

## **O tombamento, o plano diretor e o zoneamento paulistano**

**Marcio Pestana <sup>1</sup>**

Temos observado que na capital paulista está se tornando frequente os proprietários de imóveis situados em vilas, resguardarem-se da volúpia edificatória que vive o município de São Paulo, mediante a provocação de tombamento.

Tal provavelmente se dê em razão das disposições constantes do Plano Diretor e da Lei de Zoneamento do município, as quais, em conjunto, incrementaram indubitavelmente, as possibilidades de aproveitamento do solo urbano, em algumas situações colocando em risco edificações e recantos de elevado valor arquitetônico, estético, artístico, histórico etc.

O tombamento, como se sabe, é um instrumento jurídico valioso que se coloca ao alcance da população, para o fim de impedir que determinados bens venham a ser modificados ou mesmo destruídos, vez que dotados de atributos especiais e diferenciados.

### **1. O tombamento da Constituição Federal**

A Constituição Federal brasileira determina que o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, apoiando e incentivando a valorização e a difusão das manifestações culturais (art. 215, da CF).

Constitui-se patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, que, a rigor do art. 216,

- 
- <sup>1</sup> Advogado e titular do escritório “Pestana e Villasbôas Arruda – Advogados”
  - Presidente da Comissão Permanente de Estudos de Políticas e Mídias Sociais do IASP – Instituto dos Advogados de São Paulo.
  - Ex-membro do Conselho de Gestão da Secretaria de Infraestrutura e Obras da Prefeitura Municipal de São Paulo.
  - Ex-Membro do Conselho Gestor do Programa de Parcerias Público-Privadas – PPP, do Estado de São Paulo.
  - Ex-Membro do Conselho Diretor do Programa Estadual de Desestatização – PED, do Estado de São Paulo.
  - Mestre e Doutor em Direito do Estado, pela Faculdade de Direito da PUC/SP.
  - Professor Titular de Direito Administrativo, da Faculdade de Direito da FAAP.

da Constituição Federal, também incluem: (i) as formas de expressão; (ii) os modos de criar, fazer e viver; (iii) as criações científicas, artísticas e tecnológicas; (iv) as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; (v) os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Ainda por força da determinação constitucional, observa-se competir ao Poder Público, com a colaboração da coletividade, a promoção e a proteção do patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, assim como através de outras formas de acautelamento e preservação.

A competência, no Brasil, para legislar sobre tombamento é concorrente entre a União, Estados federados e o Distrito Federal, conforme assim determina o art. 24, VII, da Constituição Federal. As *normas gerais* que regem a matéria no plano nacional alojam-se, fundamentalmente, no Decreto-lei nº 25/1937, complementado pelo Decreto-lei nº 2.809/1940, pelo Decreto-lei nº 3.866/1941 e pela Lei nº 6.292/1975, cujos dispositivos, predominantemente, foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988.

Os Estados federados e o Distrito Federal, por sua vez, deverão contar com legislação própria disciplinadora do tombamento sob sua competência, dispondo, portanto, suplementarmente, acerca da maneira como poderá ser realizado o tombamento correspondente e, inclusive para, a partir de tal conjunto normativo, estabelecer relação jurídica válida e eficaz entre si, o objeto e seu proprietário, disciplinando os direitos, deveres e sanções correspondentes.

Como se observa, os municípios não possuem competência legiferante estrita sobre tombamento, não obstante disponham de competência suplementar a respeito; entretanto a eles compete – aliás, juntamente com todas as demais pessoas políticas de direito constitucional interno – implementar, concretamente, o tombamento e proteger os bens tombados, impedindo a sua evasão, destruição ou descaracterização, conforme assim determina o art. 23, III e IV, da Constituição Federal, sendo ainda especificamente endereçado ao Poder Executivo municipal a especial determinação constitucional para que este promova “(...) a *proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual*”, a rigor do inciso IX, do art. 30, da Constituição Federal.

Sob o aspecto subjetivo, observa-se que, no plano federal, atualmente o país conta com o Iphan – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional; no plano estadual, cada estado federado em regra possui seu ente correspondente, caso do Condephaat – Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico Arqueológico, Artístico e Turístico, no Estado de São Paulo; nos municípios de maior expressão ou onde a preservação de bens culturais seja uma das suas prioridades públicas, há, também, os institutos, órgãos ou entidades correspondentes, caso do Conpresp – Conselho Municipal de Preservação do Patrimônio Histórico, Cultural e Ambiental da Cidade de São Paulo.

## 2. Tombamento: conceito

Tombamento, para nós, é o ato administrativo, através do qual a autoridade para tanto competente, após a instalação, desenvolvimento e conclusão de um processo administrativo, atribui a um determinado bem, móvel ou imóvel, mediante inscrição no livro próprio, determinadas restrições ao direito de propriedade, em virtude de nele reconhecer e declarar atributos consistentes na materialização de valores relevantes para o homem e para a coletividade, sejam históricos, culturais, paisagísticos, científicos, turísticos, arqueológicos, ambientais, artísticos etc., e que, para o próprio interesse público, exijam a sua conservação e manutenção, sob a fiscalização e supervisão do poder público.

Trata-se da *crystalização* jurídica, com repercussões na realidade, envolvendo um bem, no seu todo ou no conjunto de unidades que, integradas, compõem um todo harmonioso, num determinado átimo, cindindo, como se possível fosse, o binômio passado-futuro, com o propósito confesso de conservá-lo para a posterioridade, como objeto paradigmático de reflexão do passado para caminhar para o futuro, dado os valores relevantes que porta e representa para aquela coletividade particular ou genericamente considerada.

## 3. O motivo do tombamento

É indiscutível que dificuldades frequentes ocorrem em saber-se se um determinado bem é ou não passível de tombamento. Se, efetivamente, possui um valor histórico relevante ou se trata, mais, de um bem com passado na memória afetiva de alguns poucos ou que atende ao sabor arquitetônico de outros tantos; se possui valor estético ou se nada mais é do que a exteriorização de um movimento artístico que não prosperou e não teve maior repercussão. Isso porque a expressão constitucional delimitadora dos domínios do objeto a ser tombado revela imprecisão e dificuldade de compreensão acerca do seu conteúdo e precisa extensão (*portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira*). À evidência, aqui se instala a polêmica, e o desatar não é simples, sobretudo com preocupações jurídicas.

Transitamos, nitidamente, pelos domínios dos *objetos culturais*, plenos de valores e passíveis de serem identificados e segregados num certo lapso e num certo espaço.<sup>2</sup> Sendo assim, admitem diversos *olhares*, com diversos *sistemas de referência*, encontrando terreno fértil para o polêmico, para o contraditório, para o confronto.

A solução, em regra, é ouvir-se a recomendação e a opinião aprofundada dos *experts*, normalmente em comissão; e, ato contínuo, ainda no âmbito do processo administrativo de tombamento, tomar-se a decisão, igualmente

---

<sup>2</sup> Marcio Pestana, *A Prova no Processo Administrativo-Tributário*, p. 79-80.

colegiada, por votação, cabendo um voto a cada um dos membros da comissão votante.<sup>3</sup> Se a recomendação dos doutos for pelo não tombamento do bem em questão, em regra, não haverá motivos para a deliberação ser tomada em sentido contrário, salvo se a recomendação contiver vícios de prejudicialidade manifestos, quando os membros do conselho poderão determinar o refazimento dos estudos e laudos correspondentes para ulterior reapreciação.

Poderá, como se disse, haver a deliberação pelo tombamento, decisão essa colegiada, o que admitirá ser tomada por maioria, de acordo com os estatutos da entidade o que a respeito dispuser. Nela deverá constar, necessariamente, sob pena de nulidade, o fundamento justificador da decisão tomada, inclusive para melhor permitir o subsequente controle.

#### **4. As espécies de tombamento**

Preocupando-se, nas presentes considerações, sobre o tombamento regrado pelo Decreto-lei nº 25/1937, não obstante indiscutivelmente adequadas sobre as iniciativas de peculiar interesse (municipais) e regionais (estaduais), observa-se que o normativo distingue as seguintes espécies de tombamento: voluntário ou compulsório e de ofício.

##### **a) Tombamento voluntário ou compulsório**

O tombamento poderá ser voluntário ou compulsório. Tal classificação tem o pressuposto de que o bem em questão seja de propriedade de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas de direito privado, levando em consideração o aspecto subjetivo da aquiescência do seu titular em concordar ou discordar do tombamento que se pretenda atribuir a um determinado bem.

No tombamento voluntário o proprietário solicita o tombamento, caso a coisa se revista dos requisitos necessários para constituir parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional, a juízo do Conselho Consultivo do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ou o mesmo proprietário limita-se a anuir, por escrito, logo, sem apresentar qualquer oposição, à notificação, que se lhe fizer, para a inscrição da coisa em qualquer dos Livros do Tombo, a rigor do art. 7º, do Decreto-lei nº 25/1937. Há, como se observa, o traço marcante da concordância incondicional com o tombamento em questão, inclusive no que se refere à intensidade das restrições que lhe são impostas, afetando o direito de propriedade correspondente.

Diferentemente se passa no tombamento considerado da espécie compulsória. Neste, o proprietário se recusa a anuir à inscrição da coisa ou, ao menos, em relação a parte das restrições que pretendem lhe ser impostas. Aqui, no compulsório, instala-se o devido processo legal, assegurado o amplo exercício do direito de defesa ao proprietário do bem em questão.

---

<sup>3</sup> No caso nacional, pelo Conselho Consultivo do Serviço, hoje, Instituto, do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, a rigor dos arts. 7º e 9º, do Decreto-lei nº 25/1937.

Em traço sumário, no plano federal e sob os auspícios do Decreto-lei nº 25/1937, o processo administrativo instala-se a partir de provocação proveniente do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional que, através do seu órgão competente, notificará o proprietário para anuir ao tombamento, dentro do prazo de 15 dias, a contar do recebimento da notificação, ou para oferecer as razões de sua impugnação; no caso de não haver impugnação, o diretor do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional mandará por simples despacho que se proceda à inscrição da coisa no competente Livro do Tombo; se a impugnação for oferecida, far-se-á vista da mesma, dentro de outros 15 dias, ao órgão de que houver emanado a iniciativa do tombamento, a fim de sustentá-la. Em seguida, independentemente de custas, será o processo remetido ao Conselho Consultivo do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que proferirá decisão a respeito, dentro do prazo de 60 dias, a contar do seu recebimento.

O tratamento *parcimonioso* dispensado pelo Decreto-lei nº 25/1937 no tocante à instrução da impugnação e às possibilidades de exercício do direito de defesa por parte do administrado admite a aplicação, complementar, dos comandos instalados na Lei nº 9.784/1999, que trata do processo administrativo no plano federal, de maneira que o administrado, insatisfeito com a pretensão *tombante*, possa, nos domínios administrativos, fazer valer, em sua plenitude, o exercício dos direitos que lhe são assegurados no devido processo legal administrativo, conforme assim lhe assegura o art. 5º, LV, da Constituição Federal, sobretudo, no ponto, o direito relativo à produção de todos os meios de prova em direito admitidos.

Incômoda, neste sentido, para não dizer desconforme à Constituição Federal, a determinação terminativa do processo administrativo da espécie compulsória, que selara os destinos do tombamento em questão, com a decisão tomada pelo Conselho Consultivo do Instituto, dali não cabendo recurso, conforme assim determina o art. 9º, do Decreto-lei nº 25/1937.

Decisões tomadas em uma só instância, ainda que em regime colegiado, em que há juízos de valor de difícil delimitação, sobretudo com os característicos que lhe são inerentes da *bipolaridade* e da *implicação*, não sujeitas a qualquer revisão, não se harmonizam com o Estado Democrático de Direito e com o saudável proceder de confrontação de princípios e valores levados a cotejamento, para definição daquele que deverá prevalecer – em sacrifício daquele outro – em obséquio ao caso concretamente considerado, dialética essa que reclama, para segurança jurídica, a necessária revisibilidade.

## **b) Tombamento de ofício**

O tombamento dos bens pertencentes à União, aos Estados e aos Municípios se fará de ofício, por ordem do diretor do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, sendo notificado à entidade a quem pertencer, ou sob cuja guarda estiver a coisa tombada, a fim de produzir os necessários efeitos (art. 5º, do Decreto-lei nº 25/1937).

Essa espécie de tombamento, da maneira como foi disciplinada pelo Decreto-lei nº 25/1937, não se harmoniza com a disposição constitucional brasileira acerca do tombamento, nem com os demais princípios e disposições do direito constitucional contemporâneo.

Realmente, com essa disposição, de pronto o tombamento de ofício estabelece relação imprópria de submissão envolvendo entes públicos ao diretor do Instituto, vez inexistir fundamento jurídico correspondente; faz tábula rasa da determinação constitucional de que, a todos compete proteger o patrimônio cultural brasileiro, e não somente a esse Instituto; desconhece a possibilidade, efetivamente real, de haver divergências envolvendo o tombamento de um determinado bem, podendo instalar-se um *contraditório* entre entidades públicas interessadas em tomar e não tomar, sob os auspícios do devido processo legal; logo, nega-lhes a possibilidade de exercício do devido processo legal ou do benefício do desfrute do princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, a todos assegurado, na Carta Constitucional, inclusive, mas não se limitando às entidades políticas brasileiras; enfim, discrepa da atual ordem constitucional, razão pela qual entendemos que, caso o tombamento atinja bens de pessoas políticas de direito constitucional interno, deverão submeter-se, ou à espécie voluntária – caso haja absoluta convergência de propósitos com vistas ao tombamento – ou compulsória, caso a entidade pública proprietária do bem em questão, divirja da iniciativa e resolva enfrentá-la, mediante a formulação da competente impugnação e apresentação da defesa e das provas que julgar apropriadas em seu favor.

## **5. O tombamento provisório e o definitivo**

A legislação federal, sensível ao fato de que alguns proprietários, sabendo de antemão da intenção, concreta, de que seus bens poderiam ser tombados, com repercussões, por vezes, desfavoráveis aos seus patrimônios, poderiam ver-se estimulados a precipitarem ou, até mesmo, deliberadamente, demolirem, deteriorarem ou evadirem-se com seus bens móveis, assim impedindo que sobre o objeto pudesse ser imposta a correspondente restrição, a par de conceber o processo regular de instalação, desenvolvimento e conclusão do tombamento em caráter definitivo, estabeleceu – poder-se-ia dizer, em caráter *liminar* – regime jurídico denominado *provisório*, municiando do instrumental necessário para que não ocorresse o perdimento ou deterioração de bens potencialmente passíveis de integrar o patrimônio cultural brasileiro.

Tal concepção, infelizmente, não impediu que alguns proprietários tomassem atitudes mais afeitas a interesses subalternos, destruindo bens móveis e imóveis que mereceriam ser preservados para integrar a memória, logo, o patrimônio cultural nacional, como o que ocorreu com a mansão da família Matarazzo, representativa de um dos expoentes da indústria brasileira, construída na Avenida Paulista, na capital do estado de São Paulo, erigida lentamente ao longo da primeira metade do século XX, e destruída praticamente numa só noite da

última década daquele mesmo século.

De qualquer maneira, possui, sim, a sua eficácia jurídica com repercussões ontológicas consubstanciadas na possibilidade de inibição de iniciativas como essas, destrutivas ou impeditivas da preservação do patrimônio cultural brasileiro.

### **a) Tombamento provisório**

A legislação federal, conforme já se adiantou, estabelece que o tombamento poderá ser provisório ou definitivo. O provisório tem como termo inicial, a notificação, endereçada ao proprietário do bem, dando conta do início do processo administrativo que pretende gravar o bem com a chancela de bem tombado.

Enquanto provisório, o efeito prático é que impede a realização de modificações na coisa, *congelando* o seu estado, ontológico e jurídico, e, mesmo, já estabelecendo a obrigação do proprietário em mantê-lo adequadamente.

Entretanto, enquanto não se encerra o respectivo processo administrativo, confirmando ou negando o tombamento concedido em tom *liminar*, não nos parece possível cogitar-se do proprietário do bem atingido pleitear qualquer tipo de indenização, pois, como já se afirmou, nem bem se sabe se o tombamento efetivamente se implementará em caráter definitivo, pois do tombamento provisório não se chega necessariamente ao tombamento definitivo.

O problema recorrente que se enfrenta na realidade brasileira cerca o prazo de duração da *temporiedade do tombamento*. Em outras palavras, há instabilidade jurídica afligindo os administrados (não só o proprietário do bem, mas também os dos imóveis circundantes), enquanto a administração demora ou simplesmente não dá andamento efetivo ao processo administrativo correspondente.

Nesse caso, o que resta ao administrado fazer? Em princípio, deve, naturalmente, requerer, administrativamente, o seu efetivo andamento, inclusive, se for o caso, para fins da formalização da denegação do processo, bem aos auspícios do que a respeito assegura o devido processo legal. Contudo, mesmo que assim o faça, e o requerimento, igualmente caia na vala do esquecimento ou não desperte o andar esperável de uma administração competente, então neste caso só lhe restará recorrer ao Poder Judiciário.

Nesse portal estatal assecuratório do direito à cidadania, poderá o Poder Judiciário, sensível às provas produzidas e ao pleito formulado pelo proprietário, interessado, no caso, em definir, num ou noutro sentido, os limites do seu direito de propriedade, determinar o andamento e a conclusão do respectivo processo num prazo proporcional e razoavelmente fixado; em caso de desatendimento, por parte do poder público, à determinação do magistrado, independentemente das sanções aplicáveis aos agentes envolvidos, poderá determinar-se a

caducidade do aludido processo, encerrando-se a restrição sobre o bem em questão.

Questão delicada é saber se o Poder Judiciário, diante de uma evidente e já então comprovada omissão do Poder Executivo, poderia supri-la, determinando, em decisão, o tombamento de um determinado bem imóvel.

Entendemos que sim. Conforme já antes dissemos, o ato de tombar, para nós, é vinculado, ou seja, dá cumprimento à determinação legal, no caso, de prestígio constitucional. E o controle judicial em relação à implementação efetiva das políticas públicas, no tocante aos atos vinculados, no ponto, omissos, nos parece ser apropriado para supri-los.

A desídia do Estado no portal do Executivo não desautoriza o portal Judiciário a curá-la, antes, reclama a sua efetividade; a tripartição rígida da repartição de poderes (melhor, de *funções*), já pertence à história política e do direito, não mais se observando no direito constitucional contemporâneo; a observância à legalidade – como é o caso – é a verdadeira vocação do Judiciário, integrado por agentes formados e intensamente preparados para, justamente, mandar cumprir o que a respeito dispuser a lei aplicável, desde que constitucional.

Enfim, razões jurídicas há de sobra para que o Poder Judiciário supra eventual desleixo omissivo do Poder Executivo no cumprimento da missão constitucional de dar proteção ao patrimônio cultural brasileiro.

## **b) Tombamento definitivo**

Diz-se *tombamento definitivo* ao processo administrativo que se instalou, desenvolveu e se encerrou, com decisão administrativa terminativa ou judicial, pelo tombamento do bem em questão, formalizado através de anotação no Livro do Tombo apropriado.

Uma vez encerrado, gera os efeitos pouco mais adiante examinados, os quais assim se manterão, se e enquanto o objeto existir ou não houver ato formal de *destombamento*.

A limitação ontológica, cremos, é de fácil compreensão. Se e enquanto o bem existir, fisicamente, com as condições minimamente necessárias para que o represente como objeto passível de tombamento, ele assim conservará tal condição jurídica.

A questão, entretanto, ganha aparente dificuldade, no que atina à desconstituição de um bem tombado. Mudanças em regimes políticos, como as que assistimos recentemente na Europa Oriental e no Oriente Médio, bem podem exemplificar o que gostaríamos de aqui ferir. Estátuas e palácios que, num determinado momento da história, possuíram grande valia cultural para determinado povo, noutra instante da sua história, poderão ser, política e amigavelmente – e não só pela força – não mais considerados como paradigmas relevantes daquele mesmo povo, merecendo até serem, juridicamente

removidos do *patrimônio nacional*.

A solução encontrada pelo legislador federal foi de atribuir ao Presidente da República, de ofício ou em grau de recurso,<sup>4</sup> poderes suficientes para cancelar o tombamento de bens, inclusive aqueles tombados pelos Estados ou Municípios, dispositivo esse, entretanto, que não nos parece ter sido integralmente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, no tocante aos tombamentos realizados pelas unidades da federação.

Seja como for, *tombamento definitivo*, portanto, com resguardo das exceções que lhe são próprias, é ato jurídico resultante de processo no qual se realizaram as provas necessárias a comprovar que o bem em questão reúne as condições imprescindíveis a integrar o patrimônio cultural nacional e, assim, nele permanecer, enquanto permanecerem satisfeitas.

## **6. Os efeitos do tombamento**

O Decreto-lei nº 25/1937, ao disciplinar os efeitos consequentes ao tombamento, distingue os bens tombados em duas categorias: os de propriedade das pessoas políticas de direito constitucional interno (sem, entretanto, fazer referência expressa, ao Distrito Federal, mas admissível que a ele se estenda), e, de outro lado, das pessoas naturais ou jurídicas de direito privado.

Em relação às pessoas políticas, somente admite a transferência de bens tombados, dos bens inalienáveis por natureza, entre mencionadas pessoas políticas, conforme assim determina o art. 11, do Decreto-lei nº 25/1937. Trata-se de dispositivo questionável, à evidência, pois se se tratam de bens inalienáveis, por natureza, o que atualmente corresponderiam aos bens de uso comum e bens de uso especial, então não seriam passíveis de serem transferidos a quem quer que fosse, mesmo que a outra pessoa política de direito constitucional, logo, a titular de outra personalidade jurídica. Mas o normativo em questão admite tal transferência, somente exigindo que o adquirente dê imediato conhecimento ao Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

Interessante observar que o Decreto-lei nº 25/1937 não se refere, expressamente, às coisas tombadas que sejam de propriedade de pessoas jurídicas de direito público, como Autarquias ou Fundações Públicas. Diante de tal omissão, parece-nos que os bens que lhes pertencam, da classe dos dominicais, que podem ordinariamente ser alienados a terceiros, poderão sê-lo ainda que tombados, neste caso sujeitando-se ao mesmo regime jurídico aplicável aos bens tombados de propriedade das pessoas naturais e das pessoas jurídicas de direito privado, sobre os quais são atribuídos os seguintes efeitos sob a forma de gravames, aqui especificamente examinados aqueles destinados aos bens imóveis:

---

<sup>4</sup> Artigo único, do Decreto-lei nº 3.866/1941: "O Presidente da República, atendendo a motivos de interesse público, poderá determinar, de ofício ou em grau de recurso, interposto pôr qualquer legítimo interessado, seja cancelado o tombamento de bens pertencentes à União, aos Estados, aos municípios ou a pessoas naturais ou jurídicas de direito privado, feito no Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, de acordo com o decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937".

- (a) *Averbação*: concluído o processo do tombamento definitivo, deverá ser averbado o tombamento na transcrição do domínio ou na matrícula do imóvel.
- (b) *Transferência*: ocorrendo a transferência da propriedade dos bens tombados, deverá o adquirente, no prazo de 30 dias, fazer constar da matrícula do imóvel.
- (c) *Restrições a modificações*: os bens imóveis tombados não poderão, em caso algum, ser destruídos, demolidos ou mutilados, nem, sem prévia autorização especial do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparados, pintados ou restaurados.
- (d) *Restrições ao entorno*: sem prévia autorização do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes.
- (e) *Conservação e reparo*: competirá ao proprietário do imóvel tombado mantê-lo no estado de conservação com que se encontrava ao se iniciar o processo de tombamento, que correrá às expensas do poder público, caso o proprietário não possa suportá-las ou ensejará a sua desapropriação.
- (f) *Sujeição à fiscalização*: as coisas tombadas ficam sujeitas à vigilância permanente do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que poderá inspecioná-las sempre que for julgado conveniente, não podendo os respectivos proprietários ou responsáveis criar obstáculos à inspeção.
- (g) *Direito de preferência*: a União, os Estados e os Municípios onde se situam os bens tombados, segundo essa mesma ordem, terão direito de preferência para adquiri-los, caso seus proprietários, pessoas naturais ou pessoas jurídicas de direito privado, resolvam aliená-los, sob pena de nulidade, eventual sequestro e apenamento pecuniário. O proprietário deverá notificar os titulares do direito de preferência, para que, o desejando, o exerça no prazo de 30 dias, tanto por tanto, consoante os termos da notificação, a qual deverá conter o valor e as condições de alienação que pretenda realizar com terceiros.

## **7. A averbação dos bens imóveis tombados**

O Decreto-lei nº 25/1937 determina que o tombamento definitivo, assim que formalizado pelo órgão competente, envolvendo bens imóveis de propriedade particular, deverá ser *averbado ao lado da transcrição do domínio* no Registro de Imóveis.

Pertinente perguntar-se: se não houver tal formalização registrária, haverá vício de prejudicialidade ao respectivo tombamento? Tal determinação deverá ser, igualmente, exigida dos imóveis das cercanias atingidos pelas repercussões jurídicas do tombamento em questão?

Entendemos que os gravames e restrições imobiliárias somente terão validade e eficácia, caso constem da matrícula do imóvel em questão – ou da transcrição correspondente, se ainda sob regime jurídico anterior à Lei nº 6.015/1973, que

introduziu, no Brasil, o regime matricular. Sem que tal ocorra, inexistirão elementos juridicamente credenciados e suficientemente idôneos e acessíveis para que terceiros, de boa fé, possam ter ciência dos gravames que cercam o imóvel em questão, impedindo ou obstando a respeitá-los, a menos que o tombamento em questão seja genérico e abrangente, quando então a nosso ver a notoriedade substituiria e prescindiria de individualização registrária.

Tal entendimento estende-se aos imóveis circundantes que sejam atingidos pelas limitações advindas do tombamento, pois, da mesma maneira, somente assim poderão materializar, no local apropriado para conferir e assegurar segurança jurídica, a limitação administrativa imposta às propriedades em questão, inclusive especificando-se a intensidade e a extensão das limitações impostas, permitindo-se, conseqüentemente, que terceiros de boa-fé possam delas tomar ciência e, naturalmente, respeitá-las.

## **8. A conservação do bem tombado**

Questão recorrente é saber se o proprietário da coisa tombada pode ou deve mantê-la em bom estado de conservação. Em regra, sabe-se que a manutenção de um bem, seja ou não tombado, corre por conta do proprietário. A ele compete custear todas as despesas e encargos ordinários e extraordinários que venham a ser incorridos. Em relação ao bem tombado o cenário não difere dos não tombados. Antes, ao contrário: por portar valores relevantes à coletividade, o que em muito poderá envaidecer seu proprietário, ou diferenciar o bem em questão, o interesse público exige a manutenção em boa ordem e estado, de maneira a que possa assim conservar-se e manter-se. A propósito, iniciativas envolvendo mutirões de limpeza, pintura etc. até muitas vezes encontrarão ambiente hospitaleiro e acolhedor, servindo de assentamento e locações para campanhas publicitárias e de divulgações de iniciativas e eventos culturais.

Conservação, à evidência, não se confunde com restauração. Por vezes, o poder público exige do proprietário do bem a reconstrução ou restauração da coisa para o estado e para as características com que a mesma se encontrara em tempos pretéritos, antes mesmo do bem ter sido adquirido pelo proprietário em questão. Evidentemente, há um transbordamento dos limites admissíveis e até esperáveis do tombamento, incorrendo, nesta situação, em vício passível de retificação, pelo Poder Judiciário.

A questão, contudo, ganha outra dimensão, no instante em que o proprietário não possui condições de suportar a conservação apropriada, e inexistem contribuições espontâneas que possam suprir a sua impossibilidade. Nesse caso, segundo a solução apontada pelo Decreto-lei nº 25/1937, para o bem tombado no plano federal, serão realizadas as obras consideradas urgentes e necessárias, às expensas da União federal, abrindo-se, contudo, a possibilidade do bem ser desapropriado.

A solução emergencial de realizarem-se as obras necessárias é correta, sob pena de deterioração do próprio objeto a ser conservado. Entretanto, não se pode eternizar o que deve ser transitório. A menos que a dificuldade do

proprietário comprovadamente tenha sido circunstancialmente passageira, e dali em diante reste afastada, há possibilidade de manter-se a propriedade em nome do seu proprietário, mas desde que este, num prazo razoável, reembolse os cofres públicos, do montante incorrido nas obras correspondentes, sob pena de beneficiamento diferenciado e, portanto, impróprio.

Caso, entretanto, não possa fazê-lo ou, mesmo, se a sua ruína financeira não tenha sido passageira, então em qualquer um desses casos, só restará ao poder público desapropriar o bem em questão, resguardando a coisa do seu provável perdimento e deterioração, pagando-se ao proprietário o *justo valor* correspondente, conforme assim determina a Constituição Federal.

## **9. O entorno do imóvel tombado**

Um dos efeitos do tombamento é acarretar restrições relevantes no entorno do imóvel tombado. A restrição, no plano nacional, vem prevista no art. 18, do aludido Decreto-lei, e consiste na determinação de que, sem prévia autorização do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, além de impor-se apenamento de natureza pecuniária.

A restrição do entorno é compreensível, quando se fala de imóvel tombado. Ele, fisicamente, ocupa uma dimensão no espaço que reclama razoável distância para divisá-lo em sua plenitude. Caso a ênfase do tombamento seja a concepção arquitetônica, associada ao porte majestoso da edificação, muito provavelmente poderá reclamar recuos espaciais para ser adequadamente contemplado e admirado; caso, diferentemente, o valor decorra da carga histórica alojada em razão de lá ter repousado figura proeminente do Brasil imperial ou dos primórdios da República, o recuo espacial poderá não ser tão destacado.

E a restrição do entorno poderá ser de diversos matizes: simplesmente, ao não permitir qualquer construção; ao exigir um determinado ajardinamento; ao permitir edificações até uma determinada altura; ao permitir edificações para determinadas finalidades; enfim, há uma rica combinatória de possibilidades que poderão ser estabelecidas, restritivamente, pelo ato de tombamento, afetando o direito dos circundantes e daqueles que, um dia, pretendam alguma atividade fazer ou edificação erigir no entorno do bem tombado, inclusive aqueles que, desconhecendo o tombamento havido, com o passar dos tempos, sofram, por desconhecimento efetivo, as repercussões restritivas próprias do tombamento.

Mais uma vez encontramos-nos diante de uma situação que poderá suscitar intensas discussões, mais das vezes levadas ao Poder Judiciário. Aqui, estaremos diante de hipótese passível de controle judicial, na qual o Judiciário, a par de examinar o cumprimento do devido processo legal do tombamento havido, poderá examinar os limites e as condições das restrições impostas ao entorno do bem tombado.

Isto porque, trata-se, conforme já antes se adiantou, de ato administrativo vinculado, que dá cumprimento à determinação constitucional de ver preservado o patrimônio cultural nacional – e o bem imóvel, no caso aqui especificamente considerado –, autorizando o magistrado a enveredar nos motivos determinantes das restrições agitadas, permitindo-lhe, inclusive, averiguar se as mesmas guardam nexos de pertinência lógica entre o motivo da restrição em questão e a necessidade para que a mesma seja implementada.

A par desse aspecto envolvendo o controle da decisão administrativa, poderá ocorrer que o tombamento em questão prejudique direitos de terceiros, já constituídos por ocasião da efetivação do tombamento. É o que se passaria com empreendimento comercial, com projeto aprovado pelas autoridades competentes, inclusive com *non obstat* das autoridades responsáveis por tombamentos, ainda com obras não iniciadas, mas que, em ato posterior, viesse a ter, nas cercanias, determinado imóvel tombado, com perímetro restritivo avantajado atingindo o que seria o futuro empreendimento imobiliário.

Nesse caso, entendemos que o poder público deverá indenizar o prejuízo havido, tanto danos emergentes, quanto lucros cessantes. Isto porque, sopesando o direito adquirido do administrado com o valor coletivo da *crystalização* do bem tombado, ao abrigo da determinação constitucional, este último prevaleceria, sob os auspícios, inclusive, do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

## **10. A indenização**

O tombamento dirigido a um imóvel, em regra, poderá suscitar o pagamento de indenização. Isso porque retira, grandemente, o direito à disposição e uso pleno da propriedade, limitando reformas, impedindo modificações, proibindo demolições, conseqüentemente vedando a utilização da área do terreno com novas edificações que poderiam ser realizadas sob novas técnicas e métodos construtivos, com repercussões benéficas na qualidade do desfrute do imóvel.

Assim, mostra-se de todo apropriado indenizar-se o proprietário que venha a sofrer as conseqüências inerentes ao tombamento, embora alguns assim não entendam. Para nós, contudo, havendo a restrição, geradora de danos, inclusive nas propriedades de entorno do bem tombado, mas não de caráter amplo e genérico, como o que se direciona a todo um município, deve impor-se a indenização correspondente, a ser suportada pelo poder público de onde provier o ato administrativo de tombamento.

Agora, é importante frisar que a indenização em tela somente ocorrerá no instante da materialização da restrição, ou seja, quando do tombamento efetivamente implementado, não podendo ser pleiteada de tempos em tempos, ou quando materializarem-se novos proprietários. Isto porque, a sucessão de adquirentes de bens já anteriormente tombados mostra ser absolutamente incogitável, posteriormente, locupletarem-se às custas da Administração, em relação a atos anteriores à sua respectiva aquisição.

Quando, em suma, o tombamento se referir a bem individualizado, a restrição incidente sobre a respectiva propriedade poderá ensejar a reparação indenizatória, dependendo, naturalmente, do caso específico e das repercussões decorrentes de tal ato administrativo.

#### **11. Conclusão**

Como se pode observar o instituto do tombamento apresenta diversas perplexidades e particularidades, não obstante todas elas superáveis. Trata-se de meio valioso para a preservação da nossa história e que merece ser constantemente prestigiado por todos aqueles que se preocupam com o destino do nosso país.