

Intervenção do Estado na Propriedade: Comentários Introdutórios ao Instituto do Tombamento

Tauã Lima Verdan¹

Resumo:

Em sede de comentários inaugurais, cuida salientar que o tombamento se apresenta como a forma de intervenção na propriedade, por meio da qual o Poder Público objetiva proteger o patrimônio cultural brasileiro. Com realce, o instituto em comento se revela, em sede de direito administrativo, como um dos instrumentos criados pelo legislador para combater a deterioração do patrimônio cultural de um povo, apresentando, em razão disso, maciça relevância no cenário atual, notadamente em decorrência dos bens tombados encerrarem períodos da história nacional ou, mesmo, refletir os aspectos característicos e identificadores de uma comunidade. É cediço que quando o Estado intervém na propriedade privada para proteger o patrimônio cultural, busca preservar a memória nacional. Ao lado disso, o instituto em comento permite que o aspecto histórico seja salvaguardado, eis que constitui parte da própria cultura do povo e representa a fonte sociológica de identificação de vários fenômenos sociais, políticos e econômicos existentes na atualidade. Desta feita, com destaque, o proprietário não pode, em nome de interesses particulares, usar ou fruir de maneira livre seus bens, se estes se traduzem em interesse público por atrelados a fatores de ordem histórica, artística, cultural, científica, turística e paisagística. É verificável que a proteção dos bens de interesse cultural encontra respaldo na Constituição da República Federativa do Brasil, que impõe ao Estado o dever de garantir a todos o exercício de direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional.

Palavras-chaves: Intervenção do Estado. Tombamento. Preservação.

Sumário: 1 Intervenção do Estado na Propriedade: Breve Escorço Histórico; 2 Comentários Introdutórios ao Instituto do Tombamento: Acepção Conceitual e Fonte

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Atualmente, cursa a Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Penal e Processo Penal, da Universidade Gama Filho. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

Normativa; 3 Fundamento do Tombamento; 4 Objeto do Tombamento; 5 Natureza Jurídica do Instituto do Tombamento; 6 Espécies de Tombamento; 7 Instituição do Tombamento; 8 Desfazimento do Tombamento (Destombamento); 9 Processo Administrativo para Instituição do Tombamento; 10 Efeitos do Tombamento; 11 Outros Instrumentos Protetivos

1 Intervenção do Estado na Propriedade: Breve Esforço Histórico

Em uma primeira plana, o tema concernente à intervenção do Estado na propriedade decore da evolução do perfil do Estado no cenário contemporâneo. Tal fato deriva da premissa que o Ente Estatal não tem suas ações limitadas tão somente à manutenção da segurança externa e da paz interna, suprindo, via de consequência, as ações individuais. “*Muito mais do que isso, o Estado deve perceber e concretizar as aspirações coletivas, exercendo papel de funda conotação social*”², como obtempera José dos Santos Carvalho Filho. Nesta esteira, durante o curso evolutivo da sociedade, o Estado do século XIX não apresentava essa preocupação; ao reverso, a doutrina do *laissez faire* assegurava ampla liberdade aos indivíduos e considerava intocáveis os seus direitos, mas, concomitantemente, permitia que os abismos sociais se tornassem, cada vez mais, profundos, colocando em exposição os inevitáveis conflitos oriundos da desigualdade, provenientes das distintas camadas sociais.

Quadra pontuar que essa forma de Estado deu origem ao Estado de Bem-estar, o qual utiliza de seu poder supremo e coercitivo para suavizar, por meio de uma intervenção decidida, algumas das consequências consideradas mais penosas da desigualdade econômica. “*O bem-estar social é o bem comum, o bem do povo em geral, expresso sob todas as formas de satisfação das necessidades comunitárias*”³, compreendo, aliás, as exigências materiais e espirituais dos indivíduos coletivamente considerados. Com realce, são as necessidades consideradas vitais da comunidade, dos grupos, das classes que constituem a sociedade. Abandonando, paulatinamente, a posição de indiferente distância, o

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 711.

³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 661.

Estado contemporâneo passa a assumir a tarefa de garantir a prestação dos serviços fundamentais e ampliando seu espectro social, objetivando a materialização da proteção da sociedade vista como um todo, e não mais como uma resultante do somatório de individualidades.

Neste sentido, inclusive, o Ministro Luiz Fux, ao apreciar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo N° 672.579/RJ, firmou entendimento que *“ainda que seja de aplicação imediata e incondicional a norma constitucional que estabeleça direitos fundamentais, não pode o Ente Estatal beneficiar-se de sua inércia em não regulamentar, em sua esfera de competência, a aplicação de direito constitucionalmente garantido”*⁴. Desta feita, para consubstanciar a novel feição adotada pelo Estado, restou necessário que esse passasse a se imiscuir nas relações dotadas de aspecto privado. *“Para propiciar esse bem-estar social o Poder Público pode intervir na propriedade privada e nas atividades econômicas das empresas, nos limites da competência constitucional atribuída”*⁵, por meio de normas legais e atos de essência administrativa adequados aos objetivos contidos na intervenção dos entes estatais.

Com efeito, nem sempre o Estado intervencionista ostenta aspectos positivos, todavia, é considerado melhor tolerar a hipertrofia com vistas à defesa social do que assistir à sua ineficácia e desinteresse diante dos conflitos produzidos pelos distintos grupamentos sociais. Neste jaez, justamente, é que se situa o dilema moderno na relação existente entre o Estado e o indivíduo, porquanto para que possa atender os reclamos globais da sociedade e captar as exigências inerentes ao interesse público, é carecido que o Estado atinja alguns interesses individuais. Ao lado disso, o norte que tem orientado essa relação é a da supremacia do interesse público sobre o particular, constituindo verdadeiro postulado político da intervenção do Estado na propriedade. *“O princípio constitucional da supremacia do interesse público, como modernamente compreendido, impõe ao administrador ponderar,*

⁴ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo N° 672.579/RJ. Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito administrativo. Servidor público. Adicional noturno. Regime de plantão semanal. Necessário reexame da legislação infraconstitucional. Análise do contexto fático-probatório. Impossibilidade. Incidência da súmula 279 do STF. Agravo regimental desprovido. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 29.05.2012. Publicado em 19.06.2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 17 mar. 2013.

⁵ MEIRELLES, 2012, p. 662.

*diante do caso concreto, o conflito de interesses entre o público e o privado, a fim de definir, à luz da proporcionalidade, qual direito deve prevalecer sobre os demais*⁶.

2 Comentários Introdutórios ao Instituto do Tombamento: Acepção Conceitual e Fonte Normativa

Em sede de comentários inaugurais, cuida salientar que o tombamento se apresenta como a forma de intervenção na propriedade, por meio da qual o Poder Público objetiva proteger o patrimônio cultural brasileiro. Neste sentido, já firmou entendimento o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que “*o tombamento é ato administrativo que visa à preservação do patrimônio histórico, artístico ou cultural das cidades, de modo a impedir a destruição ou descaracterização de bem a que for atribuído valor histórico ou arquitetônico*”⁷. Com realce, o instituto em comento se revela, em sede de direito administrativo, como um dos instrumentos criados pelo legislador para combater a deterioração do patrimônio cultural de um povo, apresentando, em razão disso, maciça relevância no cenário atual, notadamente em decorrência dos bens tombados encerrarem períodos da história nacional ou, mesmo, refletir os aspectos característicos e identificadores de uma comunidade.

É cediço que quando o Estado intervém na propriedade privada para proteger o patrimônio cultural, busca preservar a memória nacional. Ao lado disso, o instituto em comento permite que o aspecto histórico seja salvaguardado, eis que constitui parte da própria cultura do povo e representa a fonte sociológica de identificação de vários fenômenos sociais, políticos e econômicos existentes na atualidade. “*A escolha do bem de patrimônio cultural que será tombado com*

⁶ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Acórdão proferido em Recurso em Mandado de Segurança N° 27.428/GO. Administrativo. Servidor público. Determinação de abertura de conta corrente em instituição financeira pré-determinada. Recebimento de proventos. Possibilidade. Recurso ordinário improvido. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator: Ministro Jorge Mussi. Julgado em 03.03.2011. Publicado em 14.03.2011. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 17 mar. 2013.

⁷ MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Acórdão proferido em Agravo de Instrumento 1.0069.08.023127-2/001. Administrativo - Tombamento - Entes Federados - Dever - Inteligência do art. 23, IV, da Constituição da República. O tombamento é ato administrativo que visa à preservação do patrimônio histórico, artístico ou cultural das cidades, de modo a impedir a destruição ou descaracterização de bem a que for atribuído valor histórico ou arquitetônico. De se ressaltar que referido ato, segundo o disposto no art. 23, IV, da Constituição da República, é dever imposto a todos os entes federados. Órgão Julgador: Quinta Câmara Cível. Relator: Desembargador Antônio Hélio Silva. Julgador em 18.09.2008. Publicado em 29.09.2008. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 17 mar. 2013.

*precedência aos demais se relaciona com o juízo de conveniência e oportunidade, e não é passível de análise judicial*⁸.

Desta feita, o proprietário não pode, em nome de interesses particulares, usar ou fruir de maneira livre seus bens, se estes se traduzem em interesse público por atrelados a fatores de ordem histórica, artística, cultural, científica, turística e paisagística. *“São esses bens que, embora permanecendo na propriedade do particular, passam a ser protegidos pelo Poder Público, que, para esse fim, impõe algumas restrições quanto a seu uso pelo proprietário”*⁹. Os exemplos de bens a serem tombados são extremamente variados, sendo os mais comuns os imóveis que retratam a arquitetura de épocas passadas na história pátria, dos quais podem os estudiosos e pesquisadores extrair diversos meios de conhecimento do passado e desenvolver outros estudos com vistas a proliferar a cultura do país. Além disso, é possível evidenciar que é corriqueiro o tombamento de bairros ou até mesmo cidades, quando retratam aspectos culturais do passado. Com o escopo de ilustrar o expandido, mister se faz colacionar o aresto jurisprudencial que acena:

Ementa: Direito Constitucional - Direito Administrativo - Apelação - Preliminar de não conhecimento - Inovação Recursal - Ausência de Documentos Indispensáveis para propositura da Ação - Não Configuração - Pedido de Assistência Judiciária - Indeferimento - Ação Civil Pública - Dano ao Patrimônio Histórico e Cultural - Edificação em imóvel localizado no Conjunto Arquitetônico de Ouro Preto - Tombamento - Aprovação do IPHAN - Inexistência. - Embora a apelante tenha feito diversas alegações que deixaram de ser levantadas na contestação, foi questionada, na apelação, parte da matéria tratada na peça de defesa, além de terem sido atacadas, em alguns pontos, questões examinadas na sentença, de forma que não se sustenta a preliminar de não conhecimento do recurso. - O pedido de assistência judiciária deve ser indeferido, pois a apelante efetuou o preparo do recurso, gerando não apenas presunção, mas certeza de sua capacidade de custear a demanda sem prejuízo do próprio sustento e de familiares. Além disso, não foi juntada a declaração de pobreza a que se refere a lei 1.060/50, o que leva ao indeferimento do pedido. - O Município

⁸ RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Acórdão proferido em Apelação Cível N° 70033392853. Ação civil pública. Tombamento. Cassino da Maroca. Omissão administrativa. Inocorrência. 1. O tombamento é ato administrativo discricionário, sendo passível de controle judicial quanto à legalidade. 2. Existentes 35 bens de valor cultural, de acordo com Inventário elaborado pela Faculdade de Arquitetura da Fundação Universidade de Passo Fundo, em convênio com a Administração do Município, não compete ao Poder Judiciário indicar qual deles deverá ser tombado com precedência sobre os demais. 3. A escolha do bem de patrimônio cultural que será tombado com precedência aos demais se relaciona com o juízo de conveniência e oportunidade, e não é passível de análise judicial. Apelação a que se nega provimento. Órgão Julgador: Segunda Câmara Cível. Relatora: Desembargadora Denise Oliveira Cezar. Julgador em 10.11.2010. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 17 mar. 2013.

⁹ CARVALHO FILHO, 2011, p. 734.

de Ouro Preto foi erigido a Monumento Nacional pelo decreto nº. 22.928, de 12/06/33, e inscrito pela UNESCO na lista do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural em 21/09/80, e a cidade teve todo o seu Conjunto Arquitetônico tombado. Trata-se de fato notório, conhecido pela apelante e por qualquer pessoa, de forma que não se pode afirmar que o processo de tombamento do Conjunto Arquitetônico do referido Município seja um documento indispensável para a propositura da presente ação civil pública. - O imóvel que faz parte do Conjunto Arquitetônico de Ouro Preto, e integra o Patrimônio Mundial, Cultural e Natural da cidade, deve ser conservado por seu proprietário, e qualquer obra de reparo de tal bem deve ser precedida de autorização do IPHAN, sob pena de demolição. (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Quarta Câmara Cível/ Apelação Cível 1.0461.03.010271-3/001/ Relator: Desembargador Moreira Diniz/ Julgado em 12.06.2008/ Publicado em 26.06.2008).

Ementa: Ação popular. Instalação de quiosques no entorno de praças municipais. Tombamento preservado. Inocorrência de ofensa ao patrimônio ambiental cultural. O fato de as praças municipais serem tombadas, como partes do Patrimônio Histórico e Cultural do Município de Paraisópolis, não podendo, conseqüentemente, serem ocupadas ou restringidas em sua área, para outras finalidades (Lei Municipal n. 1.218/89) não impede a instalação, ao redor delas, de quiosques de alimentação, porquanto o tombamento se limitou às praças, e não ao entorno delas. Assim, não há ofensa ao patrimônio ambiental cultural. A instalação dos referidos quiosques não configura abalo de ordem ambiental, visto que não houve lesão aos recursos ambientais, com conseqüente degradação - alteração adversa - do equilíbrio ecológico do local. (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Quinta Câmara Cível/ Apelação Cível/Reexame Necessário N° 1.0473.03.000617-4/001/ Relatora: Desembargadora Maria Elza/ Julgado em 03.03.2005/ Publicado em 01.04.2005).

É verificável que a proteção dos bens de interesse cultural encontra respaldo na Constituição da República Federativa do Brasil¹⁰, que impõe ao Estado o dever de garantir a todos o exercício de direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional. *“Por outro lado, nela se define o patrimônio cultural brasileiro, composto de bens materiais e imateriais necessários à exata compreensão dos vários aspectos ligados os grupos formadores da sociedade brasileira”*¹¹. O Constituinte, ao insculpir, a redação do §1º do artigo 216 da Carta de Outubro estabeleceu que 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. *“Independentemente do tombamento, o patrimônio cultural e histórico merece proteção, e, neste caso, ainda que precária - até definitiva solução da*

¹⁰ BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 17 mar. 2013.

¹¹ CARVALHO FILHO, 2011, p. 735.

*questão em exame - essa proteção, se não for dada, inviabilizará qualquer ação futura, pois a demolição é irreversível*¹².

Resta patentemente demonstrado que o tombamento é uma das múltiplas formas utilizadas na proteção do patrimônio cultural brasileiro. Como bem anota Meirelles, *“tombamento é a declaração do Poder Público do valor histórico, artísticos, paisagístico, turístico, cultural ou científico de coisas ou locais que, por essa razão, devam ser preservados, de acordo com a inscrição em livro próprio”*¹³. O tombamento é um dos institutos que têm por objeto a tutela do patrimônio histórico e artístico nacional, que implica na restrição parcial do imóvel, conforme se verifica pela legislação que o disciplina. Ao lado disso, com o escopo de explicitar a proeminente natureza do instituto em comento, é possível transcrever os arestos que se coadunam com as ponderações estruturadas até o momento:

Ementa: Constitucional e Administrativo. Mandado de segurança. Imóvel. Valor histórico e cultural. Declaração. Município. Tombamento. Ordem de demolição. Inviabilidade. São deveres do Poder público, nos termos dos arts. 23, III e IV; 30, I e IX e 216, §1º, da Constituição Federal, promover e proteger o patrimônio cultural, artístico e histórico, por meio de tombamento e de outras formas de acautelamento e preservação, bem como impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de bens de valor histórico, artístico e cultural. Demonstrada, no curso do mandado de segurança, a conclusão do procedimento administrativo de tombamento do imóvel, com declaração do seu valor histórico e cultural pelo Município, inviável a concessão de ordem para sua demolição. Rejeita-se a preliminar e nega-se provimento ao recurso. (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Quarta Câmara Cível/ Apelação Cível 1.0702.02.010330-6/001/ Relator: Desembargador Almeida Melo/ Julgado em 15.04.2004/ Publicado em 18.05.2004).

Ementa: Tombamento - Patrimônio Histórico e Cultural - Imóvel reputado de valor histórico pelo município onde se localiza - Competência Constitucional dele para aferi-lo e tombá-lo. Nada impede que o Município, mediante tombamento, preserve imóvel nele situado e que considere de valor histórico-cultural, "ex vi" do art. 23, inciso III, da Lei Fundamental da República, que a ele - Município, atribui a competência para fazê-lo.

¹² MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Acórdão proferido em Agravo de Instrumento 1.0183.06.120771-2/001. Constitucional e Administrativo - Ação Civil Pública - Liminar - Imóvel de Valor Histórico e Cultural, objeto de pedido de tombamento - Demolição - Impossibilidade. - Independentemente do tombamento, o patrimônio cultural e histórico merece proteção, e, neste caso, ainda que precária -- até definitiva solução da questão em exame -- essa proteção, se não for dada, inviabilizará qualquer ação futura, pois a demolição é irreversível. Todas as formas de acautelamento e preservação podem ser tomadas pelo Judiciário, na sua função geral de cautela (arts. 23, III e IV; 30, I e IX, e 216, §1º, da Constituição Federal). Órgão Julgador: Sétima Câmara Cível. Relator: Desembargador Wander Marotta. Julgador em 15.05.2007. Publicado em 29.05.2007. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 17 mar. 2013.

¹³ MEIRELLES, 2012, p. 635.

Ademais, a cada comunidade, com seus hábitos e culturas próprios, cabe aferir, atendidas as peculiaridades locais, acerca do valor histórico-cultural de seu patrimônio, com o escopo, inclusive, de também preservá-lo. (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Quarta Câmara Cível/ Embargos Infringentes 1.0000.00.230571-2/001/ Relator: Desembargador Hyparco Immesi/ Julgado em 09.10.2003/ Publicado em 03.02.2004)

O diploma infraconstitucional que versa acerca do tombamento é o Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937¹⁴, que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, trazendo à baila as disposições elementares e a fisionomia jurídica do instituto do tombamento, inclusive no que toca aos registros dos bens tombados. Sobreleva anotar que o diploma ora aludido traça tão somente as disposições gerais aplicáveis ao fato jurídico-administrativo do tombamento. Entrementes, este se consumará por meio de atos administrativos específicos, destinados a propriedades determinadas.

3 Fundamento do Tombamento

Tal como ocorre com as demais espécies de intervenção na propriedade, o tombamento tem por fundamento a necessidade de adequar o domínio privado às necessidades de interesse público. Por mais uma vez, com realce, é possível verificar a materialização da premissa que o interesse público prevalece em relação aos interesses dos particulares. É por tal motivo que, ainda em relação ao presente instituto, se pode invocar as disposições contidas nos artigos 5º, inciso XXIII¹⁵, e 170, inciso III¹⁶, ambos da Constituição Federal, os quais objetivam assegurar que a propriedade alcance sua função social. Com efeito, a defesa do patrimônio cultural se apresenta como matéria dotada de interesse geral da coletividade. Assim, *“para que a propriedade privada atenda a essa função social, necessário se torna que os*

¹⁴ BRASIL. **Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937**. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 17 mar. 2013.

¹⁵ BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 17 mar. 2013: “**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: (omissis) **XXIII** - a propriedade atenderá a sua função social”.

¹⁶ BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 17 mar. 2013: “**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: (omissis) **III** - função social da propriedade”.

*proprietários se sujeitem a algumas normas restritivas concernentes ao uso de seus bens, impostas pelo Poder Público*¹⁷. Uma vez obtida essa proteção, a propriedade estará cumprindo o papel para o qual a Constituição Federal a destinou.

Destarte, é possível evidenciar que o tombamento encontra escora na necessidade de adequação da propriedade à correspondente função social e esta, por sua vez, se consubstancia na necessidade de proteção ao patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e científico. Ao lado disso, com destaque, a Emenda Constitucional N° 48, de 10 de agosto de 2005, que, ao acrescentar o §3° ao artigo 215 da Constituição Federal¹⁸, estabeleceu que diploma legislativo criasse o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, com o escopo principal de fomentar o desenvolvimento cultural do País, tal como a interação de ações do Poder Público para a defesa e a valorização do patrimônio cultural brasileiro, produção, promoção e difusão de bens culturais e outras ações do gênero. Salta aos olhos o intuito de atribuir, cada vez mais, realce aos valores culturais do País.

Tem se tornado corriqueiro, entretanto, o tombamento de imóveis urbanos para o fito de obstar suas demolições e evitar novas edificações ou, mesmo, edificações em determinadas áreas urbanas, cuja demanda de serviços públicos e equipamentos urbanos se apresente como incompatível com a oferta possível no local. *“Com tal objetivo, certas zonas urbanas têm sido qualificadas como ‘áreas de proteção ao ambiente cultural’, e nelas se indicam os imóveis sujeitos àquelas limitações*¹⁹, como bem espanca José dos Santos Carvalho Filho. Transparece, nesses atos, notório desvio da perspectiva, porquanto são flagrantemente ilegais e não apresentam qualquer conexão com o real motivo apresentado pelo instituto do tombamento. O fundamento real deste instituto está assentado na preservação do patrimônio público, contudo, naquelas áreas inexistente qualquer ambiente cultural que reclama preservação do Poder Público.

¹⁷ CARVALHO FILHO, 2011, p. 736.

¹⁸ BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 17 mar. 2013: “**Art. 215.** 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. (omissis) **§3º** A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à: **I** defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; **II** produção, promoção e difusão de bens culturais; **III** formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; **IV** democratização do acesso aos bens de cultura; **V** valorização da diversidade étnica e regional”.

¹⁹ CARVALHO FILHO, 2011, p. 736.

Com realce, o que se objetiva é a instituição de limitações administrativas urbanísticas, cujo sedimento, diametralmente diverso, está arrimado na mudança de estratégia da política urbana e na carência de alteração de critérios para edificação, sendo valorada a preservação da ordem urbanística, e não da ordem cultural. As limitações administrativas urbanísticas, enquanto conjunto de institutos jurídicos que afetam, de maneira direta, qualquer dos aspectos característicos desse direito, encontram, *in casu*, substrato nas normas e princípios que orientam o Direito Municipal e Urbanístico, porquanto servem de instrumento de atuação e materialização urbanística. Ora, se a Administração Pública ambiciona alterar critérios de edificação, a exemplo de natureza e objetivos de prédios, pode fazer utilizando instrumentos urbanísticos, mas não por meio do tombamento que, tal como visto até o momento, apresenta fito distinto.

4 Objeto do Tombamento

O instituto do tombamento, consoante expressa dicção do artigo 1º do Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937²⁰, que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, incide sobre bens móveis e imóveis. É imperioso frisar que os bens suscetíveis de tombamento são aqueles que traduzem aspectos de relevância para a noção de patrimônio cultural brasileiro. Neste passo, claro é o diploma aludido acima, porquanto faz expressa menção a bens do patrimônio histórico e artístico. “*Ultimamente o tombamento tem sido utilizado para proteger florestas nativas. Há equívoco nesse procedimento. O tombamento não é o instrumento adequado para a preservação da flora e da fauna*”²¹.

Cuida salientar que as florestas são bens de interesse comum e estão condicionadas ao regime legal especial estabelecido em diploma específico, o qual indica o modo de preservação de determinadas áreas florestadas. O mesmo ocorre com a fauna, que está orientada pelas disposições do Código de Caça e pelo Código de Pesca, os quais acenam como preservas as espécies silvestres e aquáticas. Desta feita, a preservação das florestas e da fauna silvestre tem que ser protegida por meio da criação de parques nacionais, estaduais e municipais ou

²⁰ BRASIL. **Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937**. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 17 mar. 2013.

²¹ MEIRELLES, 2012, p. 636.

mesmo reservas biológicas, e não por tombamento como, de maneira equivocada, tem se observado no cenário atual, eis que desvirtua o fito a que se destina o instituto ora mencionado.

5 Natureza Jurídica do Instituto do Tombamento

Acalorados são os debates que discutem a natureza jurídica do instituto do tombamento, entretanto, a doutrina mais abalizada sustenta que se trata de instrumento especial de intervenção restritiva do Estado na propriedade privada²², dotado de fisionomia própria e impassível de confusão com as demais espécies de intervenção. Afora isso, apresenta natureza concreta e específica, motivo pelo qual, diversamente das limitações administrativas, se apresenta como uma restrição ao uso da propriedade. Neste alar, é forçoso frisar que a natureza jurídica do tombamento é a de se qualificar como meio de intervenção do Estado, consistente na restrição ao uso de propriedades determinadas.

No que se refere à natureza do ato, em que pesem às ponderações que orbitam acerca de ser ele vinculado ou discricionário, cuida fazer uma clara distinção quanto à natureza do ato e quanto aos motivos do ato. Sob o aspecto de que o tombamento deve apresentar como pressuposto a defesa do patrimônio cultural, o ato se revela como sendo vinculado, porquanto o autor do ato não pode praticá-lo ostentando motivo distinto. Desta sorte, o ato está vinculado à razão nele constante. Entrementes, no que concerne à valoração da qualificação do bem como de natureza histórica, artística, cultural, paisagística, etc. e da necessidade de sua proteção, o ato é discricionário, eis que essa avaliação é privativa da Administração. *“A escolha do bem de patrimônio cultural que será tombado com precedência aos demais se relaciona com o juízo de conveniência e oportunidade, e não é passível de análise judicial”*²³. Assente é o entendimento jurisprudencial que sedimenta as ponderações vertidas até o momento:

²² Neste sentido: CARVALHO FILHO, 2011, p. 738.

²³ RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Acórdão proferido em Apelação Cível N° 70033392853. Ação civil pública. Tombamento. Cassino da Maroca. Omissão administrativa. Inocorrência. 1. O tombamento é ato administrativo discricionário, sendo passível de controle judicial quanto à legalidade. 2. Existentes 35 bens de valor cultural, de acordo com Inventário elaborado pela Faculdade de Arquitetura da Fundação Universidade de Passo Fundo, em convênio com a Administração do Município, não compete ao Poder Judiciário indicar qual deles deverá ser tombado com precedência sobre os demais. 3. A escolha do bem de patrimônio

Ementa: Mandado de Segurança - Tombamento de bem imóvel - Ilegitimidade ativa - Constituição há menos de um ano - Artigo 5º, LXX, alínea 'b' da Constituição Federal - Poder discricionário da Administração para decretar o tombamento - Processo extinto - Art. 267, VI do CPC. A Constituição Federal exige expressamente a constituição de Associação há pelo menos um ano para que possa legitimamente ajuizar mandado de segurança coletivo, em defesa dos interesses dos seus membros ou associados. O tombamento de prédio considerado de interesse histórico, artístico ou cultural, é ato discricionário do Administrador, sendo descabida a intervenção do Poder Judiciário no processo de tombamento, quando não demonstrada a ilegalidade do mesmo. Apelo improvido. (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Segunda Câmara Cível/ Apelação Cível 1.0145.03.094392-5/003/ Relator: Desembargador Jarbas Ladeira/ Julgado em 14.12.2004/ Publicado em 30.12.2004).

Ementa: Agravo. Liminar em mandado de segurança. Tombamento de bem imóvel. O poder discricionário da autoridade administrativa vale, na medida em que o ordenamento jurídico concede ao administrador a prerrogativa de agir movido pelos critérios de oportunidade e conveniência, sopesados com parcimônia para que o fim último seja alcançado. Descabimento da intervenção do Judiciário no processo de tombamento, indemonstrada, "prima facie", irregularidade no mesmo. Agravo provido, para cassar a liminar. (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Segunda Câmara Cível/ Agravo de Instrumento 1.0145.03.094392-5/001/ Relator: Desembargador Jarbas Ladeira/ Julgado em 03.02.2004/ Publicado em 20.02.2004).

Da mesma forma, é cabível, ainda, a observação de que o tombamento constitui um ato administrativo, sendo imperioso, por via de consequência, que apresente todos os elementos necessários para materializar a moldura de legalidade. O tombamento, enquanto instituto do direito administrativo, não acarreta a produção de todo um procedimento; ao contrário, é efetivamente um ato só, um ato administrativo único. O que ocorre é que aludido ato resulta necessariamente de procedimento administrativo e corresponde ao desfecho de toda a sua tramitação. Assim, o ato não pode ser perpetrado em uma única ação, ao revés, reclama todo um sucedâneo de formalidades prévias.

6 Espécies de Tombamento

O instituto do tombamento pode ter suas espécies agrupadas, em consonância com a manifestação de vontade ou, ainda, com a eficácia do ato. No que toca ao primeiro aspecto, o tombamento pode ser voluntário ou compulsório.

cultural que será tombado com precedência aos demais se relaciona com o juízo de conveniência e oportunidade, e não é passível de análise judicial. Apelação a que se nega provimento. Órgão Julgador: Segunda Câmara Cível. Relatora: Desembargadora Denise Oliveira Cezar. Julgador em 10.11.2010. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 17 mar. 2013.

“*Voluntário é aquele em que o proprietário consente no tombamento, seja através de pedido que ele mesmo formula ao Poder Público, seja quando concorda com a notificação que lhe é dirigida no sentido da inscrição do bem*”²⁴. Doutro modo, o tombamento é compulsório quando o Poder Público inscreve o bem como tombado, mesmo que ocorra a resistência e o inconformismo do proprietário.

Quanto à eficácia do ato, o tombamento pode ser considerado como provisório ou definitivo. É provisório enquanto está em curso o procedimento administrativo instaurado pela notificação, e definitivo quando, depois de concluído toda a tramitação do processo, o Poder Público procede a inscrição do bem no Livro do Tombo. Cuida salientar que, acerca da provisoriedade do tombamento, o Superior Tribunal de Justiça já manifestou entendimento que o tombamento provisório não constitui fase procedimental, mas sim consubstancia verdadeira medida assecuratória de preservação do bem até que sobrevenha a conclusão dos pareceres e a inscrição no livro respectivo. “*O instituto do tombamento provisório não é fase procedimental precedente do tombamento definitivo. Caracteriza-se como medida assecuratória da eficácia que este poderá, ao final, produzir*”²⁵. Ao lado do esposado, apenas com o escopo de ilustrar as ponderações aventadas, insta colacionar o aresto que manifesta entendimento no sentido que:

Ementa: Processo Civil. Administrativo. Ação Civil Pública. Tombamento Provisório. Equiparação ao Definitivo. Eficácia. 1. O ato de tombamento, seja ele provisório ou definitivo, tem por finalidade preservar o bem identificado como de valor cultural, contrapondo-se, inclusive, aos interesses da propriedade privada, não só limitando o exercício dos direitos inerentes ao bem, mas também obrigando o proprietário às medidas necessárias à sua conservação. O tombamento provisório, portanto, possui caráter preventivo e assemelha-se ao definitivo quanto às limitações incidentes sobre a utilização do bem tutelado, nos termos do parágrafo único do art. 10 do Decreto-Lei nº 25/37. 2. O valor cultural pertencente ao bem é anterior ao próprio tombamento. A diferença é que, não existindo qualquer ato do Poder Público formalizando a necessidade de protegê-lo, descaberia responsabilizar o particular pela não conservação do patrimônio.

²⁴ CARVALHO FILHO, 2011, p. 739.

²⁵ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Acórdão proferido em Recurso Ordinário em Mandado de Segurança Nº 8.252/SP. Recurso ordinário em mandado de segurança. Serra do Guararú. Tombamento. Discussão quanto à precedência do processo de tombamento provisório ao definitivo. Incoerência. 1. O instituto do tombamento provisório não é fase procedimental precedente do tombamento definitivo. Caracteriza-se como medida assecuratória da eficácia que este poderá, ao final, produzir. 2. A caducidade do tombamento provisório, por excesso de prazo, não prejudica o definitivo, Inteligência dos arts. 8º, 9º e 10º, do Decreto Lei 25/37. 3. Recurso ordinário desprovido. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Julgado em 22.10.2002. Publicado em 24.02.2003, p. 215. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 17 mar. 2013.

O tombamento provisório, portanto, serve justamente como um reconhecimento público da valoração inerente ao bem. 3. As coisas tombadas não poderão, nos termos do art. 17 do Decreto-Lei nº 25/37, ser destruídas, demolidas ou mutiladas. O descumprimento do aludido preceito legal enseja, via de regra, o dever de restituir a coisa ao status quo ante. Excepcionalmente, sendo manifestamente inviável o restabelecimento do bem ao seu formato original, autoriza-se a conversão da obrigação em perdas e danos. 4. A reforma do aresto recorrido deve seguir-se à devolução dos autos ao Tribunal a quo para que, respeitados os parâmetros jurídicos ora estipulados, prossiga o exame da apelação do IPHAN e aplique o direito consoante o seu convencimento, com a análise das alegações das partes e das provas existentes. 5. Recurso especial provido em parte. (Superior Tribunal de Justiça - Segunda Turma/ REsp 753.534/MT/ Relator: Ministro Castro Meira/ Julgado em 25.10.2011/ Publicado em 10.11.2011).

José dos Santos Carvalho Filho discorre que tal entendimento discrepa da disposição contida no artigo 10º do Decreto-Lei Nº 25, de 30 de novembro de 1937²⁶, eis que o tombamento será considerado provisório ou definitivo, consoante esteja o respectivo processo iniciado pela notificação ou concluído pela inscrição dos bens. *“Segue-se, por conseguinte, que, a despeito de poder também revestir-se de caráter preventivo, o tombamento provisório encerra, na realidade, fase do processo, porquanto decretado antes do ato final do tombamento definitivo”*²⁷. Doutro modo, a jurisprudência sustenta que *“a existência de procedimento administrativo para o tombamento do imóvel do impetrante inviabiliza a demolição de seu bem, visto que o tombamento provisório se equipara ao definitivo, nos termos do artigo 10, §1º, do Dec. Lei 25/37”*²⁸.

7 Instituição do Tombamento

Todo tombamento decorre de manifestação expressa da vontade do Poder Público, porquanto incumbem a este a proteção do patrimônio cultural brasileiro e a intervenções na propriedade privada para o escopo de assegurar a

²⁶ BRASIL. **Decreto-Lei Nº 25, de 30 de novembro de 1937**. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 17 mar. 2013.

²⁷ CARVALHO FILHO, 2011, p. 739.

²⁸ MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Acórdão proferido em Apelação Cível/Reexame Necessário 1.0480.05.073268-8. Administrativo - Imóvel considerado de valor histórico e cultural - Tombamento Provisório - Ausência de direito líquido e certo. A existência de procedimento administrativo para o tombamento do imóvel do impetrante inviabiliza a demolição de seu bem, visto que o tombamento provisório se equipara ao definitivo, nos termos do artigo 10, § 1º, do Dec. Lei 25/37, não se havendo falar em direito líquido e certo. Órgão Julgador: Sexta Câmara Cível. Relator: Desembargador Edilson Fernandes. Julgado em 12.12.2006. Publicado em 02.02.2007. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 17 mar. 2013.

prevalência do interesse público. “O tombamento é ato tipicamente administrativo, através do qual o Poder Público, depois de concluir formalmente no sentido de que o bem integra o patrimônio público nacional, intervém na propriedade para protegê-lo de mutilações e destruições”²⁹. Com realce, é atividade administrativa, e não legislativa. Além disso, o tombamento só alcança definição após procedimento administrativo no qual, frequentemente, subsiste conflito de interesses entre o Estado e o particular. Resulta daí que o ato administrativo que enseja o tombamento é passível de exame no tocante à legalidade de seus vários elementos estruturantes, tais como o motivo, a finalidade, a forma etc.

Ora, o diploma que decreta um tombamento não pressupõe qualquer procedimento prévio, de maneira que fica trancada para o proprietário qualquer possibilidade de controle desse ato, o que se revelaria como verdadeiro absurdo, mesmo diante das circunstâncias de ser a lei qualificada como *lei de efeitos concretos*, isto é a lei que, conquanto seja dotada de forma de lei, consubstancia materialmente um mero ato administrativo. No que concerne ao Poder Legislativo, compete a este traçar as disposições gerais para que o administrador possa intervir na propriedade privada para fins de proteção do bem por substancializar interesse histórico ou artístico. Ao lado disso, a Constituição Federal³⁰ fixou competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para disporem sobre a proteção do patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico.

Sobreleva evidenciar que a competência é também do Município, porquanto a Carta de Outubro confere competência para promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, atentando a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual. Neste diapasão, a competência para legislar sobre tombamento é concorrente de todas as pessoas federativas. Quanto aos bens públicos, é possível que a União, a partir de uma interpretação analógica dos ditames constantes do Decreto-Lei N° 3.365, de 21 de junho de 1941³¹, que dispõe sobre desapropriações por utilidade pública, pode tomar bens estaduais, distritais e municipais; da mesma forma, os Estados podem fazer o tombamentos de bens municipais. Entretanto, o

²⁹ CARVALHO FILHO, 2011, p. 740.

³⁰ BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 17 mar. 2013.

³¹ BRASIL. **Decreto-Lei N° 3.365, de 21 de junho de 1941**. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 17 mar. 2013.

inverso não se revela possível, ou seja, é defeso ao Município realizar o tombamento de bens pertencentes à União ou aos Estados. Neste alarim, incumbe a entidade menor interessada obter autorização do ente público maior a quem pertencer o bem a ser tombado.

O Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937³², não estabeleceu disposições acerca da situação descrita acima. Ao contrário, o texto limitou-se a enunciar que o tombamento dos bens pertencentes à União, aos Estados e aos Municípios se processa de ofício, por ordem do serviço de patrimônio histórico federal, devendo, porém, notificar o ente federativo para que o ato possa produzir, de maneira regular, seus efeitos. Com realce, para que resta materializa consonância com os preceitos irradiados pela Carta Cidadã, no que se refere à autonomia dos entes federativos, imperioso se faz que a notificação renda ensejo a que o ente interessado possa questionar ou mesmo rechaçar a intenção de o governo federal tomar o bem que lhe pertence, por meio dos princípios do contraditório e da ampla defesa, corolários do devido processo legal.

8 Desfazimento do Tombamento (Destombamento)

Conquanto não seja comum, é possível que, depois do tombamento, o Poder Público, de ofício ou em razão de solicitação do proprietário ou de outro interessado, julgue não mais subsistir o fundamento que deu azo ao ato. Reconhecida a ausência do sedimento inicial, não mais subsiste o motivo para a restrição ao uso da propriedade. Uma vez materializada tal situação, o efeito produzido é o desfazimento do ato, com o conseqüente cancelamento do ato inscrição, episódio também denominado de destombamento. Imperioso se faz anotar que o cancelamento não deflui de avaliação discricionária da Administração; ao contrário, está ela vinculada às razões que fizeram desaparecer o fundamento anterior. *“Assim, se o bem tombado continua a merecer, não pode a Administração agir a seu exclusivo arbítrio e proceder ao destombamento, porque, assim agindo,*

³² BRASIL. **Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937**. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 17 mar. 2013.

*sua conduta seria ofensiva aos mandamentos constitucionais que impõem (e não facultam) a tutela dos órgãos públicos*³³.

Subiste, ainda, debate doutrinário quanto à possibilidade do Poder Público promover o desfazimento pelo cancelamento resultante de avaliação discricionária da autoridade competente. Tal questão se revela como eivada de um sucedâneo de dúvidas, notadamente no que se refere à decisão administrativa dotada de tal natureza. A episódica situação encontra respaldo na premissa que o tombamento, enquanto instituto do direito administrativo, tem pressupostos específicos para a sua efetivação, não se coadunando, por consequência, com plurais soluções dentre as alternativas possíveis, eis que: ou estão presentes tais pressupostos, acarretando o ato de tombamento, ou estarão ausentes, e nesse caso, resta desaparecido o interesse público, não subsistindo o tombamento, nem as restrições que dele emanem, vez que materializaria violação ao direito de propriedade. Outro substrato a ser explicitado está adstrito à ausência de autorização por parte do Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937³⁴, possibilitando que o administrador atuasse com discricionariedade em tal situação.

9 Processo Administrativo para Instituição do Tombamento

O ato de tombamento é a culminação do processo administrativo que a lei estabelece para o fim de apurar corretamente os aspectos que conduzem à necessidade de intervenção na propriedade para a proteção do bem tombado. “*O processo não tem um rito predefinido, podendo sua tramitação e os atos que o compõem variar conforme a espécie do tombamento. Há, porém, alguns atos que devem integrá-lo necessariamente*”³⁵. Dentre os atos carecidos, é possível fazer menção ao parecer oriundo do órgão técnico cultural, o qual, em sede federal, é expedido pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. “*A União, por intermédio do IPHAN, tem efetivo interesse na preservação e manutenção do patrimônio histórico e artístico nacional, resguardando os bens de excepcional valor*

³³ CARVALHO FILHO, 2011, p. 742.

³⁴ BRASIL. **Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937**. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 17 mar. 2013.

³⁵ CARVALHO FILHO, 2011, p. 742.

*cultural e artístico*³⁶, consoante já firmou entendimento o Ministro Arnaldo Esteves, ao apreciar o Conflito de Competência N° 106.413/SP.

Outro é a notificação do proprietário, podendo este se manifestar anuindo no tombamento ou, ainda, apresentando impugnação a intenção do Poder Público. O Conselho Consultivo da pessoa incumbida do tombamento, após as devidas manifestações dos técnicos e do proprietário, estabelece o processo, sendo possível sua anulação, caso exista ilegalidade; rejeitar a proposta apresentada pelo órgão técnico; ou, homologá-lo, quando necessário se apresentar o tombamento. Prima evidenciar que o tombamento se torna definitivo com a competente inscrição no Livro do Tombo. Sobreleva pontuar que o importante é a observância do princípio fundamental do devido processo legal, no qual se assegure ao proprietário o direito do contraditório e à ampla defesa, incluindo os meios de prova que objetivem demonstrar a inexistência da relação entre o bem a ser tombado e a proteção ao patrimônio cultural, sendo aplicáveis os ditames irradiados pelo artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal³⁷.

Por derradeiro, insta destacar que ao proprietário é conferido o direito de recorrer contra o ato de tombamento, sendo o recurso dirigido ao Presidente da República que, atendendo a razões de interesse público, pode cancelar o tombamento. Meirelles observa que *“feito o tombamento definitivo, caberá recurso*

³⁶ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Acórdão proferido em Conflito de Competência N° 106.413/SP. Penal. Conflito de competência. Furto de obras de artes em museu. Tombamento pelo IPHAN. Efetivo interesse da união. Preservação e manutenção de bens de excepcional valor cultural e artístico. Competência da Justiça Federal e concessão de habeas corpus, de ofício, para anular a sentença condenatória proferida pelo Juízo Estadual. 1. O objetivo do tombamento é a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, cabendo ao IPHAN a sua manutenção e vigilância, conforme o disposto nos arts. 19 e 20 do Decreto-Lei 25/37. 2. A União, por intermédio do IPHAN, tem efetivo interesse na preservação e manutenção do patrimônio histórico e artístico nacional, resguardando os bens de excepcional valor cultural e artístico. 3. Determinada a competência da Justiça Federal, não se pode manter a sentença condenatória proferida por Juízo incompetente, visto ser aquela de ordem constitucional. 4. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 10ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, ora suscitante. Concessão de habeas corpus, de ofício, para anular a sentença condenatória proferida pelo Juízo Estadual, facultando-se a ratificação dos atos processuais anteriormente praticados, na forma legal. Órgão Julgador: Terceira Seção. Relator: Ministro Arnaldo Esteves. Julgado em 14.10.2009. Publicado em 09.11.2009. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 17 mar. 2013.

³⁷ BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 17 mar. 2013: **“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: (omissis) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”**.

ao Presidente da República, para o cancelamento na forma estabelecida no artigo único do Dec.-lei 3.866, de 29.11.41³⁸.

10 Efeitos do Tombamento

Do ato de tombamento resulta um sucedâneo de efeitos de maciça importância, no que toca ao uso e à alienação do bem tombado. Como o tombamento acarreta restrição ao uso da propriedade privada, deve esse fato ser levado a registro no Cartório de Registro de Imóveis respectivo, sendo devidamente averbado ao lado da transcrição do imóvel. Caso o bem seja alienado, o adquirente tem a incumbência de levar ao Registro de Imóveis a escritura pública, ou o termo de contrato, se for o caso, tendo o prazo de trinta dias para fazê-lo sob pena de multa correspondente a dez por cento do valor da avença pactuada, tal como para comunicar a transferência ao órgão público cultural competente. “É vedado ao proprietário, ou ao titular de eventual direito de uso, destruir, demolir ou mutilar o bem tombado”³⁹. Da mesma sorte, somente é autorizado a reparar, pintar ou restaurar o bem, desde que com prévia autorização especial do Poder Público, nos termos do artigo 17 do Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937⁴⁰.

Cabe ao proprietário o dever de conservar o bem tombado, a fim de mantê-lo dentro de suas características culturais. Entretanto, se não dispuser de recursos financeiros para realizar as obras de conservação e reparação, deve, carecidamente, comunicar o fato ao órgão que decretou o tombamento, o quando mandará executá-las a suas expensas. Em se tratando de caso de urgência, independentemente de comunicação, tem o Estado o poder de tomar a iniciativa e providenciar as obras destinadas à conservação. Existem restrições também para a vizinhança do prédio tombado, porquanto sem que haja autorização do órgão competente, é vedado fazer qualquer construção que impeça ou mesmo reduza a visibilidade em relação ao prédio sob proteção, tal como nele colocar cartazes ou anúncios. Caso tal situação ocorra, é possível que seja determinada a destruição da

³⁸ MEIRELLES, 2012, p. 637.

³⁹ CARVALHO FILHO, 2011, p. 743.

⁴⁰ BRASIL. **Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937**. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 17 mar. 2013: “**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”.

obra ou a retirada do cartaz ou anúncio, podendo, até mesmo, ser aplicada multa, em razão da infração perpetrada.

Importante, também, é o direito de preferência estabelecido no artigo 22 do Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937⁴¹, posto que “o proprietário, antes de alienar o bem tombado, deve notificar a União, o Estado e o Município onde se situe, para exercerem, dentro de trinta dias, seu direito de preferência”⁴². Prima assinalar que a oferta a esses entes públicos deve ser feita pelo preço que o proprietário pretende obter na alienação. Em não sendo observado o direito de preferência, a lei comina de nulidade a avença translativa e autoriza os entes públicos a sequestrarem o bem e impor ao proprietário e ao adquirente a multa de vinte por cento do valor do contrato.

11 Outros Instrumentos Protetivos

Tal como dito anteriormente, o tombamento não é a única forma de proteção do patrimônio cultural. Em determinadas situações, é possível que o Poder Público esteja negligenciando em seu dever inafastável de proteger o patrimônio histórico, artístico e científico do país. Em materializada tal situação, é possível que a coletividade acione o Estado para diligenciar a necessária proteção. Um dos

⁴¹ BRASIL. **Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937**. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 17 mar. 2013: “**Art. 22.** Em face da alienação onerosa de bens tombados, pertencentes a pessoas naturais ou a pessoas jurídicas de direito privado, a União, os Estados e os municípios terão, nesta ordem, o direito de preferência. **§1º** Tal alienação não será permitida, sem que previamente sejam os bens oferecidos, pelo mesmo preço, à União, bem como ao Estado e ao município em que se encontrarem. O proprietário deverá notificar os titulares do direito de preferência a usá-lo, dentro de trinta dias, sob pena de perdê-lo. **§2º** É nula alienação realizada com violação do disposto no parágrafo anterior, ficando qualquer dos titulares do direito de preferência habilitado a sequestrar a coisa e a impor a multa de vinte por cento do seu valor ao transmitente e ao adquirente, que serão por ela solidariamente responsáveis. A nulidade será pronunciada, na forma da lei, pelo juiz que conceder o sequestro, o qual só será levantado depois de paga a multa e se qualquer dos titulares do direito de preferência não tiver adquirido a coisa no prazo de trinta dias. **§3º** O direito de preferência não inibe o proprietário de gravar livremente a coisa tombada, de penhor, anticrese ou hipoteca. **§4º** Nenhuma venda judicial de bens tombados se poderá realizar sem que, previamente, os titulares do direito de preferência sejam disso notificados judicialmente, não podendo os editais de praça ser expedidos, sob pena de nulidade, antes de feita a notificação. **§5º** Aos titulares do direito de preferência assistirá o direito de remissão, se dela não lançarem mão, até a assinatura do auto de arrematação ou até a sentença de adjudicação, as pessoas que, na forma da lei, tiverem a faculdade de remir. **§6º** O direito de remissão por parte da União, bem como do Estado e do município em que os bens se encontrarem, poderá ser exercido, dentro de cinco dias a partir da assinatura do auto de arrematação ou da sentença de adjudicação, não se podendo extrair a carta, enquanto não se esgotar este prazo, salvo se o arrematante ou o adjudicante for qualquer dos titulares do direito de preferência”.

⁴² CARVALHO FILHO, 2011, p. 744.

instrumentos protetivos é o direito de petição, que ocorre na própria via administrativa. Tal direito está calcado na alínea “a” do inciso XXXIV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988⁴³, o qual “*encerra a possibilidade de qualquer pessoa requerer ao Poder Público competente a providência colimada pela lei e estabelecida como dever de agir*”⁴⁴. Com efeito, cuida destacar que o direito de petição é garantia fundamental do indivíduo, de maneira que inexiste qualquer requisito prévio formal para o exercício desse direito.

Outro meio e petição, em sede judicial, é a ação popular, cuja previsão está inserta no inciso LXXIII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988⁴⁵, sendo cabível para a anulação de atos lesivos ao patrimônio público e, especificamente, ao patrimônio histórico e cultural. “*A ação é regulada pela Lei nº 4.717, de 29/6/1965, e depende de observância de uma condição especial: a legitimação ativa para a causa é privativa do cidadão*”⁴⁶. Importante instrumento protetivo é a ação civil pública, instituída pela Lei Nº 7.347, de 24 de julho de 1985⁴⁷, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. O robusto escopo da lei está sedimentado na proteção dos interesses coletivos e difusos da coletividade, isto é, “*aqueles interesses*

⁴³ BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 17 mar. 2013: “**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: (omissis) **XXXIV** - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: **a)** o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”.

⁴⁴ CARVALHO FILHO, 2011, p. 746.

⁴⁵ BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 17 mar. 2013: “**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: (omissis) **LXXIII** - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

⁴⁶ CARVALHO FILHO, 2011, p. 746.

⁴⁷ BRASIL. **Lei Nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 17 mar. 2013.

*transindividuais que têm natureza indivisível e que hoje são objetos de profundos estudos e debates dentro da doutrina moderna*⁴⁸.

Consoante o diploma supramencionado destaca, são protegidos pela ação civil pública, dentre outros direitos, os bens de direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, podendo ser postulado pelo autor pedido condenatório (mandamental ou pecuniário) e constitutivo. No que concerne ao patrimônio público, o mais comum é que as pessoas legitimadas para ação formulem pedido no sentido de que o Poder Público, réu, faça ou deixe de fazer alguma coisa. Com realce, o pedido da ação civil pública, comumente, consiste na condenação para que o Ente Estatal diligencie para a proteção do bem ou, ainda, se abstenha de conduta que visa à destruição ou mutilação, isso independentemente de prévio ato de tombamento.

⁴⁸ CARVALHO FILHO, 2011, p. 747.

REFERÊNCIA:

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 17 mar. 2013.

BRASIL. **Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937.** Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 17 mar. 2013.

BRASIL. **Decreto-Lei N° 3.365, de 21 de junho de 1941.** Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 17 mar. 2013.

BRASIL. **Decreto-Lei N° 3.866, de 29 de novembro de 1941.** Dispõe sobre o tombamento de bens no Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 17 mar. 2013.

BRASIL. **Lei N° 4.717, de 29 de junho de 1965.** Regula a ação popular. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 17 mar. 2013.

BRASIL. **Lei N° 7.347, de 24 de julho de 1985.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 17 mar. 2013.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 17 mar. 2013.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 17 mar. 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 24 ed, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 17 mar. 2013.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 17 mar. 2013.