REGIME JURÍDICO DO TOMBAMENTO

J. CRETELLA JÚNIOR *

1. Limitações ao direito de propriedade. 2. Caracterização objetiva do tombamento. 3. Espécies de tombamentos. 4. Natureza jurídica do tombamento. 5. Fundamento do instituto. 6. Efeitos do tombamento. 7. O tombamento nas Constituições Brasileiras. 8. Regime jurídico do tombamento. 9. Casuística pátria do tombamento. 10. O tombamento nos estados e municípios. 11. Exame do tombamento pelo judiciário. 12. Conclusões.

1. *Limitações ao direito de propriedade*

O tombamento de bens é uma restrição parcial ao direito de propriedade, localizando-se no início duma escala de limitações em que a desapropriação ocupa o ponto extremo.

Pelo ato administrativo do tombamento, concretizado, materialmente, no instante da inscrição no livro do tombo, o bem privado é objeto de uma série de restrições, limitativas do direito de propriedade. Atingido pela relação de administração, o proprietário é *dominus* e *administrator*. Como *dominus*, a atividade do proprietário sobre o bem deverá ser absoluta, como *administrator*, o bem não está mais vinculado à vontade ou personalidade do agente, mas à finalidade impessoal e objetiva a que essa vontade deve servir, porque administração designa, também, em direito público, a atividade de quem não é proprietário.

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

O direito de propriedade confere a seu titular o pleno gozo do bem, móvel ou imóvel, que lhe pertence. Usar, fruir e abusar são atributos inerentes a esse direito.

Entretanto, mesmo a antiga e clássica propriedade quiritária romana, caracterizada por direitos absolutos e irrestritos do *dominus*, sofreu progressivas atenuações com o decorrer dos tempos. É que, mesmo em Roma, a noção da primitiva propriedade, individualista, pessoal, absoluta, experimentou contínua evolução, imantando-se no sentido do individual para o social, desprivatizando-se para publicizar-se.

Inserindo-se num conjunto, a propriedade de um recebe o impacto da propriedade de outro, e exerce, por sua vez, influência sobre outras propriedades. O exercício dos direitos de um proprietário pode chocar-se com o exercício de outros direitos, o que permite distinguir, em cada propriedade, um âmbito interno, sobre o qual convergem outros direitos, disciplinados pelo Estado.

Convergem para o âmbito externo os mais variados fatores, inclusive de ordem histórica, estética, religiosa, etnográfica, paisagística, arqueológica. O direito de propriedade pode expandir-se amplamente, no âmbito externo, desde que leve em conta os fatores limitativos.

Por isso, ao passo que o direito civil de propriedade confere ao titular cem por cento, vamos dizer, do *jus utendi, fruendi et abutendi*, o direito público da propriedade, que considera o bem dentro de um conjunto maior, vai reduzindo o *quantum* daquela fruição, porque observa a totalidade dos direitos de propriedade, bem como a necessidade pública, a utilidade pública e o interesse social.

A consideração social do direito de propriedade gera o quadro jurídico das restrições ou limitações, proclamadas pelo Estado e incluídas na esfera do poder de polícia.

O direito de propriedade confere ao *dominus*, sem dúvida, o pleno uso e gozo e mesmo em alguns casos, a possibilidade de destruição da coisa —, sempre que tal direito se exerça sem prejuízo do bem estar do vizinho ou do bem estar social. A condição de administrador, de guarda, de vigilante, é condicionada pelo princípio limitativo do *non facere*.

A polícia administrativa da propriedade tem a potestade discricionária de limitar ou restringir todo e qualquer exercício do direito de propriedade que se choque com outro exercício dominial paralelo privado ou com o interesse do Estado que, no fundo, é a síntese ideal dos interesses particulares. Cabe à polícia administrativa da propriedade limitar a projeção da personalidade humana no domínio das coisas com base no poder de polícia do Estado.

Tema antes específico da órbita privatística, o direito de propriedade passa agora a interessar ao Estado, cogitando-se da intervenção

da administração não na realização do ato jurídico, mas na fiscalização, vigilância e publicidade que deve cercá-lo, cabendo ao direito administrativo indagar até que ponto se legitima a ingerência estatal, por meio do poder de polícia, na manifestação concreta do exercício daquele direito.

Se o direito de propriedade é, no dizer de Pimenta Bueno, a faculdade ampla e exclusiva, que cada homem tem, de usar, gozar e dispor livremente, do que licitamente adquiriu, do que é seu, sem outros limites que os da moral ou dos direitos alheios, como harmonizar o exercício do direito de propriedade com o poder de polícia? Até onde é legítima a intervenção do poder público sobre o direito de propriedade? [1]

A resposta é simples e está contida nos chamados limites do poder de polícia, sujeitos ao princípio da legalidade e ao controle jurisdicional.

Já que "os limites do poder de polícia se resumem no respeito à legalidade", [2] a administração, ao limitar o direito de propriedade, levará em conta os direitos do cidadão, as prerrogativas individuais e as liberdades públicas asseguradas pela Constituição e pelas leis. [3]

2. *Caracterização objetiva do tombamento*

Se tombar é inscrever, registrar, inventariar, cadastrar, tombamento é a operação material da inscrição de bem, móvel ou imóvel, no livro público respectivo. Tombamento é também o ato administrativo que concretiza a determinação do poder público, no livro do tombo. "Tombo é o inventário autêntico dos bens, e terras de alguém com suas confrontações, rendas, direitos, encargos, demarcações." *Torre do Tombo*, em Lisboa, era "a casa em que se conservavam os Livros das Leis, Escrituras Públicas, Contratos, Tratados com as Nações Estrangeiras e outros papéis, autênticos do Reino". [4]

Num primeiro sentido, tombamento é o ato físico da inscrição, fato administrativo, atividade material que tem, por objetivo, efeitos práticos, no interesse da pessoa jurídica que a executa, [5] neste caso, a administração, por intermédio de seus agentes. Conseqüência do ato administrativo, o fato administrativo ocorre quando a administração, objetivando determinado fim, executa o ato administrativo; é o ato em ação ou na sua expressão concreta, na sua fase dinâmica. [6]

1 PIMENTA BUENO. *Direito público brasileiro*. 1857, p. 428.
2 WALINE. *Traité élémentaire de droit administratif*, 6.ª ed. 1952, p. 53.
3 Cf. nosso *Tratado*. Vol. V, p. 53.
4 DICIONÁRIO de Antonio Moraes e Silva.
5 VALLES, Arnaldo de. *Elementi di diritto amministrativo*. 3.ª ed., 1965, p. 155.
6 Cf. nosso *Tratado*. Vol. II, p. 16; e MATOS DE VASCONCELOS. *Direito Administrativo*, Vol. I, 1963, p. 96.

Considerado como fato administrativo o tombamento é o ato material da inscrição, praticado pelo funcionário público responsável, no exercício da administração.

Na realidade prática, o instituto do tombamento apresenta-se como um todo, no qual se observam os seguintes traços: 1) a administração, sujeito ativo do procedimento; 2) o particular, proprietário do bem, sujeito passivo da iniciativa do Estado; 3) o bem a ser tombado, objeto móvel ou imóvel, de valor histórico, estético, etnográfico, paisagístico, arqueológico; 4) texto de lei, emanado do legislativo, possibilitando a restrição e enumerando os bens que devem ser preservados; 5) o livro de registro ou tombo; 6) a operação material da inscrição, consistente no registro e inventário pormenorizado do bem tombado; 7) parecer, opinião ou juízo de valor de órgão competente, em geral, colegiado, que aponta, define e descreve o bem, objeto da proteção do poder público; 8) o processo ou rito do tombamento, conjunto de operações, determinadas pela administração, cuja finalidade é colocar o bem privado sob a custódia do Estado.

3. *Espécies de tombamentos*

Há dois tipos de tombamentos, o *voluntário* e o *compulsório*. Denomina-se voluntário ou espontâneo o tombamento, sempre que o proprietário do bem solicita a prática do ato ou concorda com a notificação que lhe dá ciência do procedimento do poder público; denomina-se compulsório ou de ofício o tombamento, quando a iniciativa da inscrição do bem é do próprio Estado, impondo-se ao particular, mesmo contra sua vontade, a aceitação da medida com todas as implicações limitativas do uso pleno da propriedade. No segundo caso, o proprietário do bem tombado, pode contestar o tombamento na via administrativa ou perante o judiciário.

4. *Natureza jurídica do tombamento*

Quando o Estado, fundamentado em parecer do órgão técnico-administrativo, determina a inscrição de um bem privado, no livro competente, cumpre considerar: a) a existência de texto de lei, que permite aquela exceção ao exercício do direito de propriedade, b) a caracterização precisa da qualificação ou enquadramento do bem, como sendo de valor histórico, artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico, em suma, de tal ou qual valoração, *a priori*, estabelecida pelo legislador, c) a efetivação do tombamento, mediante a edição de ato unilateral e discricionário, que concretiza a vontade da administração, e: d) a materialidade do ato de tombar, fato administrativo, operação material do funcionário que, de próprio punho, inventaria o bem no livro apropriado.

O primeiro momento, fase legislativa, é da mais alta importância, porque consubstancia exceção ao direito de propriedade; o segundo

momento, a valoração do bem, é o atestado objetivo de um fato: ou o bem é ligado à pré-história, ou à história, ou tem interesse arqueológico, etnográfico, artístico, bibliográfico, ou não se enquadra nas expressões empregadas pelo legislador; o terceiro momento, ou seja o pronunciamento da autoridade, concretizado em ato administrativo, está localizado na esfera discricionária da administração: pode o administrador reconhecer a qualificação do bem, louvando-se no parecer do órgão competente e, no entanto, não editar o ato, por não achar nem conveniente e nem oportuno tombá-lo; o quarto momento, o registro ou inscrição do bem tombado, fato material, operação concreta, o título oficial, amparado pelo pronunciamento do poder público.

Não se confunda, pois, a qualificação do bem com o tombamento em si. *Qualificar* é tipificar, é atribuir ao bem valor histórico, artístico, paisagístico, enquadrando-o de modo preciso em uma das hipóteses legais. *Tombar* é o momento jurídico concretizado pela edição do ato. Qualificação é operação de natureza técnica; o tombamento, em si, é ato administrativo discricionário que pode ser editado ou não, porque envolve oportunidade, conveniência, razoabilidade.

5. *Fundamento do instituto*

Configuraria o tombamento atentado ao direito de propriedade? As limitações decorrentes do tombamento não desfigurariam o direito de propriedade, acarretando, por conseguinte, a inconstitucionalidade das leis referentes àquelas restrições?

De maneira alguma. Se houver dispositivo constitucional que ampare o patrimônio histórico e artístico, os bens considerados dessa espécie podem passar para o domínio do Estado por via do tombamento. Ao contrário, a ausência de dispositivo constitucional impediria as severas limitações concernentes à proteção dos bens qualificados como de valor histórico e artístico; nesse caso, o tombamento compulsório feriria o direito subjetivo do proprietário, inexistindo, pois, em razão da falta de abertura constitucional e os bens, classificados como de valor histórico e artístico, ou passariam para o domínio do Estado, de uma vez, por via expropriatória, ou as restrições incidiriam sobre alguns aspectos desses bens, mediante o tombamento voluntário.

O fundamento jurídico do tombamento está no poder de polícia do Estado. Somente o poder de polícia, a necessidade da proteção dos bens históricos e artísticos, justifica tais limitações.

"Nem sempre a limitação é imposta e regulada de modo completo e preciso pela própria norma jurídica, da qual emana. Às vezes, a própria norma jurídica outorga à administração um poder discricionário para determinar, nos casos particulares, que extensão deva ter a limitação ao direito de propriedade. Tal poder exige, além disso, o em-

prego de discricionariedade técnica e, de todo modo, a edição de um ato administrativo." [7]

"A matéria entra no campo da polícia precisamente porque se trata de limitações concernentes à tutela da coletividade de possíveis danos derivados da atividade humana no que se refere ao uso de determinado bens." [8] Embora esta afirmação de Alessi não se refira de maneira direta ao tombamento, a esta figura se aplica integralmente.

Em todo caso, o tombamento é uma limitação, uma restrição e "a idéia de limitação surge do próprio conceito do direito subjetivo: tudo que é juridicamente garantido é também juridicamente limitado. Função própria da garantia jurídica é a tutela de um interesse, com a finalidade precípua de assegurar-lhe a satisfação que é compatível com os interesses de outros sujeitos que, por isso, têm necessidade de reconhecimento e de tutela". [9] Tais limitaçõs impõem aos proprietários uma série de deveres negativos de não fazer ou de fazer apenas com permissão da autoridade, em determinadas hipóteses e condições por ela prescritas. Por isso, "costuma-se dizer que a propriedade é um direito elástico, ou seja, que se presta a maiores ou menores restrições conforme as circunstâncias. De um modo mais exato, poder-se-ia dizer que a propriedade é um direito de extensão e conteúdo diferentes, de acordo com os bens que lhe constituem o objeto". [10]

"Uma das manifestações do poder de polícia, cuja influência no conteúdo do direito de propriedade foi mais profunda, é a que se exerce sobre aqueles bens considerados de valor social, pela sua estimação artística e histórica." [11]

Os autores italianos são unânimes em assinalar que as limitações ao direito de propriedade ultrapassam o âmbito do direito civil para localizar-se na esfera do direito administrativo.

"As restrições de direito público são impostas, porque o direito de propriedade não é incompatível com determinados interesses públicos, ou seja, da generalidade representada pelo Estado e pelos outros entes administrativos. As limitações de direito privado são objeto das cogitações civilísticas, as de direito público são objeto de considerações, principalmente, do direito administrativo." [12]

"Tais restrições são a conseqüência imediata e direta da disciplina que a ordem jurídica impõe ao direito de propriedade, do mesmo modo que aos outros direitos." [13]

[7] ALESSIO. *Istituzioni di diritto amministrativo*. Vol. II, 4.ª ed. 1949, p. 39.
[8] ALESSIO. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 1953, p. 472.
[9] ZANOBINI. *Corso di diritto amministrativo*. Vol. IV, 3.ª ed. 1948, p. 139-40.
[10] ZANOBINI. op. cit. p. 141.
[11] BRANDÃO CAVALCANTI. *Tratado de direito administrativo*. Vol. V, 2.ª ed. 1943. p. 428. Cf. vol III, 4.ª ed. 1956, p. 46-7.
[12] ZANOBINI. op. cit. p. 140.
[13] ALESSIO. op. cit. p. 34.

As considerações acima demonstram que a instituição do tombamento, embora tenha estreitas relações com o direito civil, é matéria de direito administrativo, sendo informada por princípios publicísticos.

E por que? Porque há dois tipos de limitações ou restrições do direito de propriedade: as de direito privado, que têm por fim a compatibilidade do direito de cada proprietário com os direitos e com os interesses dos outros sujeitos e sobretudo com os outros proprietários, as de direito público, que têm por objetivo a compatibilidade do direito do proprietário com os direitos subjetivos públicos, do Estado; no primeiro caso, as limitações atingem o direito de propriedade de um particular diante de outro particular; no segundo caso, as restrições atingem o direito de propriedade de um particular diante do interesse público, diante do Estado.

6. *Efeitos do tombamento*

O tombamento, ultimado por inscrição perfeita e incontestável, recairá sobre bens móveis (moedas, manuscritos, autógrafos, documentos, livros raros e de valor, quadros, mesas, cadeiras, objetos referentes à história) e imóveis (vilas, casas, parques, jardins, terrenos, jazidas arqueológicas, monumentos, paisagens naturais notáveis, locais dotados particularmente pela natureza), ou, dum modo mais genérico, sobre documentos, monumentos, obras, edifícios e locais de valor histórico, artístico ou natural.

Os efeitos ou conseqüências do tombamento do bem resumem-se quer em restrições negativas, de natureza de um *non facere* (os bens não poderão ser destruídos, demolidos, mutilados, reparados, restaurados, pintados, consertados, alienados, alterados, modificados), quer em restrições positivas, verdadeiras imposições do poder público, de natureza de um *facere* (os bens deverão ser conservados, vigiados, cuidados pelo proprietário que, nesse mister, procederá como um *bonus paterfamilias*).

Inscrito, pois, o bem, no livro de registros, ou tombo, o Estado investe-se num direito subjetivo público, fundamentado no poder de polícia, de fiscalizar permanentemente a coisa tombada, zelando para que conserve seus característicos e. pois, impedindo seja destruída, demolida ou mutilada, reparada, pintada ou restaurada, alienada.

O Estado tem o direito de remir a dívida pela qual responde a coisa tombada, levada à praça em execução judicial.

A reparação, restauração ou pintura dos bens tombados depende de prévia autorização do órgão administrativo competente; a alienação está vinculada ao direito de preferência por parte do Estado, devendo o proprietário notificá-lo para usar desse direito no prazo legal,

sob pena da decadência do direito de preferência. Se o alienante não notificar a pessoa jurídica pública, a alienação é nula, cabendo à pessoa jurídica pública requerer o sequestro judicial dos bens. [14]

7. *O tombamento nas Constituições Brasileiras*

A Constituição Política do Império e a primeira Constituição Republicana, que garantiam, de acordo com a orientação da época, a propriedade, em toda sua plenitude, eram omissas a respeito das restrições ao direito de propriedade.

A nova concepção do direito de propriedade reflete-se na Constituição de 1934. Desse modo, "é garantido o direito de propriedade" (art. 113, 17), mas com restrições, porque "não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar" (idem). Por isso, "compete concorrentemente à União e aos estados proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte" (art. 10, III).

Os sujeitos ativos da proteção são, em 1934, a União e os estados-membros. Aos municípios é vedada ainda a ação fiscalizatória. O objeto da proteção é todo monumento de valor histórico ou artístico, toda obra de arte, toda beleza natural, em suma, todo móvel ou imóvel, de valor histórico ou artístico.

A conseqüência do dispositivo constitucional é a de constituir limitação ao direito de propriedade. É uma restrição à propriedade, mas dentro da lei; é a lei que fixa os limites conceptuais. A propriedade continua a existir, é verdade, mas no que consiste e até onde vai, só a lei o diz, e a lei, a esse respeito, tem todas as possibilidades. Só uma não na tem: a de eliminar a instituição. Pelo menos, nos sistemas jurídicos não socialistas. O artigo constitucional restringe o direito de propriedade. Que lei? A lei magna, a lei maior. Sendo lei-parte da Constituição, não pode o legislador ordinário alterá-la, nem interpretá-la, porque o instituto da propriedade é apresentado, na própria Constituição, com a referida restrição. [15] O direito subjetivo privado de propriedade, de que é titular o *dominus*, cede lugar e se anula diante do direito subjetivo público do Estado. O direito subjetivo privado é oponível a outro direito subjetivo privado, do mesmo nível e grau, de outro proprietário, mas sucumbe diante do direito subjetivo público do Estado, localizado mais alto, e que faculta à administração o exercício de toda e qualquer medida restritiva de

[14] Cf. BRANDÃO CAVALCANTI. *Tratado de direito administrativo*. Vol. III, 4.ª ed. 1956, p. 48.

[15] PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1946*. Vol. V, 2.ª ed. 1953, p. 269. Cf. Comentários à Emenda Constitucional de 1969. Vol. VI, ed. de 1972, p. 367-76.

operação, referente aos bens privados, mas inscritos, tombados, cadastrados.

A Constituição de 1937 aperfeiçoa as medidas restritivas referentes aos bens tombados: "Os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens ou os locais particularmente dotados pela natureza, gozam da proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos estados e dos municípios. Os atentados contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional."

O texto de 1937 alude à sanção, a cargo da lei ordinária. Qualquer lei penal, inserida no Código Penal ou não, será aplicada ao proprietário ou a qualquer pessoa que atente contra os bens tombados, bens do patrimônio nacional.

Três anos mais tarde o Código Penal capitulou como crime de dano a destruição, inutilização ou deterioração de coisa tombada pela autoridade competente, em virtude de valor artístico, arqueológico ou histórico (art. 165), bem como a alteração, sem licença da autoridade competente, do aspecto de local especialmente protegido por lei (artigo 166). Aliás, a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional ficara a cargo do Decreto-lei n.º 25, de 30 de novembro de 1937, ou seja, editado 20 dias depois da Constituição do mesmo ano.

Diante do dispositivo expresso da Constituição de 1937, o Decreto-lei n.º 25 é inatacável, constitucional, como, em certa ocasião, solicitado a manifestar-se, assim o declarou o Supremo Tribunal Federal, apreciando hipótese de tombamento compulsório, no Rio de Janeiro, a propósito do famoso conjunto arquitetônico denominado "Arco do Teles".

A legislação ordinária, fundamentada na abertura constitucional, ficou credenciada a cercear, modificar, alterar, limitar o próprio conteúdo do direito de propriedade. Alterando a colocação das Constituições anteriores, a de 1937 colocou nas mãos do legislador ordinário a prerrogativa limitativa, antes inexistente.

A Constituição de 1946 também se refere ao instituto do tombamento, nestes termos: "As obras, monumentos e documentos de valor histórico e artístico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de particular beleza ficam sob a proteção do poder público" (art. 175).

Comentando, na época, este dispositivo, salienta Pontes de Miranda, que tal regra é "digna de reprodução em Constituições posteriores, que venha a ter o Brasil, e da atenção acurada dos legisladores ordinários, principalmente dos legisladores do direito penal, que nele encontram preestabelecida, por meio de devolução sugestiva, a regra de direito penal material. O que lhes falta justamente é a regra de direito, que venha completar e realizar a proteção prometida. A União, os estados-membros e os municípios tomam sob sua proteção e sob seus cuidados os monumentos históricos, artísticos e naturais, bem

como as paisagens e os locais onde a natureza se revele merecedora de resguardo ou de aproveitamento." [16]

Brandão Cavalcanti defende também, de modo inequívoco, a possibilidade jurídica do tombamento, com toda a série de implicações dele advindas sobre as limitações do direito de propriedade. Ao comentar a Constituição de 1946, Brandão Cavalcanti ressalta que "a medida dessa proteção é dada pela lei ordinária", porque "a Constituição visa evitar a sua destruição e a deformação". "A política legislativa, nesse particular, sofre apenas as restrições impostas pelos direitos constitucionalmente assegurados, especialmente os relativos à propriedade." "Quando a Constituição assegura a proteção do Estado, há de se entender proteção efetiva, contra a destruição, o abandono, a mutilação, a deformação mesmo sob o ponto de vista puramente estético." "Não será, entretanto, essa limitação, um pressuposto do próprio direito de propriedade, em sua concepção constitucional, por natureza limitada, restrita, subordinada ao interesse social, interesse que envolve o sentido material, utilitário e estético da propriedade? É o que nos parece, dentro de uma interpretação orgânica, do texto constitucional." [17]

E conclui: "É evidente que essa proteção não justifica o desaparecimento e a subversão do direito, mas a conciliação com os interesses privados que precisam atender ao interesse coletivo. Prevalecendo este, à coletividade cabe indenizar a propriedade privada através da desapropriação." [18]

A Constituição de 1967 também legitima a restrição ao direito de propriedade, prescrevendo que "ficam sob a proteção especial do poder público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas" (art. 172, parágrafo único). O artigo 180 da Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, repete a disposição da Constituição emendada.

Os dois últimos diplomas magnos falam de modo genérico em poder público, o que resolve de uma vez para sempre que as pessoas jurídicas públicas, sujeitos ativos da proteção e, pois, das restrições, por via legislativa, inclusive, são a União, os estados-membros e os municípios, como, aliás, deixara clara a Constituição de 1937, ao completar (incluindo o município), o que estatuíra a Constituição anterior de 1934, que deixara de fora o município.

O artigo 8.º, inciso XVII, letra *b* da Constituição de 1967 e seu parágrafo 2.º, que corresponde ao artigo 8.º, inciso XVII, letra *b* da

[16] PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1946*. Vol. V, 2.ª ed. 1953, p. 168-9.

[17] BRANDÃO CAVALCANTI. *A Constituição Federal comentada*. Vol. IV, 2.ª ed. 1953, p. 123.

[18] BRANDÃO CAVALCANTI. *A Constituição Federal comentada*. Vol. IV, 2.ª ed., 1953, p. 124.

Constituição de 1969 e seu parágrafo único, preceitua que à União compete legislar sobre direito civil, mas nada diz sobre a possibilidade de legislar sobre direito administrativo. E tombamento é matéria de direito administrativo, embora se refira ao direito de propriedade, porque implica restrições verticais, diante do interesse público e não restrições horizontais, de particular diante de particular.

Ora, se as restrições ao direito de propriedade atingem o proprietário diante da administração, atingem-no em razão do poder de polícia do Estado. A polícia de propriedade é da esfera do direito administrativo.

Por outro lado, considere-se que a competência legislativa federal, discriminada, exaustivamente, no artigo 8.º dos diplomas de 1967 e de 1969, em seus desdobramentos do inciso XVII, que esgotam o alfabeto, não abrange a hipótese da proteção especial reservada aos documentos, obras, locais, monumentos, paisagens e jozidas (art. 172, § único da Constituição de 1967 e art. 180, § único da Constituição de 1969).

Logo, a União, os estados-membros e os municípios, já que se trata de competência concorrente, podem legislar sobre restrições ao direito de propriedade, no que diz respeito ao tombamento, em virtude da abertura constitucional, explícita, como na Constituição de 1937, implícita, mas inequívoca, como ocorre nas duas últimas Constituições.

Desse modo, todos os estados brasileiros, assim como todos os municípios, podem, por direito próprio, outorgado pelo diploma maior, editar normas específicas a respeito dos respectivos patrimônios, resultantes do tombamento.

Isso não ocorre, porém, quando se trata de restrição total do direito de propriedade, como na hipótese da desapropriação, em que a limitação é de 100%. Neste caso, a competêncio legislativa é excluída da União, que não a reparte nem com o estado-membro, nem com o município. Consuma-se, mesmo assim, a restrição absoluta, mediante prévia e justa indenização.

Em parecer-padrão sobre o tema, o Dr. Américo Ruggiero sustenta com sólidos argumentos que, sem dúvida, se trata, em casos de tombamento compulsório, "de pesada restrição imposta ao direito de propriedade; entretanto, alçada a função social da propriedade a princípio constitucional, quer parecer que, em razão do poder de polícia do Estado, poderá a lei suprimir parcialmente algumas prerrogativas inerentes ao exercício do direito de propriedade, sem que, com isto, se viole a outra norma constitucional que garante aquele direito, especialmente se aquelas restrições, sempre parciais, sejam indispensáveis à efetividade da proteção do bem social que se pretende preservar através do mencionado poder de polícia". [19]

[19] RUGGIERO, Américo. *Revista de Assessoria Técnico-Legislativa de São Paulo*. 1970, p. 71.

O tombamento compulsório de bens privados, a que se refere o parágrafo único do artigo 180, da Constituição de 1969, não só não fere o mandamento assecuratório, inscrito no parágrafo 22, do artigo 153 ("É assegurado o direito de propriedade ..."), como até o põe em relevo, porque se trata de limitação de direito público e não de limitação horizontal nivelada, de particular a particular.

Preterindo a via expropriatória, que suprimiria totalmente o direito de propriedade, o Estado ainda permite que o *dominus* use e frua o bem privilegiado, outorgando-lhe o *status* de administrador ou de usufrutuário. Mesmo também porque o tombamento compulsório que importasse na negação ou restrição total do direito de propriedade não se poderia praticar sem a desapropriação com indenização. [20]

Em inúmeros casos, o tombamento do bem, longe de constituir ônus ao proprietário, erige-se até em vantagem, porque, se o *dominus* não dispuser de recursos para conservá-lo ou repará-lo, comunicará o fato ao órgão administrativo competente, que providenciará a execução das obras, ou, em último caso, determinará a desapropriação do bem.

8. *Regime jurídico do tombamento*

Delinear o regime jurídico de um instituto é fixar-lhe uma a uma as notas características para integrá-lo, de maneira precisa, no sistema de direito a que pertence, estabelecendo-lhe um a um os pontos máximos e mínimos, de maneira objetiva, até configurar-lhe o exato lugar geométrico, ponto de partida para as respectivas implicações ulteriores. [21]

Não é sem grande e continuado trabalho doutrinário que se empreende a mencionada caracterização, porque a estruturação da mencionada arquitetônica depende de rigoroso exame da figura em apreço, de sua confrontação com figuras afins e da indicação dos atributos tipificadores do *instituto*.

O tombamento é instituto do direito administrativo, polarizador de incidência normativa de direito público. É instituto do direito administrativo porque se concretiza mediante a convergência de normas concernentes à relação de administração. Instituto de direito administrativo, o tombamento caracteriza-se por ser disciplinado por um feixe de normas de direito público, exorbitantes e derrogatórias do direito comum. As normas de direito comum regulam o direito do proprietário diante de outro proprietário; as normas de direito público regulam o direito do proprietário diante da administração.

[20] SILVA, Carlos Medeiros. Parecer. *RDA* 67/258.

[21] Cf. CRETELLA JÚNIOR, J. *Direito administrativo comparado*. 1972, p. 30; *Dos bens públicos no direito brasileiro*. 1969, p. 303; *Tratado*. Vol. VII, 1970, p. 51; *RDA* 90/459; *Revista Forense* 221/29.

Os traços característicos que permitem o delineamento do regime jurídico do tombamento podem ser assim enunciados:

a) definição: tombamento é o conjunto legal de restrições parciais que o poder público faz a bem particular, móvel ou imóvel, por motivos de interesse público, mencionados em lei;

b) natureza jurídica: ato administrativo unilateral, discricionário e constitutivo;

c) motivo: causa ou motivo do instituto é o valor que a lei lhe atribui, valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico;

d) qualificação: juízo técnico-científico-artístico-histórico que tipifica o bem, enquadrando-o nas hipóteses enunciadas no texto legal;

e) inscrição: fato administrativo, operação material do registro ou tombo do bem, em livro apropriado;

f) efeitos: limitações parciais ao exercício do direito de propriedade, do tipo *son facere* (não demolir, não reparar, não alienar, não destruir);

g) fundamento: o instituto do tombamento fundamenta-se no poder de polícia do Estado, que possibilita as limitações, em razões de interesse público;

h) sujeito ativo: o sujeito ativo do tombamento é sempre o Estado. No Brasil, a União, os estados-membros e os municípios. Tais pessoas jurídicas públicas políticas têm competência legislativa, podendo, pois, editar, por direito próprio, leis sobre o tombamento, respeitados os cânones limitativos traçados pela lei maior; além disso, na esfera de suas respectivas competências, podem promover o tombamento, determinando a inscrição do bem, no livro da respectiva repartição, ouvido o órgão administrativo;

i) sujeito passivo: o sujeito passivo do tombamento é o proprietário que sofre limitações em seu direito de propriedade.

j) objeto: o conjunto de restrições recai sobre bem particular, móvel.

9. *Casuística pátria do tombamento*

O *leading-case* do tombamento compulsório, no Brasil, é o que se refere ao conjunto arquitetônico do velho Rio de Janeiro, conhecido por "Arco do Teles". Tendo o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional decidido a inscrição de prédio da Praça 15 de Novembro, situado sobre o mencionado "Arco", pretendeu o proprietário do imóvel argüir a nulidade do ato administrativo determinante da inscrição, alegando não ser o edifício monumento histórico. Chamado a manifestar-se, o Supremo Tribunal Federal, pelos Ministros da Primeira Turma, negou provimento ao recurso do proprietário, decidindo: "Ao Judiciário cabe decidir se o imóvel, inscrito no Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, tem ou não valor histórico ou artístico, não se limitando a sua competência à verificação, apenas, se

foram observadas as formalidades legais no processo de tombamento"; "Verificada a procedência do valor histórico do imóvel de domínio particular, como integrante de um conjunto arquitetônico, subsiste o tombamento compulsório com as restrições que dele decorrem para o direito de propriedade, sem necessidade de desapropriação." [22]

Na realidade, o prédio em questão não tinha, em si, valor histórico, mas fazia parte de conjunto arquitetônico complexo. Restringir o tombamento apenas ao "Arco do Teles", deixando livre o edifício, parte do conjunto, para permitir sua reconstrução pelo proprietário com a obrigação somente de conservar na fachada renovada aquela característica, que recorda velhas tradições da cidade, seria quebrar a unidade do monumento.

No caso em exame, a controvérsia girava em torno de uma questão de direito, envolvendo legalidade, mas ligada a uma questão de fato, ou seja, a de saber se o edifício era histórico ou não, se as razões ou motivos, em que se fundara o ato administrativo do tombamento, existiam realmente. Em geral, os tribunais aceitam como verdadeiras as soluções proferidas na esfera administrativa sobre fatos, principalmente quando envolvem apreciação técnica especializada. A devida ou indevida aplicação da lei é matéria de legalidade.

Por todos esses motivos, o Supremo Tribunal Federal considerou válido o ato do tombamento, prestigiando a inscrição e, pois, todas as implicações relativas à limitação ao direito de propriedade, por tratar-se de prédio integrante de conjunto qualificado como histórico pelo órgão competente, juízo esse confirmado por perito da União, historiador ilustre. [23]

Em 17 de junho de 1942, em sessão plenária, e por maioria, o mesmo Supremo Tribunal Federal julgara constitucional o Decreto-lei n.º 25, de 30 de novembro de 1837, concluindo: "A finalidade do tombamento é conservar a coisa, reputada de valor histórico ou artístico, com a sua fisionomia característica. Mas essa preservação não acarreta necessariamente a perda da propriedade; o proprietário não é substituído pelo Estado; apenas se lhe retira uma das faculdades elementares do domínio, o direito de transformar e desnaturar a coisa. Por isso mesmo que a coisa, não saindo do domínio do particular, não se desloca para o domínio do Estado, este não estará obrigado a desapropriá-la para realizar o fim que tem em vista. O Estado só toma a si o ônus da conservação — e a tanto equivale a obrigação de desapropriar — quando não seja possível conservar a coisa, deixando-a em mãos do proprietário, e tal é a hipótese prevista na Lei n.º 25. Não está, porém, impedido de o fazer em outras hipóteses, se assim o entender em cada caso, já então por aplicação da lei geral sobre desapropriação e não por aplicação daquela lei especial." [24]

[22] *Revista Forense* 98/586.
[23] Cf. *Revista Forense* 98/586 a 590. Julgado de 19 de agosto de 1943.
[24] *Revista Forense* 98/590.

Caso interessante, que motivou erudito parecer de Carlos Medeiros Silva, * foi o referente ao tombamento do "Pico de Itabirito", no Estado de Minas Gerais, atendendo-se a sua singularidade "entre os monumentos naturais do país, bem como à sua excepcional beleza paisagística e considerando que o interesse público, no sentido de preservar-lhe a integridade, deve prevalecer sobre os interesses privados dos proprietários e concessionários da lavra." [25]

Entretanto, ocorreu um choque entre os efeitos restritivos do tombamento e do direito amplo de *lavra* da mina "Cata Branca", onde se situa o "Pico de Itabirito". Tratando-se de mina, cuja lavra fora outorgada por meio de concessão, suscitou-se a dúvida se o ato de tombamento, limitativo do direito de propriedade e, no caso, de extração de minério, prevaleceria sobre o contrato de concessão de lavra, que criara para o concessionário direitos subjetivos, irrevogáveis por ato administrativo fundado em oportunidade e conveniência. Somente a desapropriação, conclui Carlos Medeiros Silva, com indenização prévia, justa e em dinheiro, poderá extinguir os direitos patrimoniais decorrentes da situação jurídica constituída na forma da Lei de Minas, salvo infração desta, de que se não cogita. [26]

É, portanto, nulo o tombamento que impossibilita a lavra do minério, objeto de ato administrativo válido e eficaz, criador de direitos individuais, irrevogável por motivo de conveniência, reconhecida posteriormente. [27]

Cabe mencionar também a questão do tombamento de imóvel situado na Rua Jardim Botânico, no Rio de Janeiro, conhecido pelo nome de "Parque Henrique Lage". Alegando motivos de ordem formal e de ordem técnica, empresa promitente compradora do Parque, solicitou cancelamento da inscrição determinada pelo DPHAN (Departamento do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional). Recebendo parecer favorável ao cancelamento da Consultoria-Geral e do Ministro da Justiça, foi ordenada a cassação do tombamento. Por fim, em última instância administrativa, o Presidente da República, usando do poder discricionário, manteve o cancelamento da inscrição, fundamentando-se no interesse público. "O cancelamento da inscrição do bem tombado, sendo ato discricionário, não comporta o exame de sua justiça", conclui Caio Mário da Silva Pereira, Consultor-Geral da República, na época manifestando-se a respeito. [28]

Caso também interessante, que domonstra a importância da inscrição, no processo do tombamento, foi apreciado pelo Tribunal Fe-

* Nota da Redação — Sobre o tombamento e seus efeitos, ver, ainda, o recente Parecer (22.7.72) de Carlos Medeiros Silva, publicado na *Revista de Direito Administrativo*, vol. 108, p. 429-41.

25 SILVA, Carlos Medeiros. *RDA* 67/248.

26 SILVA, Carlos Medeiros. *RDA* 67/257.

27 SILVA, Carlos Medeiros. *RDA* 67/258.

28 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *RDA* 65/315.

deral de Recursos, ao julgar feito em que a União Federal era autora, tendo proposto ação cominatória contra pessoa jurídica de direito privado — uma Sociedade —, proprietária de imóvel em São Luís do Maranhão, com o objetivo de obstar a demolição de obra arquitetônica, pertencente à ré. Contestada a ação, foi ela julgada improcedente, porque a alegada inscrição do imóvel, no Livro do Tombo das Belas Artes pela Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, subordinado ao Ministério da Educação e Cultura, a final não se concretizara, por não ter sido procedida de acordo com as disposições legais vigentes. [29]

Ora, sem inscrição perfeita, válida, incontestável, não há tombamento, ficando o bem isento de toda e qualquer restrição, o que dá ao proprietário plenos direitos sobre a coisa que lhe pertence, inclusive o direito de demolição.

10. *O tombamento nos estados e municípios*

Criado por dispositivo constitucional (art. 128 da Constituição de S. Paulo, promulgada a 13 de mais de 1967), acha-se em funcionamento em S. Paulo o Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Artístico e Turístico do Estado, na forma que a lei estabelecer. A Lei n.º 10.247, de 22 de outubro de 1968, instituiu e estruturou o Conselho, cujo funcionamento foi disciplinado pelo Decreto-lei n.º 149, de 15 de agosto de 1969.

Assim como, em 1937, foi levantado o problema da constitucionalidade do Decreto-lei federal n.º 25, de 30 de novembro de 1937, assim também, em S. Paulo, em 1969, tentou-se impugnar, na órbita interna administrativa, parte de minuta de decreto-lei relativa ao tombamento de bens, por inconstitucionalidade manifesta. Repete-se a história. Em 1937, solicitado a pronunciar-se, o Supremo Tribunal Federal, declarou válidas as disposições do Decreto-lei federal n.º 25; em 1969, a assessoria jurídica paulista, estudando minuta de decreto-lei, disciplinando o funcionamento do Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Artístico e Turístico do Estado de São Paulo, concluiu também que o estado-membro da federação pode legislar, concorrentemente com a União, sobre a forma de proteção a ser dispensada a documentos, obras e locais de valor histórico ou artístico, monumentos e paisagens notáveis, bem como jazidas arqueológicas, não constituindo tal providência violação ao direito de propriedade, garantido por dispositivo constitucional.

Vários estados brasileiros legislaram sobre tombamento seguindo-lhes o exemplo alguns municípios, o que torna indiscutível, perante o direito brasileiro, a possibilidade de todas as pessoas jurídicas públicas políticas legislarem sobre o tema.

[29] TFR. *RDA* 79/235 a 238.

11. *Exame do tombamento pelo judiciário*

Levado perante o poder judiciário, o tombamento pode ser apreciado sob o aspecto da legalidade.

Sobre o tombamento em si, o instante de concretizá-lo, a oportunidade ou conveniência da medida, não se manifestará, é claro, o judiciário, porque, neste ponto se exaure, de maneira inapelável, a atividade discricionária da administração.

Mesmo reconhecendo o valor histórico ou artístico de um bem, a autoridade tem liberdade de tombá-lo, ou não, como tem a faculdade de escolher ocasião mais apropriada para a edição do ato. Até aqui, a discricionariedade.

Discricionária, igualmente, a seleção da via expropriatória, ou o emprego do direito de preferência para a aquisição do bem.

Entretanto, a rotulação, a qualificação, o enquadramento do bem, como histórico ou artístico, não é ato discricionário, porque envolve questão de fato, limitada, embora de modo um tanto vago, mas limitada, por texto expresso de lei.

Como saber se o bem tombado se enquadra numa das hipóteses delineadas na lei? Vincula-se o bem à história? É mesmo objeto artístico? Interessa à arqueologia? A natureza dotou realmente a paisagem ou o local de traços tais que justificam as limitações?

Como proceder o judiciário diante da argüição, pelo particular, de que o bem tombado foge à capitulação exigida pela lei para a concretização das restrições?

A questão é simples e resolve-se pela análise dos elementos constitutivos do ato administrativo.

Ao qualificar o bem como histórico, artístico, arqueológico ou paisagístico, o administrador pode errar. De boa-fé ou de má-fe. É erro sobre o motivo, sobre a materialidade de fato, sobre o suporte da lei. E o ato do tombamento, embora discricionário quanto à oportunidade ou à conveniência, é vinculado quanto ao motivo e ao fim. O fim deve ser público, *in genere*, especificando-se naqueles casos enunciados em lei.

Nesse caso, configura-se a ilegalidade, quando a incidência normativa converge para um motivo falso ou inexistente. Se o tombamento é decretado por motivo histórico, permanece o ato se a história, realmente, justifica a medida, mas o procedimento se anula, se se prova que o bem nada tem de histórico. No caso, o critério histórico limita o arbítrio do administrador, impedindo o desvio de poder, a arbitrariedade, a ilegalidade.

Se o tombamento se alicerça em motivos ou em pressupostos de fato, sem a consideração dos quais, da sua existência, da sua procedência, da sua veracidade ou autenticidade, não seria editado, uma vez verificada a improcedência da qualificação, insubsiste o ato que neles se apoiava.

Ilegal é o tombamento que se baseia em determinado fato que, por lei, originaria ato diverso do que foi editado. A inadequação ou justaposição do tombamento com os fatos que a lei declara seus pressupostos necessários configura ilegalidade, do mesmo modo que o configura a emanação de autoridade incompetente ou o revestimento de forma inadequada.

O poder judiciário realiza trabalho de compreensão integral do fato, procurando interpretar a norma jurídica em seu amplo significado, subordinando-lhe o fato, o motivo, que a prova surpreende e demonstra, na totalidade de sua persuasão. Ultrapassando o mero exame da legalidade formal ou epidérmica, visível à primeira vista, o poder judiciário desce ao exame da legalidade substancial ou material.

Apreciando a materialidade do tombamento, verificando a exatidão do juízo referente à história e à arte, não exorbita a autoridade julgadora do campo que lhe está afeto, porque a existência de certas circunstâncias de fato constitui condição *sine qua non* para que o ato administrativo seja legal.

Seria ilusório que o poder judiciário se entregasse a uma fiscalização abstrata e epidérmica da legalidade. Exige o rigor jurídico que se aprecie, de modo concreto, a natureza intrínseca do bem tombado.

Os motivos do ato jurídico do tombamento são fatos objetivos, ligados à história, à arte, à arqueologia, à paisagem, disso resultando que tal exame não pode ficar alheio ao judiciário.

Não obstante o poder judiciário tenha, regra geral, em alguns julgados, prestigiado o parecer dos órgãos administrativos técnicos, encarregados da qualificação do bem, isso não significa que não possa invalidar, quando for o caso, tal enquadramento, porque a qualificação de um bem como de natureza histórica ou artística pode implicar a devida ou indevida aplicação da lei, matéria esta pertinente, sem dúvida alguma, ao exame da legalidade.

12. *Conclusões*

As limitações de direito público, impostas à propriedade privada, classificam-se em limitações negativas e em limitações positivas. [30]

Mediante normas jurídicas que se referem às limitações negativas, o Estado assinala o campo preciso em que pode movimentar-se o exercício de atividades concernentes à propriedade individual. Quem exerce o direito de propriedade, sobre bem particular, não pode ultrapassá-lo sem injúria, caso em que se aplicam sanções prescritas em leis especiais.

O tombamento, instituto do direito público, fundamentado no poder de polícia do Estado, estabelece limitações ou restrições ao direito de propriedade, sem indenização para o proprietário.

[30] PRESUTTI. *Istituzioni*. Vol. I, 3.ª ed., p. 244; e ALESSIO. op. cit. p. 37.

Encontrando sua base legal, nas várias Constituições (34, 37, 67 e 69), o instituto do tombamento é disciplinado pelo Decreto-lei n.º 25, de 30 de novembro de 1937, que conceitua o patrimônio histórico e artístico nacional como "o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico bibliográfico ou artístico".

No âmbito federal, a iniciativa do processo do tombamento é entregue ao Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, na esfera estadual e municipal aos respectivos Conselhos de Defesa do Patrimônio.

A finalidade do tombamento não é a subtração da propriedade, como ocorre com a desapropriação, mas sim a limitação, a conservação da coisa, para que não sofra a ação deletéria do tempo ou das pessoas.

Tratando-se de bens imóveis, caso que ocorre com mais freqüência, o tombamento tem por efeitos principais: a) a averbação no registro de imóveis, ao lado da transcrição do domínio, b) a proibição de demolir, destruir ou mutilar a coisa, c) o direito de preferência da União, dos estados e dos municípios, no caso de alienação do imóvel, transferindo-se ao adquirente todos os ônus, antes a cargo do proprietário, d) autorização do órgão administrativo — Serviço do Patrimônio ou Conselho do Patrimônio —, sempre que sejam necessários reparos para conservação do imóvel, e) iniciativa das obras pelo poder público, sempre que o proprietário não dispuser de recursos para tanto, f) desapropriação, se a via do tombamento mostrar-se inócua para a conservação, e g) sanções penais a todo aquele que destruir, inutilizar, deteriorar ou alterar os bens tombados (Código Penal, artigos 165 e 166), sem prejuízo da multa, aplicável no caso de reparação, pintura ou restauração, sem prévia autorização do órgão administrativo competente.