



# REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

---

Seção: Artigos Científicos

## O tombamento federal do patrimônio Cultural imobiliário

*The federal restrictions to property of the real estate cultural heritage*

Ruth Maria Barros Reicao Cordido

**Resumo:** O objetivo principal do trabalho se concentra no estudo crítico do tombamento federal de bens imóveis (Decreto-lei nº 25/1937, Decreto-lei nº 3.866/1941, Lei nº 6.292/1975) em seis pontos. Para tanto são discutidos a finalidade da tutela e os seus procedimentos à luz da Constituição Federal de 1988.

**Palavras-chave:** Tombamento federal; bens imóveis; finalidade; procedimentos; Constituição Federal de 1988.

**Abstract:** The main objective of this essay is the critical study of the real estate's federal restrictions (Decree-Act nº 25/1937, Act nº 3.866/1941, Act6.292/1975) in six points. For that, the protection and its procedures in the light of the 1988 Federal Constitution are discussed.

**Keywords:** Federal restrictions to property; real estate; finality; procedures; 1988 Federal Constitution.

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v2n1p293-310>

**Artigo submetido em:** junho de 2014

**Aprovado em:** novembro de 2014

# O TOMBAMENTO FEDERAL DO PATRIMÔNIO CULTURAL IMOBILIÁRIO

Ruth Maria Barros Reicao CORDIDO\*

*Sumário: 1 Considerações iniciais; 2 Contextualização histórica do tombamento; 3 Desenho institucional do tombamento; 4 Revisão do desenho institucional do tombamento federal; 5 Conclusão; 6 Referências bibliográficas.*

## 1 Considerações iniciais

Sendo o objeto principal do presente artigo<sup>1</sup> a revisão do instituto jurídico do tombamento federal do patrimônio cultural imobiliário, suscita aventar ao menos dois problemas: (1) por que um instituto que se mostra consolidado no ordenamento jurídico brasileiro necessitaria de uma atualização? e (2) de que forma atualizar o instituto conforme a ordem constitucional contemporânea?

O Decreto-lei nº 25/1937 data com uma das normas mais antigas brasileiras e, desde sua promulgação durante o Estado Novo (1937-1945, sendo bom lembrar que corresponde à ditadura de Getúlio Vargas), a normativa apenas sofreu duas alterações pontuais em seu procedimento por meio do Decreto-lei nº 3.866/1941 (referente a uma hipótese de cancelamento do tombamento) e da Lei nº 6.292/1975 (que trata da necessidade de elaboração do parecer do Conselho Consultivo do IPHAN<sup>2</sup> e da homologação do Presidente da República em todas as tomadas de decisão que envolvam a aplicação ou o cancelamento da medida).

A ideia central que responde a esse primeiro problema leva em consideração a mudança de perspectiva sobre o desenvolvimento da sociedade brasileira, apoiando-se na Constituição Federal de 1988. Isso, porque o Estado brasileiro abandona a política cultural aos moldes da ditadura varguista (criação de uma identidade nacional estereotipada e de favorecimento a uma elite) para que, com a instituição do Estado

---

\* Bacharel pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP.

<sup>1</sup> O artigo nasce da pesquisa de iniciação científica “O Tombamento do Patrimônio Cultural Imóvel no Brasil” sob orientação do Prof.º Dr.º Raul Miguel Freitas de Oliveira da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Na pesquisa (financiada pelo CNPq), em um primeiro momento foi dedicada uma reflexão filosófica e conceitual à importância de se tutelar cultura com vistas à promoção da cidadania e da origem europeia da tutela do patrimônio cultural pelo Estado-nação durante a Idade Moderna, fazendo-se apontamentos também sobre a história jurídica brasileira e sobre os tratados internacionais que envolvem o tema.

Diante dessa contextualização, o estudo jurídico situou a revisão do tombamento em duas etapas. Foram enumeradas quais seriam as outras formas de tutela para além do tombamento até que enfim se analisasse o instituto do tombamento em nível federal, passando pela normativa do Estado de São Paulo e do Município de Ribeirão Preto. Essa visão escalonada do instituto permitiu comparar contrariedades e avanços das respectivas tutelas à luz da normativa federal.

<sup>2</sup> O IPHAN (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional) é a autarquia federal vinculada ao Ministério da Cultura incumbida da tutela do patrimônio cultural brasileiro.

Democrático de Direito, passasse a valorizar, proteger e incentivar a diversidade brasileira em todos os tipos de manifestações culturais dos “grupos formadores da sociedade brasileira” (expressão retirada do *caput* do artigo 216 da Constituição Federal de 1988).

Chega-se, assim, à reflexão sobre os procedimentos que compõem o instituto jurídico do tombamento. E, além da questão sobre a finalidade do tombamento em si, o instituto merece uma revisão a par, fundamentalmente, dos princípios da ampla defesa e do contraditório insculpidos no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988 e no artigo 2º da Lei de Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784/ 1999).

Dessa forma, o segundo problema construído no artigo busca repensar os dispositivos do tombamento de maneira que a atuação da Administração Pública possa angariar maior legitimidade dos envolvidos direta e indiretamente pela medida, visando sempre o interesse público à proteção do patrimônio cultural.

## **2 Contextualização histórica do tombamento**

Pode-se dizer que, embora as propostas de leis estaduais e federais anteriores à década de 1930 não tenham alcançado nenhum efeito prático, elas fomentaram uma discussão do conceito de patrimônio histórico-artístico. Isso ganhou maior envergadura com o Anteprojeto de Mário de Andrade de 1936 a favor da diversidade cultural brasileira, mas que foi suplantado com a edição do Decreto-Lei nº 25/1937 durante o Estado Novo.

A Era Vargas foi marcada por um governo centralizador e autoritário. De acordo com Pereira (2009, p. 12), a política do Estado na década de 1930 visava criar uma identidade cultural que gerasse laços histórico-afetivos. Por conseguinte, a diversidade cultural seria pasteurizada a ponto de diminuir os contrastes sociais, criando um símbolo homogêneo de nacionalidade.

Nesse sentido, o efeito jurídico do tombamento criado pelo Decreto-Lei nº 25 de 30 de novembro de 1937 exerceria uma seleção da “herança cultural”, dos bens intitulados de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional de modo a proteger apenas bens materiais e que fossem “memoráveis” e “excepcionais”. Em outras palavras, bens reconhecidos pela ideologia fascista do Estado Novo.

Fernandes (2010, p. 10) pontua ainda que o interesse de segmentos da sociedade pelo patrimônio histórico-artístico e do movimento modernista da década de 1920 apenas impactou o Poder Público, quando este compreendeu a utilidade dos recursos simbólicos à legitimação do Estado Novo (1937-1945).

Para fins de comparação, vale mencionar que no Anteprojeto de Mário de Andrade de 1936, a respeito da tutela do patrimônio histórico e artístico brasileiro, há duas

características visionárias (SILVA, 2002, p. 133): proteção de bens imateriais e abandono da noção de monumentalidade.

A referência a bens imateriais aparece na classificação de bens culturais de arte arqueológica e de arte ameríndia em que se consta a expressão “folclore ameríndio” bem como na categoria arte popular em que também se observa o tema “folclore”. Assim, diferentemente dos tratados internacionais de sua época (Convenções de Haia de 1899 e 1907, Pacto Roerich de 1935 e os projetos da Liga das Nações), o Anteprojeto de Mário de Andrade foi o primeiro a fazer alusão aos bens culturais que não fossem apenas materiais, mas também imateriais.

Já a segunda contribuição do Anteprojeto de Mário de Andrade se refere à quebra da noção de monumentalidade/grandiosidade do bem cultural. Tal afirmativa se depreende nas categorias de artes arqueológica e ameríndia aos inserirem objetos considerados “fetiches; instrumentos de caça, de pesca, de agricultura; objetos de uso doméstico; veículos, indumentária” bem como na categoria de arte popular (“fetiches, cerâmica em geral, indumentária etc.”).

Nesse sentido, o anteprojeto antecipou em trinta anos essas duas tendências que foram discutidas na Carta de Veneza de 1964<sup>3</sup>.

Vale assinalar também que a Constituição Federal de 1988 no *caput* do artigo 216 se coaduna ao Anteprojeto de Mário de Andrade por incorporar ao patrimônio cultural brasileiro bens materiais e imateriais e por afastar o critério de excepcionalidade e monumentalidade (diferentemente do exposto no *caput* do artigo 1º do Decreto-lei nº 25/1937). Determina o dispositivo constitucional:

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

A partir dessa leitura, parece lógico questionar se, passados tantos anos desde a edição do Decreto-lei nº 25/1937, haveria ou não uma necessidade de atualização da norma. Como já adiantado: a atual Constituição Federal de 1988 amplia o rol de objetos a serem tutelados e isso já é um primeiro indicativo da necessidade de mudança.

### **3 Desenho institucional do tombamento federal**

O diagrama abaixo resume os procedimentos que compõem o *processo de tombamento de um bem imóvel privado em nível federal*. Isso, porque para o bem

---

<sup>3</sup> A Carta de Veneza, fruto do II Congresso Internacional de Arquitetos e Técnicos em Monumentos Históricos e patrocinada pela UNESCO, não é um diploma jurídico, porém suas diretrizes repercutiram na conduta profissional de estudiosos ligados à proteção e ao restauro de bens culturais.

público não existe a possibilidade de o proprietário impugnar a notificação (artigo 5º do Decreto-lei nº 25/1937).

Basicamente, qualquer interessado pode propor a abertura do processo de tombamento e após passar pela anuência do parecer do Conselho Consultivo do IPHAN, conforme o artigo 7º do Decreto-lei nº 25/1937<sup>4</sup>, o proprietário é notificado nos termos do artigo 9º<sup>5</sup> dessa normativa.

Importa mencionar que a notificação deve informar o conteúdo mínimo que motiva tecnicamente o tombamento (qual seria o valor cultural a ser tutelado em termos gerais) e quais serão grosso modo as restrições ao exercício da propriedade. A motivação técnica e o quadro de limitações serão exauridos no parecer final do Conselho Consultivo do IPHAN (artigo 9º, item 3).

Ademais, a partir do recebimento da notificação começam a vigorar os efeitos do tombamento provisório (artigo 10<sup>6</sup>) como se fosse uma antecipação dos efeitos da tutela, uma vez que apenas se diferencia do tombamento definitivo porque não é possível realizar, na fase de provisoriedade a inscrição no Livro de Tombo, a averbação matricular e o proprietário não precisa seguir o direito de preferência à alienação pelo Estado nos termos do artigo 13 do Decreto-lei nº 25/1937<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Art. 7º Proceder-se-à ao tombamento voluntário sempre que o proprietário o pedir e a coisa se revestir dos requisitos necessários para constituir parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional, a juízo do Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ou sempre que o mesmo proprietário anuir, por escrito, à notificação, que se lhe fizer, para a inscrição da coisa em qualquer dos Livros do Tombo.

<sup>5</sup> Art. 9º O tombamento compulsório se fará de acordo com o seguinte processo:

1) o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, por seu órgão competente, notificará o proprietário para anuir ao tombamento, dentro do prazo de quinze dias, a contar do recebimento da notificação, ou para, si o quiser impugnar, oferecer dentro do mesmo prazo as razões de sua impugnação.

2) no caso de não haver impugnação dentro do prazo assinado. que é fatal, o diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional mandará por simples despacho que se proceda à inscrição da coisa no competente Livro do Tombo.

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

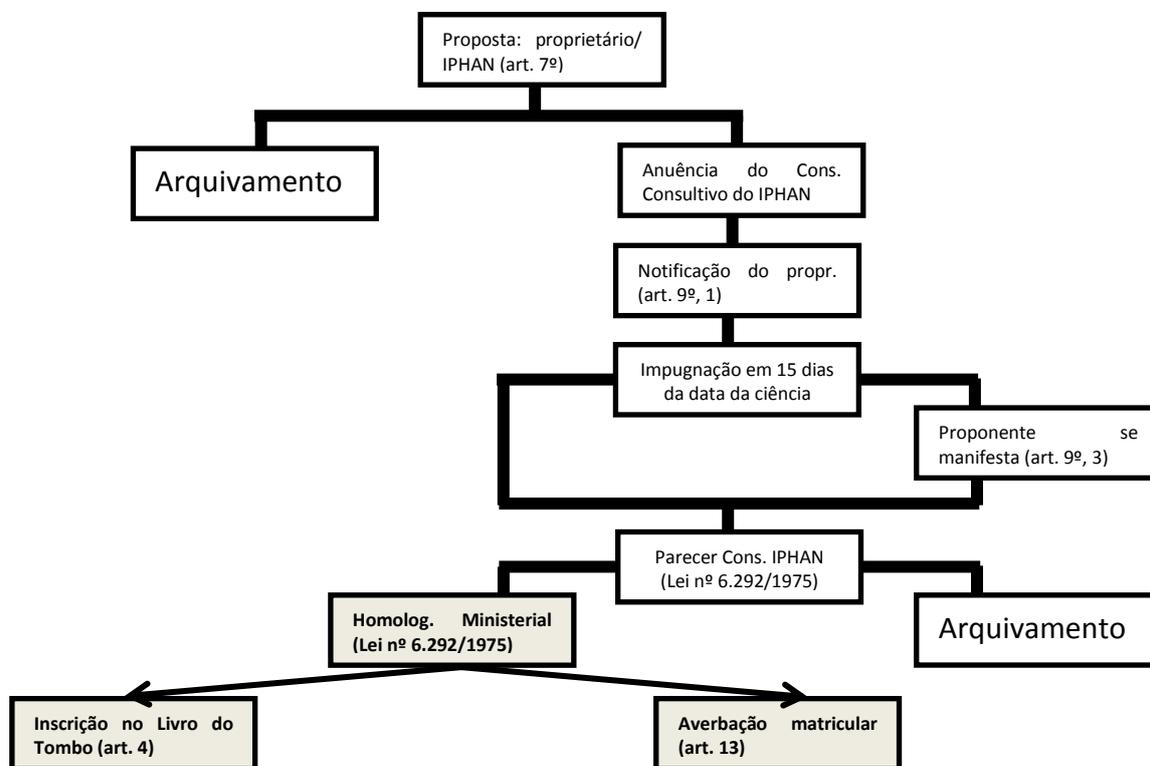
<sup>6</sup> Art. 10. O tombamento dos bens, a que se refere o art. 6º desta lei, será considerado provisório ou definitivo, conforme esteja o respectivo processo iniciado pela notificação ou concluído pela inscrição dos referidos bens no competente Livro do Tombo.

Parágrafo único. Para todas os efeitos, salvo a disposição do art. 13 desta lei, o tombamento provisório se equipará ao definitivo.

<sup>7</sup> Art. 13. O tombamento definitivo dos bens de propriedade particular será, por iniciativa do órgão competente do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, transcrito para os devidos efeitos em livro a cargo dos oficiais do registro de imóveis e averbado ao lado da transcrição do domínio.

§ 1º No caso de transferência de propriedade dos bens de que trata este artigo, deverá o adquirente, dentro do prazo de trinta dias, sob pena de multa de dez por cento sobre o respectivo valor, fazê-la constar do registro, ainda que se trate de transmissão judicial ou *causa mortis*.

Havendo ou não impugnação do proprietário, o artigo 1º da Lei nº 6.292/1975<sup>8</sup> exige a elaboração do parecer final do Conselho Consultivo do IPHAN para que assim o Ministro da Cultura possa homologar ou não a tutela de tombamento, o que resulta no último procedimento do processo. Com a homologação o tombamento se perfaz de acordo com os efeitos do já referido artigo 13 do Decreto-lei nº 25/1937.



Elaboração própria

Para além da aplicação do tombamento, interessa mencionar também duas hipóteses de pedido de cancelamento da medida.

A primeira se refere à hipótese do § 2º do artigo 19 do Decreto-lei nº 25/1937 (o proprietário que não tem condições de empreender “obras de conservação e reparação” ao bem cultural e não é assistido pelo Poder Público, cuja responsabilidade é subsidiária).

§ 2º Na hipótese de deslocação de tais bens, deverá o proprietário, dentro do mesmo prazo e sob pena da mesma multa, inscrevê-los no registro do lugar para que tiverem sido deslocados.

§ 3º A transferência deve ser comunicada pelo adquirente, e a deslocação pelo proprietário, ao Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, dentro do mesmo prazo e sob a mesma pena.

<sup>8</sup> Art. 1º O tombamento de bens no Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), previsto no Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, dependerá de homologação do Ministro de Estado da Educação de Cultura, após parecer do respectivo Conselho Consultivo.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo ao caso de cancelamento a que se refere o § 2º do artigo 19 do Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro 1937.

Já a segunda hipótese trata de um interesse público que esteja em conflito com o dever de proteção à cultura brasileira de acordo com o artigo único do Decreto-lei nº 3.866/1941. Nesse caso, não apenas o Presidente da República pode cancelar o tombamento de ofício como também pode ser provocado.

#### **4 Revisão do desenho institucional do tombamento federal**

O estudo sobre a necessidade de atualização do desenho institucional fixado pela norma geral de tombamento (Decreto-Lei nº 25/1937) se mostra urgente. Afinal, até o momento, o Decreto-Lei nº 25/1937 não passou por uma revisão incisiva, sempre tendo sido recepcionado pelas cartas constitucionais, e são muitas as discussões doutrinárias tanto sobre a natureza e a finalidade da norma quanto sobre a necessidade de uma modificação no conteúdo e no processo.

Ademais, é sabido que a normativa federal serve de espelho às normas estaduais e municipais no que diz respeito ao direito material (NOIA, 2006, p. 75-76), o que reforça ainda mais o argumento sobre a necessidade de atualização do instituto à luz do Estado Democrático de Direito promovido pela Constituição Cidadã de 1988.

Um dos únicos pontos de convergência entre os doutrinadores, como Pires (1994, p. 94), Noia (2006, p. 75) e Rabello (2009, p. 91), diz respeito à mudança conceitual do tombamento em função do artigo 216, *caput*, da Constituição Federal de 1988. De acordo com o *caput* do artigo 1º do Decreto-lei nº 25/1937, os bens de interesse ao tombamento são os de valor histórico-artístico e que sejam monumentais e excepcionais. Essa visão resta superada pela Constituição por instituir como marco o valor cultural (mais abrangente que histórico-artístico por incluir, por exemplo, um valor afetivo ou mesmo um bem natural de interesse social) e que importe na formação da sociedade brasileira (independentemente de ser notável).

Faz-se necessário, portanto, alterar a norma infraconstitucional de acordo com o valor cultural consagrado pela Constituição Federal de 1988.

Quanto ao tombamento dos bens públicos, parte da doutrina, a exemplo de Machado (1986, p. 74) e Pestana (2011, p. 782), é favorável à possibilidade de impugnação pelo proprietário. Essa posição é adotada aqui, pois o ente político pode ter razões contrárias tanto à regularidade processual do tombamento quanto ao conteúdo técnico-político para sua aplicação.

Acredita-se que referida discussão tem maior probabilidade de ocorrer para tombamentos aplicados em bens públicos de diferentes hierarquias. Afinal, é mais provável supor que a decisão política de deferimento do tombamento tende a ser desejada também pelos demais órgãos que compõem a mesma esfera de Poder.

Mas, de qualquer forma, a fim de garantir maior legitimidade ao processo, considera-se necessário abrir espaço também para que o ente político se manifeste sobre a proposta de tombamento.

É válido apontar que o artigo 11 do Decreto-lei nº 25/1937 estabelece uma restrição mais rigorosa à alienação de bem público tombado do que determina a norma civilista (artigo 100 do Código Civil de 2002) por legitimar apenas o cancelamento do tombamento pelo ente que o editou, isso porque se trata de uma relação pública e não privada.

Diante dessa consequência, dá-se mais um argumento para a possibilidade de o proprietário público poder impugnar a medida no curso de seu processo e não apenas em função de um pedido de cancelamento nos termos do Decreto-Lei nº 3.866/1941 ou nos termos do § 2º do artigo 19 do Decreto-lei nº 25/1937.

Aponta-se ainda que, a princípio, o bem público não correria riscos em função da aplicação provisória dos efeitos do tombamento.

Outro ponto controverso trata da possibilidade de determinar um uso específico do bem. Para Rabello (2009, p. 113), a admissão dessa hipótese não é adequada, pois o uso não é um bem material móvel ou imóvel (único objeto do tombamento). Já para Noia (2006, p. 123-124), se o uso específico implicar no sucesso do tombamento, o Poder Público deve intervir de algum modo (desapropriação, incentivo fiscal).

E, para Araujo (2010, p. 185-189), o uso poderia sim ser restringido tanto por ser uma das faculdades do direito de propriedade quanto por poder ser lido como um direito autônomo (como o direito à moradia). Sendo assim, se se admite um rol de medidas sobre o que se deve proteger, gerando uma obrigação negativa, pode-se pensar também que o uso pode implicar diretamente a conservação almejada.

Tem-se que essa questão deve ser resolvida à luz do caso concreto. Sendo o uso uma das expressões do direito de propriedade, é lógico se pensar que, dentre as obrigações negativas definidas pelo tombamento, uma delas possa limitar o uso ideal para conservar o bem.

Assim, se essa medida implicar um prejuízo excessivamente oneroso ao proprietário, o Poder Público pode ser chamado, como explica Noia (2006, p. 123-124), a conferir alguma medida de indenização ou de compensação ou a desapropriar o bem.

No que se concorda com Araújo (2010, p. 185-189), porém, é que não haveria impedimento a princípio de determinar um uso ideal, pois isso pode ser imprescindível à conservação do bem cultural.

No que diz respeito ao tombamento compulsório (de bens particulares), o único momento que o proprietário do bem tem para se manifestar ocorre com o recebimento da notificação do tombamento provisório.

Considera-se essa abertura insuficiente, pois o parecer do Conselho Consultivo é classificado como uma decisão técnica e também política (classificação contrária à de Rabello (2009, p. 60)). Sendo assim o mérito da decisão ultrapassa a identificação do valor cultural do bem para orientar a decisão final do representante político de que o tombamento é a melhor medida dentre as tutelas culturais possíveis<sup>9</sup> (o juízo do Ministro da Cultura serve mais para contrabalançar outros interesses públicos e privados envolvidos do que para gerir o patrimônio cultural – matéria essa que compreende a especificidade do órgão de defesa).

Com base nesse raciocínio, defende-se uma nova abertura do processo ao proprietário para que ele possa se manifestar sobre o conteúdo exaurido do processo, sobre a regularidade processual e também possa demonstrar mais elementos de convencimento à decisão final e eminentemente política do Ministro da Cultura, que assumiria essa responsabilidade com maior legitimidade, pois se intensificou a participação dos interessados.

Pensando na produção de mais elementos técnicos e políticos a fundamentar o processo de tombamento, cabe questionar também até que ponto a decisão do Ministro da Cultura deve estar vinculada ao mérito técnico desenvolvido pelo órgão de defesa, pois o processo em si poderia ser a fonte de fundamentação do representante político e não apenas o parecer do Conselho Consultivo.

De qualquer forma, ainda que se imponha a fundamentação técnica do Conselho, a nova abertura à impugnação pelas partes envolvidas é salutar ao processo a fim de que o Ministro da Cultura consiga contrapor melhor os interesses públicos e privados em uma tomada de decisão mais próxima dos problemas sociais, econômicos, políticos relativos à conservação do bem cultural.

Outra leitura que pode ser acrescentada à discussão sobre a possibilidade ou não de impugnação ao parecer final do Conselho Consultivo do IPHAN se orienta em torno dos princípios do processo administrativo.

---

<sup>9</sup> O artigo 216, § 1º da Constituição Federal de 1988 determina que o Poder Público com a colaboração da sociedade civil protegerá o patrimônio cultural por meio de institutos específicos e por meio de outras formas de tutela. São tutelas nominadas: inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação. Já entre as tutelas inominadas, Soares (2009, p. 336-370) vislumbra medidas preventivas, restritivas e punitivas para que se conserve e promova o patrimônio cultural por meio de iniciativas dos Poderes Legislativo (elaboração de leis com efeitos semelhantes ao tombamento), Executivo (Estatuto da Cidade/ Lei nº 10.257/2001, tutela da paisagem cultural brasileira pela Portaria nº 127/2009 do IPHAN), e Judiciário (Termo de Ajustamento de Conduta, Ação Civil Pública, Ação Popular).

Segundo Rabello (2009, p. 67), o processo administrativo não é regido pelos mesmos princípios do processo judicial (que deflui da resistência à satisfação de um direito alegado quando contencioso). Mesmo que haja pessoas de direito público e de direito privado, na relação judicial as partes estão em posição de igualdade. A prestação judicial do Estado objetiva sanar a lide entre as partes, decidindo sobre o direito controverso.

*A priori*, no processo administrativo do tombamento não há lide, um direito a ser resistido pela outra parte, logo, não há contraditório. O objetivo do processo administrativo é avaliar se existe interesse público em tomar o bem, restringindo os direitos de propriedade. O titular do bem pode se opor ou não à medida, ou seja, o processo administrativo não nasce de um conflito de interesses, mas da obrigação de tutela de cultura pelo Estado (RABELLO, 2009, p. 67).

Dessa forma, a impugnação ao tombamento pelo proprietário é lida por Rabello (2009, p. 67) não como uma contestação, mas sim como uma forma de recurso administrativo.

A natureza da peça processual da contestação do processo judicial é diversa da do processo administrativo também. Na contestação, o réu apresenta a sua defesa com base na manifestação do direito pretendido pelo autor, verifica-se assim uma disputa de interesses. Já na impugnação do tombamento, não há uma disputa de direitos, mas sim um interesse público maior no processo que é a defesa ao patrimônio cultural (imposição de um princípio constitucional).

Por isso, a fundamentação do proprietário se direciona à legalidade e à legitimidade do tombamento com vistas ao interesse público. Não é cabível, portanto, a argumentação a favor do exercício absoluto do direito individual à propriedade.

Nesse sentido, Rabello (2009, p. 68) afirma que a notificação do Decreto-Lei nº 25/1937 não aduz ao princípio do contraditório, mas confere as condições (legitimidade, direito, prazo) para o proprietário recorrer. Este é o único recurso previsto na lei.

E mais, para Rabello (2009, p. 69) a notificação do proprietário não é uma medida de publicidade do ato administrativo (é apenas a oportunidade para especificamente ele apresentar recurso), que é feita por órgão oficial de divulgação na etapa de registro na matrícula.

São objetivos da notificação: iniciar o prazo de recurso do proprietário e fixar o tombamento provisório. Rabello (2009, p. 70), entende que a falta de notificação não implica em nulidade do ato de tombamento se puder ser sanável e houver erro justificável pela Administração (o proprietário não atualizou a sua correspondência,

por exemplo). Já a ausência de notificação eficaz impede que os efeitos do tombamento provisório transcorram.

Entretanto, contrapondo-se à Rabello (2009), Pestana (2011, p. 781) afirma que a natureza de impugnação ao tombamento compulsório é de contestação. Por isso, em relação ao artigo 9º do Decreto-Lei nº 25/1937, aplica-se de modo complementar a normativa federal do processo administrativo (Lei nº 9.784/1999) sem afastar a garantia à ampla defesa e ao devido processo legal pelo artigo 5º, inciso LV da CF/1988.

No que se refere à Lei nº 9.784/1999, que regulamenta o processo administrativo da Administração Pública Federal, o *caput* do artigo 2º se destaca justamente por inserir os princípios da ampla defesa e do contraditório e o *caput* do artigo 56 por mencionar a possibilidade de o administrado suscitar não apenas questão de legalidade da medida aplicada, mas também de mérito (o que seria uma possibilidade de o administrado comprovar que o seu bem não garante um valor cultural).

Pestana (2011, p. 781) critica veementemente a inviabilidade de interpor-se recurso à decisão do Conselho Consultivo (conforme dispõe o item 3 do artigo 9º do Decreto-Lei nº 25/1937). Essa decisão terminativa do processo administrativo violaria, por assim dizer, o Estado Democrático de Direito, pois tal decisão pode desencadear uma restrição de direito. A contestação asseguraria, assim, um melhor debate sobre os interesses suscitados pela medida.

Seguindo o mesmo entendimento de Pestana (2011), Noia (2006, p. 82) aponta que a inscrição do tombamento nasce de um processo administrativo, pois é um instrumento que tem implicações diretas no direito fundamental da propriedade.

Logo, a fim de assegurar o interesse do administrado, os princípios do contraditório, da publicidade e do devido processo legal devem ser seguidos pela Administração Pública Indireta (a autarquia de proteção ao patrimônio cultural).

O artigo 18 do Decreto-lei nº 25/1937 é mais um dispositivo que desperta bastante discussão doutrinária sobre a necessidade ou não de mudança. Trata-se dos efeitos do tombamento à vizinhança do bem tombado.

O primeiro ponto de discussão se refere ao conceito de vizinhança/entorno. Alinha-se à posição de que esse conceito deve ser construído conforme a especificidade do caso. Por mais que Marchesan (2010, p. 118-119) pense com cautela ao defender um patamar mínimo à característica da área de proteção do entorno, esse problema é lido como essencialmente técnico e casuístico, o que fugiria da seara da lei ao prever uma norma geral e abstrata sobre o tema.

Sendo assim, considera-se a norma atual satisfatória sobre esse ponto por deixar em aberto o que seria “vizinhança”.

Contudo, um ponto que merece revisão no dispositivo se refere ao efeito do tombamento à vizinhança: o conceito de visibilidade.

Concorda-se com Marchesan (2010, p. 122-123) que esse conceito de visibilidade não está mais adstrito apenas a uma limitação visual, pois outros fatores (mobilidade urbana, construções ao redor, poluição sonora) podem interferir na conservação satisfatória do bem tombado. Logo, o conceito se ampliou para “ambiência”, termo esse que remete a ideia de contextualizar o bem nas diversas características ambientais do seu espaço e que possam influir em sua conservação.

Nesse sentido, a norma precisa de uma atualização para que preveja mais elementos para fundamentar a decisão administrativa (MARCHESAN, 2010, p. 120). Afinal, o parâmetro atual se destina apenas à limitação visual da norma (construções, anúncios e cartazes).

O assunto dos efeitos ao entorno do bem tombado é tumultuado na discussão doutrinária especialmente porque a norma não prevê de modo expreso a possibilidade de notificação e impugnação pelo entorno.

Para Rabello (2009, p. 69), sendo o direito de petição uma garantia constitucional (artigo 5º, inciso XXXIV, alínea a), a omissão do Decreto-lei nº 25/1937 sobre notificação e impugnação da vizinhança não seria um problema em si.

Posição essa rebatida, pois como os efeitos ao entorno do bem tombado geram uma limitação administrativa *sui generis* ao exercício das respectivas propriedades, também se considera importante notificar esses proprietários, abrindo prazo para também impugnarem a proposta de tombamento a fim de gerar maior envolvimento da comunidade atingida pela medida e que tem, conseqüentemente, interesse pelo valor cultural identificado no bem.

Apesar de a notificação não representar o parecer final do Conselho, com a fundamentação exauriente sobre o mérito do tombamento, é importante que contenha as diretrizes técnicas básicas que norteiam a abertura do processo de tombamento. Logo, se há necessidade de delimitar efeitos ao entorno, é esperado assim que a notificação apresente quais seriam os bens que comporiam o “entorno cultural” do bem tombado.

Dessa forma, esclarece-se melhor que os efeitos ao entorno do bem tombado começariam a partir do tombamento provisório (notificação), medida essa emergencial a ser ratificada pelo tombamento definitivo (inscrição no Livro do Tombo). E, para conferir efeitos a terceiros, principalmente em vista de futuros adquirentes,

interessa também tornar obrigatória a averbação do tombamento aos bens que compõem o entorno do bem tombado.

Por fim, sobre o direito de preferência (artigo 22 do Decreto-lei nº 25/1937), concorda-se com a posição de Machado (1986, p. 91) sobre a necessidade de ampliar o prazo para os três entes políticos poderem se manifestar.

O direito de preempção é exercido pelos três entes políticos na seguinte ordem conforme o *caput* do artigo 22 do Decreto-Lei nº 25/1937: União, Estados e Municípios. Esse direito deve ser conferido, portanto, aos três entes e não somente ao ente que determinou o tombamento, por exemplo.

O que Machado (1986, p. 91) critica é o curto prazo (30 dias), segundo o §1º, que os três entes políticos têm a exercer tal direito. Isso, porque essa decisão deve passar antes pelo crivo de um órgão técnico colegiado. Diz o autor:

O prazo previsto na lei não foi feliz. Trinta dias para exercer a preempção ou preferência é tempo muito curto, uma vez que notificados os titulares da preferência, estes passarão o exame do caso para o órgão do defensor do patrimônio cultural que, em geral, sendo de natureza colegiada, não pode decidir de imediato.

Nesse sentido, ao se avaliar que os três entes políticos têm características de gestão complexas, o prazo de 30 dias que a norma confere ao exercício do direito de preempção tende a ser insuficiente.

Em suma, estes são os pontos principais de discussão da normativa federal:

- 1) Mudança conceitual do tombamento;
- 2) Possibilidade de impugnação pelos proprietários de bens públicos;
- 3) Possibilidade de haver tombamento de uso específico;
- 4) Possibilidade de impugnação do parecer do órgão administrativo de defesa do patrimônio cultural por todos os interessados (proprietário do bem tombado, dos bens que compõem a vizinhança etc.) por entender essa decisão como política e não apenas técnica;
- 5) Entorno do bem tombado:
  - a. Mudança conceitual de visibilidade: patamar mínimo e visibilidade/ambiência;
  - b. Obrigatoriedade de notificação a fim de conferir prazo para impugnação;
  - c. Obrigatoriedade da averbação nos registros das matrículas;
- 6) Ampliação do prazo para o exercício do direito de preferência.

Além da necessidade da matéria ao Direito Administrativo (tendo em mente que o tombamento é um instituto típico do Direito Administrativo, pois representa uma ferramenta de aplicação prioritária pelo Executivo), considera-se também imprescindível que a normativa se atente a outras repercussões no ordenamento jurídico em especial para o que se refere o Direito Urbanístico.

Em uma leitura conjunta ao Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), a gestão do patrimônio cultural está intimamente relacionada ao planejamento público. Afinal, como observa Rabello (2010, p. 38), o espaço da cidade pode confluir mais de um interesse entre os órgãos da esfera municipal bem como interesses distintos e legítimos entre todas as esferas de poder. Diz o autor citado (2010, p. 38):

O Estatuto da Cidade reacendeu em todos quantos lidam com a administração pública urbana a preocupação de se estabelecer, de modo mais claro, os níveis e o âmbito de competência executiva de gestão do planejamento urbano e da proteção do patrimônio cultural brasileiro. Ter clareza sobre a extensão da competência de atuação de órgãos públicos é tarefa difícil, mesmo quando diz respeito à administração desses interesses dentro do mesmo nível de administração governamental. Há, muitas vezes, sobreposição de atuação de órgãos encarregados de cuidar desses interesses, que, embora provenientes de competências diversas, tratam, atuam ou recaem sobre um mesmo objeto, como é o caso das cidades.

Por isso, o administrador público deve estar ciente dessa complexidade para viabilizar uma gestão pública mais transparente, estimulando o exercício da cidadania pela população.

Sobre proteção do patrimônio cultural, o artigo 2º, inciso XII do Estatuto da Cidade elenca de início o tema como de interesse à elaboração da política urbana das cidades:

XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico.

Observa-se ainda que o objeto de proteção cultural tratado pelo Estatuto da Cidade diz respeito a núcleos e sítios urbanos. Assim, em caso de sobreposições de interesse dos entes públicos, a norma emitida por ente hierarquicamente superior só prevalecerá se houver incompatibilidade/conflito de normas de acordo com o artigo 24, § 4º (superioridade da competência federal) e com o artigo 30 (preferência da competência municipal para assuntos locais) da Constituição Federal de 1988.

Já sobre medidas de restrição à propriedade com vistas à proteção do meio ambiente e da cultura (a exemplo do tombamento), o artigo 35, inciso II do Estatuto da Cidade é sensivelmente relevante.

Diz o dispositivo que o proprietário do imóvel de referência cultural pode alienar ou exercer em outro espaço o seu direito de construir desde que autorizado por lei

municipal. Essa é uma novidade conceitual, pois assevera Rabello (2010, p. 47) que o direito de construir sempre foi considerado uma expectativa de direito pela jurisprudência brasileira.

É notório que a transferência do direito de construir se orienta apenas por uma regulamentação municipal. Para tanto, o Município deve ter um plano diretor ou uma legislação urbanística que delimite os índices mínimos e máximos de construção conforme cada zona de similaridade social, ambiental, econômica a fim de propiciar um desenvolvimento equilibrado por toda a cidade.

Nesse sentido, o proprietário do bem tombado poderá usar em benefício próprio ou alienar o potencial construtivo (que corresponde a diferença entre o limite máximo e o mínimo de construção, pois o Município não onera o empreendedor até o limite mínimo, conhecido como “coeficiente de aproveitamento básico”), observando-se sempre o zoneamento do terreno pretendido, já que cada zona pode ter uma configuração própria de ocupação, uso e parcelamento do solo.

Tal transferência é muitas vezes preferida ao pedido de indenização pelo proprietário em desfavor do órgão de conservação do patrimônio (que é um processo judicial que tende a ser mais demorado, caro e que exige perícias técnicas).

Salienta Gasparini (2010, p. 151) que:

Na teoria, este instrumento é de fácil aplicação e resolveria, de forma bastante satisfatória, o desconforto de se ter um imóvel tombado. O proprietário venderia o potencial de construção que não pode utilizar e seria, assim, ressarcido pela desvalorização econômica de seu imóvel. A Administração Pública, por sua vez, estaria isenta do pagamento de eventual indenização, pois, com a transferência do direito de construir, o proprietário não poderia alegar nenhum tipo de desvalorização econômica que a justificasse, pelo menos em tese.

Ou seja, há ainda mais uma vantagem da transferência do direito de construir em relação à indenização: não há gastos para o Poder Público.

Baseando-se no princípio da igualdade, pode-se estender a possibilidade de transferência do direito de construir aos imóveis vizinhos do bem tombado que estejam impedidos de construir em razão da conservação do ambiente cultural.

Explica Saboya (2008) que o instituto da transferência do direito de construir pode concorrer pelas leis do mercado financeiro com outro instituto também previsto no Estatuto da Cidade: a outorga onerosa do direito de construir (artigo 28 e seguintes). Neste caso, a outorga é administrada pelo Executivo Municipal e pode funcionar como um meio de controle da especulação imobiliária bem como do preço da transferência.

Porém, caso o proprietário não consiga dispor de seu potencial de construção ou não tenha interesse em permanecer com o imóvel tombado, existe a possibilidade de doá-lo categoricamente ao Poder Público nos moldes do § 1º do artigo 35 combinado com o inciso II do mesmo artigo do Estatuto da Cidade. Explica Gasparini (2010, p. 152) que o Poder Público é obrigado a aceitar a doação, pois este conferiu interesse público na conservação do bem.

Um ponto curioso do Estatuto da Cidade em relação à tutela do patrimônio cultural trata do direito de preempção (artigo 25 e seguintes). À semelhança do artigo 22 do Decreto-lei nº 25, o proprietário de imóvel localizado em uma zona de interesse à “proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico” (artigo 26, inciso VIII do Estatuto da Cidade) pode ser obrigado ao exercício da preempção pelo Município por um prazo não superior a cinco anos (artigo 25, § 1º).

A preempção pelo Estatuto da Cidade se diferencia da pelo Decreto-lei nº 25/1937 em dois aspectos: o Estatuto da Cidade se refere à delimitação de uma área e não de um imóvel específico e também condiciona o direito apenas em benefício do Município e não a todos os entes políticos (em ordem direta: União, Estados e Municípios).

Como última observação do Estatuto da Cidade, vale a pena mencionar a obrigatoriedade de certos empreendimentos em realizarem o Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV) - artigos 36 a 38. Trata-se de um estudo do diagnóstico da área (análise sobre os efeitos da obra, como a repercussão no patrimônio cultural) e que auxilia na avaliação sobre a viabilidade ou não da obra (ou seja, na ponderação entre valores públicos e privados).

Vê-se assim que o Estatuto da Cidade reforça o planejamento urbano como diretriz imprescindível de governança de um Município, o que inclui a gestão do patrimônio cultural, e apresenta uma nova perspectiva à atualização do tombamento: a transferência do direito de construir (uma nova possibilidade de conciliar os interesses públicos e privados sobre a utilização do terreno em que se situa o bem tombado ou tão somente de relevância cultural).

Nesse sentido são positivos, por exemplo, da Lei Complementar do Município de Ribeirão Preto nº 2.211/2007: os artigos 37 (dever do órgão administrativo de defesa do patrimônio cultural em participar das comissões de estudos encarregadas do planejamento de políticas urbanas – norma que remete aos elementos da política urbana pelo artigo 2º, inciso XII do Estatuto da Cidade) e 41 (sobre transferência do direito de construir – norma prevista no artigo 35 do Estatuto da Cidade).

## **5 Conclusão**

Com as considerações tecidas até agora, buscou-se demonstrar a necessidade de uma revisão geral do tombamento: a começar pela sua finalidade a fim de que compreenda

a tutela de toda a diversidade da cultura brasileira, passando pelo rito processual em busca de uma maior legitimidade perante os envolvidos direta e indiretamente por meio dos princípios constitucionais e administrativos da ampla defesa e do contraditório.

Ademais, é importante ponderar também que, apesar de o tombamento ser um instituto consolidado no ordenamento jurídico brasileiro, não é o único instrumento de proteção à cultura.

Nesse sentido, a aplicação do tombamento deve ser cautelosa, pois de fato gera restrições ao exercício da propriedade. Diferentemente da desapropriação, o titular do bem tombado continua com seu domínio, mas, em obediência ao interesse público pelo valor cultural identificado no bem, deve seguir algumas limitações aos direitos de uso, fruição e disposição do título.

Não necessariamente as limitações implicam um prejuízo financeiro, já que o ordenamento prevê medidas de estímulo à conservação do bem tombado (incentivo fiscal, programas de fomento) como também medidas de compensação (indenização judicial, alienação do potencial construtivo impedido de ser usado), porém não se pode ignorar que o tombamento gera uma responsabilidade maior ao proprietário e, nesse raciocínio, mais inconveniente a ele.

O tombamento não é um mal em si mesmo. É premente que se desenvolva no Brasil uma consciência a favor da conservação do nosso patrimônio cultural, e isso tem reflexos à aceitação ou não do tombamento pelo proprietário. Porém, a aplicação do tombamento não deve ser pensada fora de uma política estratégica, conseguindo avaliar e ponderar os interesses envolvidos e as consequências dos instrumentos de gestão pública.

A configuração do instituto do tombamento merece uma atualização e é necessário tanto promover a educação patrimonial quanto consolidar a aplicação do tombamento de forma integrada aos demais elementos de tutela que compõem a gestão pública à Cultura.

## **6 Referências bibliográficas**

ANTEPROJETO de Mário de Andrade para a criação do Serviço do Patrimônio Artístico Nacional de 1936. *Revista do IPHAN*, n. 30, 2002.

ARAUJO, Marinella Machado. Tombamento de uso na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coord.). *Revistando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

FERNANDES, José Ricardo Oriá. *Muito antes do SPHAN: a política de patrimônio histórico no Brasil (1838-1937)*. 2010. Disponível em:

[www.culturadigital.br/politicaculturalcasaderuibarbosa/files/2010/09/18-JOS%C3%89-RICARDO-ORI%C3%81-FERNANDES.1.pdf](http://www.culturadigital.br/politicaculturalcasaderuibarbosa/files/2010/09/18-JOS%C3%89-RICARDO-ORI%C3%81-FERNANDES.1.pdf). Acesso em 03 dez. 2014.

GASPARINI, Audrey. Tombamento e transferência do direito de construir. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coord.). *Revistando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Ação Civil Pública* (Ambiente; Consumidor; Patrimônio Cultural) Tombamento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. A preservação do futuro através do passado: o entorno dos bens tombados na legislação brasileira. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coord.). *Revistando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

NOIA, Fernanda da Cruz. *Efeitos do Tombamento sobre a Propriedade Privada*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Direito do Estado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

PEREIRA, Julia Wagner. *O tombamento: de instrumento a processo na construção de narrativas da nação*. Dissertação (Mestrado em Museologia e Patrimônio) – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro; MAST, Rio de Janeiro, 2009.

PESTANA, Márcio. Tombamento no Brasil: Questões Polêmicas. In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (coord.). *Direito Imobiliário Brasileiro*. São Paulo: QuartierLatin, 2011.

RABELLO, Sonia. *O Estado na preservação dos bens culturais: o tombamento*. Rio de Janeiro: IPHAN, 2009.

RABELLO, Sonia. Tombamento e legislação urbanística: competência e gestão. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (coord.). *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SABOYA, Fernando. *Transferência do Direito de Construir*. 29 de junho de 2008. Disponível em [www.urbanidades.arq.br/2008/06/transferencia-do-direito-de-construir](http://www.urbanidades.arq.br/2008/06/transferencia-do-direito-de-construir). Acesso em 23 abr. 2014.

SILVA, Fernando Fernandes da. Mário de Andrade e o Anteprojeto ainda atual. *Revista do IPHAN*, n. 30, 2002.

SOARES, Inês Virgínia Prado. *Direito ao (do) patrimônio cultural brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.