁹ Art. 7º do Decreto.lei nº 25/1937.

pretensão do tombamento, com a ciência do proprietário, que não pode mais realizar modificações no bem a ser tombado. (DI PIETRO, 2016, p.180)

Quanto à eficácia do ato, o tombamento será provisório ou definitivo, sendo o tombamento provisório a possibilidade para a Administração vir a proteger o bem, aplicando sanções administrativas, multas, demolição, obrigação de restaurar, enquanto não termina o processo com a inscrição no Livro do Tombo e tornando-o em definitivo.

Cumprido observar que, Paulo Affonso Leme Machado¹⁰ destaca que o tombamento provisório é o mais eficaz instrumento para defesa da natureza, *in verbis*:

Um dos mais rápidos e eficazes previstos desde 1937 para defender a natureza é o *tombamento provisório*. Mesmo antes de se chegar à decisão final, antes de se entrar no mérito sobre se o bem vai, ou não, ser tombado, passa ele a ser preservado. É um instituto jurídico que merece ser transplantado e inserido em outros setores em que se trata da conservação do patrimônio natural.

O que geralmente se encontra – principalmente no planejamento urbano – é que, enquanto se discutem os planos e se engendram soluções, os interessados em ter direitos adquiridos procuram licenciar seus projetos de obras e de instalações, dificultando a futura ação administrativa, que deverá, então, revogar seus atos, mas despendendo com indenizações, pagando o que já foi realizado. Não temos ainda no nosso Direito Urbanístico um instituto jurídico como o francês que consagra o *sursis à statuer*.

O tombamento provisório dá uma razoável oportunidade de defesa rápida para o bem que se pretende proteger. Prevê o art. 10 do Decreto-lei 25/1937: “Art. 10. O tombamento dos bens, a que se refere o art. 6º desta Lei, será considerado provisório ou definitivo conforme esteja o respectivo processo iniciado pela notificação ou concluído pela inscrição dos referidos bens no competente Livro do Tombo. Parágrafo único. Para todos os efeitos, salvo a disposição do art. 13 desta Lei, o tombamento provisório se equipara ao definitivo”.

Quanto aos destinatários do ato de tombamento, pode-se classificar o tombamento em: individual ou geral. Será individual o tombamento quando atingir bem determinado, e geral, quando disser respeito a todos os bens de determinada área. (MILARE, 2015, p. 576)

¹⁰ MACHADO, Paulo Affonso Leme. 2016, p. 1156/57.

3.3 Instituição do Tombamento: por lei e por ato do Poder Executivo

Instituição por lei

O tombamento pode ser instituído por ato legislativo federal, estadual ou municipal conforme assevera Machado (*apud* Pontes de Miranda, cit. p. 369), “basta para que o ato estatal protetivo – legislativo ou executivo, de acordo com a lei – seja permitido.”¹¹ Por ser o tombamento concreto de um bem através de lei este poderá se subordinar somente ao que diz determinada lei e seu conteúdo, que será de natureza geral, como são todas as leis, para a proteção dos bens culturais.

A grande vantagem de o tombamento ter a sua origem numa lei, para Paulo Affonso Leme Machado é o fato de que o seu desfazimento somente se dará através de ato do Poder Legislativo. Onde se terá um melhor exame tanto no que se quer preservar como no seu cancelamento. Cumprindo observar que, o tombamento provisório realizado por ato Administrativo não perderia sua eficácia até a deliberação do Poder Legislativo passando para tombamento definitivo.

Instituição por ato do Poder Executivo

O tombamento poderá ser efetivado através de parecer do Conselho Consultivo e homologado pelo Ministro de Estado da Cultura, conforme os artigos 1º da Lei 6.292, de 15.12.1975, e 3º do Decreto federal 91.144, de 15.3.1985.

O então Ministro da Cultura é o agente ou órgão de controle que poderá, homologar ou rechaçar a opinião do Conselho Consultivo que deu início ao processo de tombamento.

Em nível estadual e municipal a legislação é autônoma e concorrente e poderá se efetivar por decreto, resolução de Secretário de Estado ou ato de funcionário público a que se der competência.

¹¹ Comentários ao Código de Processo Civil.

Os Estados não estão obrigados a organizar um Colegiado técnico para opinar antecipadamente sobre o tombamento.

Um ato da administração pública quando se alicerça em dados técnicos para determinar o tombamento, através de um Colegiado ou de um órgão público especializado tem força de lei.

3.4 Procedimento do Tombamento

Certo é que, o ato do tombamento consolida-se com a inscrição do bem no Livro do Tombo.

É uma sucessão de atos preparatórios procedimentais de natureza administrativa que viabiliza a intervenção de bens de significativo valor para o patrimônio cultural brasileiro.

No entanto, em qualquer modalidade de tombamento, é imprescindível a manifestação do IPHAN, conforme ordenação legal, em relação a cotação do bem tombado.

Se o bem tombado for público, após a manifestação do órgão técnico (IPHAN), a autoridade administrativa determina a inscrição do bem no Livro do Tombo, notificando a pessoa jurídica de direito público titular do bem ou que o tenha sob sua guarda (DI PIETRO, 2016, p. 181).

Diante de um tombamento voluntário requerido pelo proprietário, o órgão técnico será ouvido, para analisar se o bem possui significativo valor para o patrimônio cultural brasileiro e em preenchendo o requisito, será anotado a inscrição no Livro do Tombo e no caso de bem imóvel, é feita a transcrição no Registro de Imóveis.

Um procedimento que tiver por iniciativa o Poder Público deverá observar as seguintes fases:

1. manifestação do órgão técnico sobre o valor do bem para fins de tombamento;

2. notificação ao proprietário para anuir ao tombamento dentro do prazo de 15 dias, a contar do recebimento da notificação ou para, se quiser, impugnar e oferecer as razões dessa impugnação;
3. se o proprietário anuir, por escrito, à notificação, ou não impugnar, tem-se o tombamento voluntário, com a inscrição no Livro do Tombo;
4. havendo impugnação, será dada vista, no prazo de mais 15 dias, ao órgão que tiver tomado a iniciativa do tombamento, a fim de sustentar as suas razões;
5. a seguir, o processo será remetido ao IPHAN, que proferirá decisão a respeito, no prazo de 60 dias a contar do recebimento;
6. se a decisão for contrária ao proprietário, será determinada a inscrição no Livro do Tombo; se for favorável, o processo será arquivado;
7. a decisão do Conselho Consultivo terá que ser apreciada pelo Ministro da Cultura, o qual poderá examinar todo o procedimento, anulando-o, se houver ilegalidade, ou revogando a decisão do órgão técnico, se contrária ao interesse público, ou, finalmente, apenas homologando;
8. o tombamento somente se torna definitivo com a inscrição em um dos Livros do Tombo¹² que, na esfera federal, compreende, nos termos do artigo 4º do Decreto-lei 25/37:
 1. o Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico;
 2. o Livro do Tombo das Belas Artes;
 3. o Livro do Tombo das Artes Aplicadas;
 4. o Livro do Tombo Histórico.

A lei exige que se faça a transcrição no Registro de Imóveis, averbando-se o tombamento ao lado da transcrição do domínio (art. 13 Dec.-lei nº 25/37), no caso de bens imóveis.

Em se tratando de móveis, a transcrição deve ser feita em registro público, no caso o Registro de Títulos e Documentos.¹³

Se for compulsório o tombamento:

1. manifestação do órgão técnico;
2. notificação ao proprietário, impugnação, manifestação do órgão que tomou a iniciativa do tombamento, decisão pelo órgão técnico, homologação pelo Ministro da Cultura, inscrição no Livro do Tombo;

¹² Em São Paulo existe um 5º Livro do Tombo instituído pelo Decreto s/nº de 19.12.1969: O Livro do Tombo das Artes Populares.

¹³ Di Pietro, 2016, p. 182

Cumpra observar que é assegurado tanto no processo judicial como no processo administrativo a aplicação regular e correta da lei como transcrito:

“O princípio fundamental do devido processo legal (due process of law), assegurando ao proprietário o direito ao contraditório e à ampla defesa, incluindo os meios de prova que visem a demonstrar a inexistência de relação entre o bem a ser tombado e a proteção ao patrimônio cultural”. (MILARÉ, 2015, p.577 *apud* José dos Santos Carvalho Filho – Manual de Direito Administrativo, cit., p.823)

A transcrição no registro de imóveis não integra o procedimento, a falta de registro apenas impede as entidades públicas de exercerem o direito de preferência para aquisição do bem tombado (art. 22 do Dec.-lei 25/37).

O direito de preferência para aquisição da União, Estados e Município foi revogado pelo artigo 1.072, I, do novo CPC mas permaneceu a obrigatoriedade da inscrição do tombamento no Registro de Imóveis com a finalidade de publicação para que todos conheçam o regime especial do bem tombado. (DI PIETRO, 2016, p. 182)

A partir da vigência do Dec.-lei nº 3.866/41, o proprietário do bem tombado passou a ter o direito de recorrer ao Presidente da República para postular em razão do interesse público o cancelamento do tombamento de bens pertencentes à União, Estados, Municípios ou à pessoa natural ou jurídica de direito privado, feito no IPHAN. Em 1969 o Estado de São Paulo através do Dec.-lei 149/1969, também instituiu idêntico recurso para o Governador do Estado.¹⁴

3.5 Efeitos do Tombamento

A materialização dos efeitos do ato administrativo do tombamento para a preservação do meio ambiente cultural cumpre observar a afetação dos sujeitos de forma positiva, negativa e de suportar.

¹⁴ Art. 1º, §2º, do Dec.-lei 149/1969

As obrigações do proprietário do bem tombado serão positivas e serão obrigações de fazer: as obras de conservação necessárias à preservação do bem, ou se meios não tiver, deverá comunicar a real necessidade ao órgão competente, sob pena de multa (art. 19 do Dec.-lei nº25/37). Se o bem tombado for público, será inalienável, ressalvado a possibilidade de transferência entre União, Estados e Municípios (art. 11 do referido Dec.-lei).

Já as obrigações do proprietário do bem tombado serão negativas e serão obrigações de não fazer: destruir, demolir ou mutilar as coisas tombadas nem, sem prévia autorização do IPHAN, repará-las, pintá-las ou restaurá-las, sob pena de multa de 50% do dano causado (art. 17 do Dec.-lei 25/37); também não pode em se tratando de bens móveis, retirá-los do país, senão por curto período, para fins de intercâmbio cultural, a juízo do IPHAN (art. 14 do mencionado Decreto-lei); tentada sua exportação a coisa fica sujeita a sequestro e o seu proprietário, às penas cominadas para o crime de contrabando e multa.

A obrigação do proprietário de suportar equivale ao fazer: o proprietário fica sujeito à fiscalização do bem pelo órgão técnico competente, sob pena de multa em caso de opor obstáculos indevidos à vigilância.

Em se tratando de um tombamento individual, os efeitos dirigem-se a um determinado bem e este bem sendo bem imóvel vai refletir consequências aos proprietários dos imóveis vizinhos, consoante o art. 18 do Dec.-lei 25/37, *in verbis*:

sem prévia autorização do serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso a multa de 50% do valor do mesmo objeto.

É o efeito que atinge o terceiro, que não é o proprietário, nem o órgão fiscalizador, e dessa forma o Estado restringe a ocupação do entorno caracterizando uma servidão administrativa em que dominante é o bem tombado e serviente, os prédios vizinhos. Impondo aos proprietários dos prédios servientes obrigação negativa de não fazer (DI PIETRO, 2016, p. 184)

Os efeitos do tombamento também atingem o próprio IPHAN, que via de regra ao fiscalizar assume a obrigação de mandar executar as obras de conservação do bem, quando o proprietário não puder arcar com os custos, bem como, providencia a desapropriação da coisa (art. 19, § 1º do Dec.-lei 25/37).

Em não ocorrendo as duas hipóteses anteriores, o proprietário poderá requerer que seja cancelado o tombamento (§ 2º do mesmo diploma legal).

Cumpra ao IPHAN exercer constante vigilância sobre os bens tombados, inspecionando-os sempre que julgar conveniente (art. 20 do Dec.-lei 25/37).

O maior legado que o ato de inscrição de um bem no Livro do Tombo traz para uma sociedade é a própria educação ambiental que além de presenciar a conservação e a manutenção, passa a entender a importância da preservação do ambiente em que se vive, dos traços culturais, artísticos, étnicos, dentre outros aspectos que se fazem importantes para aquele grupo social.

4.O Judiciário e o Tombamento

Discute-se o ato de tombamento se dará de forma vinculada ou discricionária.

Que na concepção de Hely Lopes Meirelles “Atos vinculados ou regradados são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização”¹⁵, bem como, “discricionários são os que a Administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e de seu modo de realização”¹⁶.

Mas é unânime o entendimento asseverado por Miranda (2014, p. 32 *apud* Silva, s.d.), o qual o bem tombado fica dependente de um regime jurídico especial que lhe é imposto, de restrição à inalienabilidade, imodificabilidade, bem como, vínculos de destinação.

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo*. 25ª Ed. São Paulo. Malheiros. 2000. p. 156.

¹⁶ Idem, *ibidem*. p. 158.

Aduz ser o tombamento uma restrição concreta ao direito de propriedade, e por isso, impõe à coisa protegida a qualidade de bem de interesse público, submetendo-a a um especial regime jurídico no qual tange à disponibilidade, à conservação e à fruição. (MIRANDA, 2014, p.32)

Observa-se que as obrigações jurídicas decorrentes do tombamento acompanham a coisa, desta forma, portanto, de natureza *propter rem*¹⁷.

4.1. Tombamento e Jurisprudência selecionada

Uma análise jurisprudencial é pertinente por se tratar de casos concretos e que possibilitarão um melhor entendimento para o presente estudo.

O Decreto-Lei nº 25/37 foi admitido pela Constituição Federal de 1988 com *status* de lei ordinária, com força vinculante em todo território nacional, e que se aplica igualmente à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, com a determinação de normas gerais sobre a “proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico”, nos termos do art. 24, VII da Constituição Federal. (MIRANDA, 2014, p. 1)

Por ser o tombamento uma norma que se consuma no ato da inscrição no Livro do Tombo, não há possibilidade de modificação com outras leis.

A transcrição do ato do tombamento pelo Registro de Imóveis e quando móveis no Cartório de Títulos e Documentos integra o princípio da publicidade. Inclusive possibilitando aos imóveis vizinhos o conhecimento de averbação, evitando-se que as Prefeituras autorizem construções que possam prejudicar a visibilidade de tais bens.

Paulo Affonso Leme Machado¹⁸ assevera que:

¹⁷ “Propter rem” significa “por causa da coisa”. Assim, se o direito de que se origina é transmitido, a obrigação o segue, seja qual for o título translativo. A transmissão é automática, independente da intenção específica do transmitente, e o adquirente do direito real não pode recusar-se a assumi-la. Disponível em < <http://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/1257/Obrigacao-propter-rem> > acessado em 10/11/2016.

Constituem normas gerais sobre tombamento aquelas que dão as características desse instituto jurídico, indicando o modo como se instaura o procedimento, a maneira como é gerido o bem tombado, a abrangência da proteção, os sistemas de sanções. Estados e Municípios poderão adicionar outras regras às diretrizes federais gerais, de modo a que não sejam as mesmas desnaturadas ou desvirtuadas, como podem legislar sobre suas próprias peculiaridades, em sintonia com as normas federais.

Jurisprudência selecionada

TOMBAMENTO. DECRETO-LEI 25/37. RECEPÇÃO PELA ATUAL CONSTITUIÇÃO (ART. 216). CONJUNTO ARQUITETÔNICO TOMBADO. REFORMA DE IMÓVEL DELE INTEGRANTE. 1. O Decreto-Lei 25/37 foi recepcionado pela atual Constituição, a qual, no parágrafo 1º do artigo 216, é expressa ao estabelecer que a proteção ao patrimônio cultural brasileiro far-se-á "por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação". 2. Estando comprovado que o imóvel tombado em causa foi objeto de modificação, sem autorização da autoridade administrativa competente, restou violado o comando previsto no artigo 17 do Decreto-Lei 25, de 30.11.1937. 3. A ausência do embargo da obra não obsta à incidência da necessidade de prévia autorização. Precedente desta Corte. 4. A ausência de averbação não constitui fundamento jurídico suficiente para afastar a obrigatoriedade da autorização administrativa para a realização de reforma no imóvel tombado, ou seja, a eficácia da limitação administrativa. Precedente desta Corte. 5. Apelação e remessa, tida por interposta, não providas. (TRF 1ª R.; A.C. 1998.01.00.093.579-2; Terceira Turma Suplementar; Rel. Juiz Conv. Leão Aparecido Alves; Julg. 08/08/2002; DJU 05/09/2002, p. 128)

A limitação ao direito de propriedade do Decreto-Lei nº 25/37, de acordo com Miranda, tutela a natureza de lei especial, limitadora do direito de propriedade, e acrescenta o disposto no art. 1.228, § 1º do Código Civil brasileiro, *in verbis*:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

¹⁸ MACHADO, Paulo Affonso Leme, Direito Ambiental Brasileiro, 2010, p. 1.000.

Outrossim, nos termos do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257 de 2001), o tombamento é apontado como um dos instrumentos para realização da política urbana (art. 4º, V, do Dec.-Lei nº 25/37), porquanto ser uma das diretrizes gerais para tal seguimento, desenvolver a função social da cidade e da propriedade urbana, é formalmente a proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico (art. 2º, XII, do Dec.-Lei nº 25/37). (MIRANDA, 2014, p. 4)

E reforçando esse entendimento de que o tombamento é restrição parcial do direito de propriedade é a precisa lição de Sonia Rabello de Castro, que discorre no seguinte sentido:

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 outro dispositivo da própria Constituição, que dispendo sobre a ordem econômica e financeira determina a necessária presença de interesse público e social para o seu exercício. (1991, p. 11)

Todavia, os bens tombados, por serem bens de interesse público, ficam subordinados a um especial regime jurídico que lhes impõe vínculos de destinação, de imodificabilidade e de restrição à alienabilidade. (MIRANDA, 2014, p. 5 *apud* Silva, s.d.)

Jurisprudência selecionada

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – APELAÇÃO – TOMBAMENTO – LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA NEGATIVA – ARTS. 5º, XXIII E 170, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - DECRETO Nº 25/37 – PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO HISTÓRICO, CULTURAL E PAISAGÍSTICO - VEDAÇÃO DE CONSTRUÇÃO NA VIZINHANÇA DE IMÓVEIS TOMBADOS –INTERESSE DE AGIR DO MUNICÍPIO – CONFIGURADO – PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO – DESCABIMENTO- SENTENÇA MANTIDA. 1- O tombamento é a forma de intervenção na propriedade pela qual o Poder Público procura proteger o patrimônio cultural brasileiro, se traduz, quando o Estado intervém na propriedade privada para proteger o patrimônio cultural, preservando a memória nacional. Sendo assim, o proprietário não pode usar e usufruir livremente de seus bens se estes traduzem interesse público por atrelados fatores de ordem histórica, artística científica turística paisagística e cultural. 2- Pode o Poder público criar novos critérios para

assegurar a preservação e a visibilidade daqueles imóveis objetos de tombamento, sendo assim, o fato da Apelante ter obtido licença anteriormente para a construção não lhe confere o direito adquirido a executar o seu projeto quando bem lhe convier, razão pela qual a concessão pelo Poder Público de licença por tempo determinado, dá a finalidade das renovações. 3- O direito que assegura a propriedade não é absoluto, só se justificando quando a propriedade estiver atendendo sua função social. Tal função social configura, inclusive, um dos princípios gerais da atividade econômica previstos na Constituição. É por esse motivo que, ainda em relação ao presente instituto, podem ser invocados os artigos 5º, XXIII e 170, III, da CF/88, que garantem o direito de propriedade desde que esta atenda a função social. 4 -O fato de existirem, no local denominado “Área D”, outros imóveis com altura superior à permitida pela Portaria nº 60/84, não confere o direito à parte autora de também poder construir o seu imóvel sem as limitações impostas pela citada portaria, sob o argumento da isonomia. 5 - No que tange ao pagamento da indenização, com efeito, as limitações administrativas, por não gerarem aniquilamento do direito de propriedade, não obrigam a Administração a indenizar o proprietário dos bens objeto das mesmas. Sendo imposições de ordem geral, as limitações administrativas não rendem ensejo à indenização em favor dos proprietários. 7 – Sendo o Município a autoridade que concede a licença para a obra pretendida pelo autor, é ele parte legítima para figurar na demanda. 8 – Apelações e remessa improvidas. (TRF 2ª R.; AC 1986.51.01.737002-3; Sexta Turma Especializada; Rel. Des. Fed. Frederico Gueiros; Julg. 06/07/2009; DJU 14/07/2009; P. 147).

E finalmente, o dever de proteção ao patrimônio cultural e o alcance que o Decreto-Lei nº 25/1937 estabelece poderá ser verificado na jurisprudência do STJ da lavra do Ministro Herman Benjamin, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. JARDIM BOTÂNICO DO RIO DE JANEIRO. BEM PÚBLICO. DECRETO-LEI 9.760/46 PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. BEM TOMBADO. ARTS. 11 E 17 DO DECRETO-LEI 25/1937. OCUPAÇÃO POR PARTICULARES. CONSTRUÇÃO. BENFEITORIAS. INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO DE RETENÇÃO. DESCABIMENTO. ARTS. 100, 102, 1.196, 1.219 E 1.255 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.1. Fundado em 1808 por Dom João VI, o Jardim Botânico do Rio de Janeiro é um dos tesouros do patrimônio natural, histórico, cultural e paisagístico do Brasil, de fama internacional, tendo sido um dos primeiros bens tombados, ainda em 1937, pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, sob o pálio do então recém-promulgado Decreto-Lei 25/1937. 2. Os remanescentes 140 hectares, que atualmente formam o Jardim Botânico, são de propriedade da União, o que, independentemente das extraordinárias qualidades naturais e culturais, já obriga que, qualquer utilização, uso ou exploração privada seja, sempre de caráter excepcional, por tempo certo e cabalmente motivada no interesse público. 3. Não obstante leis de sentido e conteúdo indubitáveis, que salvaguardam a titularidade dos bens confiados ao controle e gestão do Estado, a história fundiária do Brasil, tanto no campo como na cidade, está, infelizmente até os dias atuais, baseada na indevida apropriação privada dos espaços públicos, com frequência às claras e, mais

grave, até com estímulo censurável, tanto por ação como por leniência, de servidores públicos, precisamente aqueles que deveriam zelar, de maneira intransigente, pela integridade e longevidade do patrimônio nacional. 4. Além de rasgar a Constituição e humilhar o Estado de Direito, substituindo-o, com emprego de força ou manobras jurídicas, pela "lei da selva", a privatização ilegal de espaços públicos, notadamente de bens tombados ou especialmente protegidos, dilapida o patrimônio da sociedade e compromete o seu gozo pelas gerações futuras. 5. Consoante o Código Civil (de 2002), "Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião" (art. 102) e os "de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação" (é o caso do Jardim Botânico), nos termos do art. 100. Mais incisiva ainda a legislação do patrimônio histórico e artístico nacional, quando dispõe que "As coisas tombadas, que pertençam à União, aos Estados ou aos Municípios, inalienáveis por natureza, só poderão ser transferidas de uma à outra das referidas entidades" (art. 11, do Decreto-Lei 25/1937, grifo acrescentado). 6. A ocupação, a exploração e o uso de bem público – sobretudo os de interesse ambiental-cultural e, com maior razão, aqueles tombados – só se admitem se contarem com *expresso, inequívoco, válido e atual assentimento* do Poder Público, exigência inafastável tanto pelo Administrador como pelo Juiz, a qual se mantém incólume, independentemente da ancianidade, finalidade (residencial, comercial ou agrícola) ou grau de interferência nos atributos que justificam sua proteção. 7. Datar a ocupação, construção ou exploração de longo tempo, ou a circunstância de ter-se, na origem, constituído regularmente e só depois se transformado em indevida, não purifica sua ilegalidade, nem fragiliza ou afasta os mecanismos que o legislador instituiu para salvaguardar os bens públicos. Irregular é tanto a ocupação, exploração e uso que um dia foram regulares, mas deixaram de sê-lo, como os que, por nunca terem sido, não podem agora vir a sê-lo. 8. No que tange ao Jardim Botânico do Rio, nova ou velha a ocupação, a realidade é uma só: o bem é público, tombado, e qualquer uso, construção ou exploração nos seus domínios demanda rigoroso procedimento administrativo, o que não foi, *in casu*, observado. 9. Na falta de autorização expressa, inequívoca, válida e atual do titular do domínio, a ocupação de área pública é mera detenção ilícita ("grilagem", na expressão popular), que não gera – nem pode gerar, a menos que se queira, contrariando a *mens legis*, estimular tais atos condenáveis – direitos, entre eles o de retenção, garantidos somente ao possuidor de boa-fé pelo Código Civil. Precedentes do STJ. 10. Os imóveis pertencentes à União Federal são regidos pelo Decreto-Lei 9.760/46, que em seu art. 71 dispõe que, na falta de assentimento (expresso, inequívoco, válido e atual) da autoridade legitimamente incumbida na sua guarda e zelo, o ocupante poderá ser sumariamente despejado e perderá, sem direito a indenização, tudo quanto haja incorporado ao solo, ficando ainda sujeito ao disposto nos arts. 513, 515 e 517 do Código Civil de 1916. 11. A apropriação, ao arripio da lei, de terras e imóveis públicos (mais ainda de bem tombado desde 1937), **além de acarretar o dever de imediata desocupação da área, dá ensejo à aplicação das sanções administrativas e penais previstas na legislação, bem como à obrigação de reparar eventuais danos causados.** 12. **Aplica-se às benfeitorias e acessões em área ou imóvel público a lei especial que rege a matéria, e não o Código Civil, daí caber indenização tão-só se houver prévia notificação do proprietário (art. 90 do Decreto-lei 9.760/46).** 13. **Simples detenção precária não dá ensejo a indenização por acessões e benfeitorias, nem mesmo as ditas necessárias, definidas como "as que têm por fim conservar o bem ou evitar que se deteriore"**

(Código Civil, art. 96, § 3º). Situação difícil de imaginar em construções que deverão ser demolidas, por imprestabilidade ou incompatibilidade com as finalidades do Jardim Botânico (visitação pública e conservação da flora), a antítese do fim de "conservar o bem ou evitar que se deteriore". 14. Para fazer jus a indenização por acessões e benfeitorias, ao administrado incumbe o ônus de provar: a) a regularidade e a boa-fé da ocupação, exploração ou uso do bem, lastreadas em assentimento expresso, inequívoco, válido e atual; b) o caráter *necessário* das benfeitorias e das acessões; c) a notificação, escoreita na forma e no conteúdo, do órgão acerca da realização dessas acessões e benfeitorias. 15. Eventual indenização, em nome das acessões e benfeitorias que o ocupante ilegal tenha realizado, deve ser buscada *após* a desocupação do imóvel, momento e instância em que o Poder Público também terá a oportunidade, apreço de mercado, de cobrar-lhe pelo período em que, irregularmente, ocupou ou explorou o imóvel e por despesas de demolição, assim como pelos danos que tenha causado ao próprio bem, à coletividade e a outros valores legalmente protegidos. 16. Inexiste boa-fé contra expressa determinação legal. Ao revés, entende-se agir de má-fé o particular que, sem título expresso, inequívoco, válido e atual ocupa imóvel público, mesmo depois de notificação para abandoná-lo, situação típica de esbulho permanente, em que cabível a imediata reintegração judicial. 17. Na ocupação, uso ou exploração de bem público, a boa-fé é impresumível, requisitando prova cabal a cargo de quem a alega. Incompatível com a boa-fé agir com o reiterado ânimo de se furtar e até de burlar a letra e o espírito da lei, com sucessivas reformas e ampliações de construção em imóvel público, por isso mesmo feitas à sua conta e risco. 18. Na gestão e controle dos bens públicos impera o *princípio da indisponibilidade*, o que significa dizer que eventual inércia ou conivência do servidor público de plantão (inclusive com o recebimento de "aluguel") não tem o condão de, pela porta dos fundos da omissão e do consentimento tácito, autorizar aquilo que, pela porta da frente, seria ilegal, caracterizando, em vez disso, ato de improbidade administrativa (Lei 8.429/1992), que como tal deve ser tratado e reprimido. 19. A grave crise habitacional que continua a afetar o Brasil não será resolvida, nem seria inteligente que se resolvesse, com o aniquilamento do patrimônio histórico-cultural nacional. Ricos e pobres, cultos e analfabetos, somos todos sócios na titularidade do que sobrou de tangível e intangível da nossa arte e história como Nação. Daí que mutilá-lo ou destruí-lo a pretexto de dar casa e abrigo a uns poucos corresponde a deixar milhões de outros sem teto e, ao mesmo tempo, sem a memória e a herança do passado para narrar e passar a seus descendentes. 20. Recurso Especial não provido. (STJ; REsp 808.708-RJ; Proc. 2006/0006072-8; Segunda Turma; Rel. Ministro Herman Benjamin; Julg. 18/08/2009; DJE 04/05/2011) (grifei)

E também, parte do aresto vencedor como transcrito:

Na proteção do patrimônio histórico-cultural, o Poder Judiciário desempenha uma função essencial. A um, porque lhe cabe aplicar e interpretar as normas internacionais e nacionais que incidem na matéria; a dois, por ser uma instituição permanente e independente, alheia às vicissitudes, incertezas e pressões, nem sempre inteiramente legítimas, que cercam o administrador local. Não obstante os louváveis esforços de muitos – do legislador, de órgãos públicos especializados, da academia e de ONGs – o Brasil ainda

busca as bases e formas de uma reconciliação com o seu passado. Somos um povo adepto das novidades e necessidades efêmeras que, não fosse a destruição que causam no legado dos nossos antepassados e no patrimônio das gerações futuras, não passariam de inofensivo modismo de momento. Tardamos, é verdade, a descobrir e valorizar o patrimônio histórico e cultural da nossa terra. Mas, aqui, importa lembrar que mesmo nos países mais desenvolvidos e dotados de riquíssimos sítios arqueológicos e históricos, monumentos, conjuntos e artefatos artísticos, inexistem propriamente uma teoria, filosofia ou microsistema legal de preservação com raízes no passado longínquo. Na verdade, “a idéia de que há uma obrigação coletiva de identificar e proteger artefatos culturais é bastante moderna” (Joseph L. Sax, *Heritage preservation as a public duty: the Abbe Gregoire and the origins of an idea*, in *Michigan Law Review*, vol. 88, 1990, p. 1.143), coincidindo, no mundo ocidental, com as turbulências e violência do período da Revolução Francesa, o que levou Pierre-Laurent Frier a afirmar que o nascimento de um Direito do Patrimônio Cultural ocorreu “na dor” (*Droit du Patrimoine Culturel*, Paris, PUF, 1997, p. 63). No Brasil, “derrubar” e “substituir o velho pelo novo” sempre foram a palavra de ordem do dia, na cidade e no campo. No espírito do brasileiro, talhado em 500 anos de *história de conquista do natural e do anterior*, o progresso termina por virar sinônimo de negação de valor e legitimidade ao passado e ao futuro, à medida que o nosso imediatismo só nos permite reconhecer a identidade, a legitimidade e as necessidades do presente. A ser assim, a tendência natural é rejeitar, desacreditar ou obstaculizar qualquer regime jurídico que se ponha no caminho do trator, do guindaste, da dinamite, da motosserra, do descaso, do clientelismo, ou da inocente ignorância. Brasília fez a escolha de ser livre nos seus espaços arquitetônicos e paisagísticos. Para continuar a ser o que é ou deveria ser precisa controlar o individualismo, a liberdade de construir onde e como se queira, e a ênfase de seus governantes no curto-prazo, que tende a sacrificar o patrimônio público imaterial, o belo, o histórico e, por via de consequência, os interesses das gerações futuras. O Judiciário deve agir prontamente quando o Poder Público lesa, por ação ou omissão, o patrimônio histórico-cultural. Não custa advertir que o administrador que ignora seus deveres legais não apenas expõe o Estado à responsabilização judicial, como, *pessoalmente*, está incorrendo em grave improbidade administrativa e, conforme o caso, ilícito penal, que devem ser, cabal e prontamente, apurados e processados. Não o isenta o fato de a degradação do bem protegido ser praticada pelo proprietário do imóvel ou por um particular qualquer. Ao contrário, sua omissão fica mais grave. O dono, pelo menos, age movido por interesse individual de ampliar os benefícios que retira do bem. Já o administrador é pago para agir pela coletividade, o que faz a sua omissão levantar suspeitas de toda ordem sobre a real motivação que a inspira. (STJ – REsp nº 840.918 DF; Proc. Nº 2006/0086011-1; Ministro Herman Benjamin; julg. 14/10/2008; DJE 10/09/2010)

CONCLUSÃO

Diante do que foi pesquisado, o tombamento como procedimento administrativo alinhado aos direitos fundamentais desempenha a função de bem comum, por resguardar bens

móveis e imóveis, materiais e imateriais, visando salvaguardar um legado cultural da sociedade.

Como visto, o estudo procurou demonstrar que o procedimento do tombamento alinhado com a Constituição Federal revela uma face mais complexa do procedimento do tombamento ao envolver a responsabilidade concorrente entre os entes, União, os Estados, e os Municípios, causando desta forma, impacto na qualidade de vida das pessoas. Em suma, a importância sócio educativa do tombamento, ultrapassa a perspectiva meramente burocrática cartorial para uma nova dimensão social inclusiva de geração consciente de seu patrimônio social.

REFERÊNCIAS:

AHMED, Flávio. *Direitos Culturais e Cidadania Ambiental no Cotidiano das Cidades*. 2ª ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2014.

Disponível em < <http://www.acasa.org.br/biblioteca/texto/288> > Aloísio Magalhães – acessado em 17/10/2016.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 17ª ed.. Atlas. São Paulo. 2015

< <http://antt.dglab.gov.pt/inicio/identificacao-institucional/6-2/> > acessado em 02/8/16 – Arquivo Nacional Torre do Tombo

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

Comissão Mundial Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. “*Nosso Futuro Comum*” ou “*Relatório Brundtland*”. Rio de Janeiro. ed. Fundação Getúlio Vargas. 2ª ed. p. 40. 1991.

Disponível em < <http://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/1257/Obrigacao-propter-rem> > acessado em 10/11/2016. – Dicionário net

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29ª ed.. Forense. Rio de Janeiro. 2016.

Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html> > acessado em 07/10/2016.

FERNANDES, José Ricardo Oriá. *Muito antes do SPHAN: a política de patrimônio histórico no Brasil (1838-1937)*. Disponível em: < <http://culturadigital.br/politicaculturalcasaderuibarbosa/files/2010/09/18-JOSÉ-RICARDO-ORIÁ-FERNANDES.1.pdf> > acessado em 20/09/2016

GUIMARÃES, Bergson Cardoso. *Fundamentos Éticos-Filosóficos para a Preservação dos Bens Culturais*. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_25494425_FUNDAMENTOS_ETICO_FILOSOFICOS_PARA_A_PRESERVACAO_DOS_BENS_CULTURAI5.aspx> acessado em 10/10/2016.

IPHAN – **Proteção e Revitalização do Patrimônio Cultural no Brasil: Uma Trajetória**. p. 25. 1991

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. Rio de Janeiro. Forense Universitária. 2002.

MACHADO, Paulo Affonso Leme Machado. **Direito Ambiental Brasileiro**. 18ª ed.. Malheiros. São Paulo. 2010.

MACHADO, Paulo Affonso Leme Machado. *Direito Ambiental Brasileiro*. 24ª ed.. Malheiros. São Paulo. 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo*. 25ª ed. Malheiros. São Paulo. 2000.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 10ª. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2015.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Lei do Tombamento Comentada Decreto Lei nº 25/1937 Doutrina, Jurisprudência e Normas Complementares*. ed. Del Rey. Belo Horizonte. 2014.

OLIVEIRA, Tatiana Mello de. *Memória e Discurso: múltiplos sentidos do Patrimônio Cultural Imaterial no Brasil*. 2011 – disponível em:

< <http://www.memoriasocial.pro.br/documentos/Disserta%20C3%A7%C3%B5es/Diss284.pdf> > acessado em 26/8/16

PINHO, André Araújo do. *Microsistema Brasileiro de Tutela Coletiva e o Combate às Propagandas Abusivas na Ambiência de Bens Tombados*. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*. nº 59. Abril/Maio. p. 54-96. 2015.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos e MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Estudos de Direito do Patrimônio Cultural*. 1ª ed. Forum. Belo Horizonte. 2012.