

Do tombamento — uma sugestão à Assembléia Nacional Constituinte

NAILÊ RUSSOMANO

Prof.^a Adjunta de Direito Constitucional e
Administrativo da Faculdade de Direito da
Univ. Fed. de Pelotas — RS. Advogada

SUMÁRIO

1. *Origens.* 2. *Definição e fundamento jurídico.* 3. *Características, dinâmica e espécies.* 4. *"Lei do Tombamento" — considerações gerais.* 5. *Críticas.* 6. *Sugestão à Assembléia Nacional Constituinte* 7. *Conclusão.*

1. A democracia social foi consagrada pela vez primeira, entre nós, através da Constituição de 1934, quando o Brasil, acorde com as filosofias, doutrinas e Constituições do pós-guerra, reconheceu a Ordem Econômica e a Ordem Social.

A partir deste momento foi constitucionalizado o instituto jurídico do tombamento, de raízes civilistas, e cujas origens, para nós brasileiros, remontam a Portugal. Esta expressão, cuja etimologia é controvertida, foi usada pela primeira vez, como o relembra SÉRGIO ANDREA FERREIRA, como decorrência da palavra *tombo* utilizada para designar o Arquivo Nacional Português, fundado por D. Fernando em 1375, em uma das torres das muralhas de Lisboa, a Torre do Tombo. Da palavra *tombo* derivou, como conseqüência, *tombamento*, expressão que, por tradição, continua sendo empregada pelo legislador brasileiro.

2. Tombamento é o ato administrativo mediante o qual um determinado bem — considerado pelo Poder Público de valor histórico, artístico, paisagístico, cultural ou científico — passa a integrar o patrimônio nacional, após efetivada sua inscrição no Livro do Tombo, observados os preceitos da legislação em vigor que tratam da matéria.

Caracteriza-se o tombamento como uma das modalidades de intervenção do Estado na propriedade privada, sob a forma orde-

natória, sendo umas das manifestações do Poder de Polícia do Estado.

Seu fundamento jurídico tem suporte constitucional através dos ditames das Constituições de 1934, art. 10; de 1937, art. 134; de 1946, art. 175, e do texto da Constituição atual em seu art. 180, parágrafo único.

PONTES DE MIRANDA coloca em alto nível o instituto do tombamento em face da sua relevante importância cultural e por seu inestimável valor para a história do país, afirmando que *"é regra jurídica digna de reprodução em Constituições posteriores que o Brasil venha a ter, e de acurada atenção dos legisladores brasileiros"*.

Em verdade, esta medida traduz a sensibilidade e o interesse que o Poder Público deve ter pela arte e cultura, fazendo com que o Estado estenda sua proteção no sentido de preservar valores sagrados que devem permanecer incólumes à marcha das décadas e ao passar dos séculos. Frise-se que esta tutela estatal não se destina, tão-só, aos bens imóveis, abarcando também os móveis desde que vinculados a fatos memoráveis da vida do país, ou de grande conteúdo artístico, etnográfico, arqueológico, bibliográfico ou ambiental. Além destes bens — imóveis ou móveis — que traduzem sempre realizações da mão do homem, as obras da natureza, como reservas florestais, quedas-d'águas e outras formas de manifestação das denominadas belezas ou reservas naturais, também podem ser alvo do tombamento.

Destina-se este, pois, a tutelar as mais diversificadas manifestações da arte, da cultura e da história, quer tenham sido produzidas pelo homem, quer se tratem de paisagens integradas à vida cultural do país.

3. Quando do início de sua constitucionalização, em 1934, a competência para realizar o tombamento ficava adstrita à União e aos Estados — sendo a destes dinamizada por via de sua competência decorrente. Foi somente com a Constituição de 1946 que esta orientação se modificou: passou a ser permitido que a União, Estados e Municípios a pudessem realizar. O texto da Constituição vigente manteve a linha de orientação traçada pela anterior: ontem como hoje, portanto, a União, Estados e Municípios são competentes para, mediante decreto do Executivo, tomar um determinado bem.

Quando se trata de tomar bens públicos, o ato se realiza *ex officio*, devendo a entidade a que pertence o bem, ou o administra, ser apenas notificada a fim de que se complete a eficácia da medida. Se, ao invés, tratar-se de bem de particular, a dinâmica é diferente, dando origem a duas modalidades de tombamento: o voluntário e o compulsório.

Ocorre o voluntário quando o proprietário o solicitar, ou concordar com a notificação referente ao tombamento do bem que lhe pertença. Se este, no entanto, impugnar a notificação recebida, e sua impugnação for indeferida pelo Poder Público, dar-se-á o tombamento compulsório.

Durante o lapso de tempo que medeia entre a notificação ao proprietário e sua anuência ou não, desdobram-se duas fases do tombamento: o provisório — enquanto o Poder Público aguarda a manifestação do proprietário ante a notificação, dentro do prazo previsto em lei e, em regra, exíguo; e o definitivo, que se caracteriza após a extinção do prazo em face do silêncio do proprietário, ou quando há o indeferimento de sua pretensão ao impugnar a notificação.

Concretizando-se o tombamento definitivo — quer seja voluntário, ou compulsório —, o Poder Público não se obriga a nenhum tipo de indenização, pois não tem estas características da desapropriação, embora represente expressiva limitação ao direito de propriedade.

As coisas tombadas continuam no domínio de seus proprietários, mas não podem, sob hipótese alguma, ser destruídas, mutiladas ou demolidas. E, apenas com prévia autorização especial de autoridade pública competente, podem ser reparadas, pintadas ou restauradas. Se o bem for tombado pela União, a autorização será do Instituto do Patrimônio Histórico e Paisagístico Nacional, órgão ligado ao Ministério da Cultura, atuando, ainda, a Fundação Nacional Pró-Memória.

Se o proprietário, por qualquer razão, infringir estas determinações, sob este incidirá sanção prevista em lei.

4. O instituto do tombamento é regulado em nosso país pelo Decreto-Lei nº 25, de 30-11-37, e regulamentado pelo Decreto nº 20.303, de 2-1-46, e pela legislação que se lhe seguiu e que, dando embora outras providências e inovações, em realidade não altera, em sua essência, o que está contido no texto do Decreto-Lei nº 25/37, considerado, ainda em nossos dias, como a “Lei do Tombamento” brasileira. Frise-se que os três níveis de Governo — União, Estados e Municípios — têm competência para legislar sobre a matéria, desde que respeitadas as determinações constitucionais e as limitações impostas pelo Decreto-Lei nº 25/37 e pela legislação federal que se lhe seguiu no atinente à matéria.

O proprietário de um bem tombado pode dele dispor no sentido de o alienar ou gravar, mesmo por hipoteca, desde que, em toda transação efetuada, conste o registro do tombamento do bem. No caso de alienação, a legislação estabelece o direito real de pre-

ferência em favor da União, Estados ou Municípios. Se a venda do imóvel for feita à revelia, será nula e ineficaz, cabendo seqüestro e multa com abertura de novo prazo a fim de ser exercido o direito de preferência. Paralelamente, sempre que se tratar de bem imóvel, não poderá seu proprietário realizar nenhuma reforma ou modificação na parte externa, ou em sua volumetria, sem o prévio consentimento e correlata fiscalização do Poder Público. No entanto, se o tombamento tiver sido global — não, apenas, da fachada e volumetria, mas de toda a casa, em virtude de nela ter morado pessoa notável, como sucedeu com a de Rui Barbosa, no Rio de Janeiro, ou porque ali ocorreu fato histórico memorável —, a proibição de realizar reformas é total e sempre dependente da permissão de autoridade com competência para tal.

Na hipótese de o proprietário não dispor de meios próprios para conservação ou reparação do bem, a entidade pública que o tombou deverá tomar estas providências — no que diz respeito a parte do imóvel que foi alvo do tombamento —, podendo, se for o caso, chegar até à desapropriação do bem, caso seu proprietário não tenha as condições mínimas para sua conservação. E se, ao invés, o Poder Público não tomar as providências cabíveis, em relação à parte tombada do imóvel, poderá haver o cancelamento do tombamento, conforme o Decreto-Lei nº 25/37, em seu art. 19, § 2º, e de acordo com a Lei nº 6.295/75, art. 1º, parágrafo único.

O tombamento de um bem imóvel avança mais em suas limitações sobre o direito de propriedade já que restringe o direito de vizinhança. Ainda, conforme o Decreto-Lei nº 25/37, art. 18, “não será permitida nenhuma construção que reduza ou impeça a visibilidade do bem tombado sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Artístico Nacional, sob pena de multa”. Naturalmente, se o tombamento for realizado pelo Poder Público estadual ou municipal, o órgão competente pelo mesmo é que deverá dar a autorização ou determinar a sanção, em conformidade com os preceitos da legislação local.

Em se tratando de bem móvel, inúmeras limitações são impostas ao seu uso. Dizem elas respeito à deslocação ou transferência do bem — ambas só podendo ocorrer com autorização prévia —, assim como restauração ou reparos que nela se tornem necessários. Da mesma forma, o transporte do bem, pelo proprietário, para o exterior, exige notificação expressa ao Poder Público e autorização rigorosa que permita sua saída do país.

Note-se, ainda, que qualquer entidade da Federação pode tomar bem que outra já tombara, ou seja, um bem tombado pelo Município também o poderá ser pela União ou pelo Estado, assim como um bem tombado pela União poderá sê-lo pelo Estado

ou Município, no caso de ser necessário reforçar a medida e intensificar-se o controle e a fiscalização sobre a coisa tombada. A finalidade desta orientação é sempre a preservação do bem e sua real conservação sob o prisma artístico e cultural.

José AFONSO DA SILVA, analisando a dinâmica do tombamento, com clareza e concisão, explica que “o bem tombado fica submetido a um regime jurídico especial que lhe impõe vínculos de destinação, imodificabilidade e de relativa inalienabilidade”.

De acordo com a orientação brasileira — que consagra o princípio da unidade de jurisdição —, mesmo diante do ato administrativo perfeito, e, pois, mesmo após o tombamento definitivo do bem, poderá seu proprietário, se desconforme com a medida, ingressar em juízo, desde que observados os prazos prescricionais, tal como lhe é assegurado por dispositivo constitucional — art. 153, § 4º —, e pela legislação infraconstitucional, através de normas processuais que regem a matéria. Frise-se, porém, que, em regra, o Poder Judiciário tem posicionamento a favor do tombamento e não de seu cancelamento.

5. A finalidade do tombamento é, como já se pode inferir, uma das mais relevantes atuações do Estado, já que visa à preservação de nossa arte, de nossa história e de nossa cultura.

A cultura que, numa acepção ampla, abrange toda a criação humana, vem tutelada em nossa Constituição através do art. 180 e parágrafo único, *determinando ser o amparo à mesma dever do Estado*. Em nossos dias, este dispositivo cresce em importância, pois a humanidade nunca viveu momento em que a revisão e ampliação dos conhecimentos marchasse em ritmo tão acelerado. Estimulando sua evolução e, ao mesmo tempo, tutelando sua própria história, o Estado impulsiona seu desenvolvimento, que deve ser, a um só tempo, social, econômico, humano, individual e comunitário.

Amparando a cultura, no cumprimento de um dever constitucional, o Estado se acha, numa palavra, impulsionando sua ascensão e criando condições para crescer e afirmar-se, quer internamente, quer no plano internacional.

Da veneração do passado e do culto da tradição, por um lado; e, por outro, do atrevido impulso rumo ao que virá, se compõe a nobre força que ergue o espírito coletivo sobre limitações do presente e comunica aos sentimentos sociais um sentido ideal.

Revestido, embora, de toda essa importância que enseja, em princípio, apenas críticas positivas ao instituto jurídico do tombamento, não se pode esquecer ou omitir outros aspectos que sur-

gem, inelutavelmente, como o reverso da medalha do tema sob exame.

São as críticas negativas que se embasam em complexos problemas sociais originados pelo tombamento.

Focalizemos, como exemplo, o Município de Pelotas no Rio Grande do Sul. Neste, o tombamento, além de flexionar-se às determinações do Decreto-Lei nº 25/37 e da legislação que se lhe seguiu, é regulamentado pela Lei municipal nº 2.708, de 10 de maio de 1982.

Imaginemos que, nesta cidade, uma determinada pessoa possua um único imóvel — casa ou mansão — e que receba, por seu trabalho, uma pequena renda mensal. Suponhamos que esta, em face de crescentes dificuldades econômicas, decida entrar em contato direto com uma construtora a fim de que, no terreno onde está o imóvel, seja construído um edifício. E que, conforme acordo entre a proprietária e a construtora, receba aquela, pelo terreno, três pequenos apartamentos no mesmo edifício. Sua intenção será o de morar em um deles e alugar os outros dois a fim de aumentar sua exígua renda mensal.

No entanto, se, neste interregno, o Poder Público considerar que sua casa tem valor histórico e cultural, agilizando sobre o bem a dinâmica do tombamento, todos seus objetivos cairão por terra.

Nesta hipótese, o Conselho Municipal do Patrimônio Histórico e Cultural do Município de Pelotas — COMPHIC —, órgão vinculado à administração direta do Município, enviará à proprietária a intimação que, uma vez recebida, dá ensejo à fase do tombamento provisório. Esta intimação a notificará que ela terá o *prazo de quinze dias* para concordância ou impugnação do ato provisório. Se a proprietária não tiver argumentos — já que a casa, que imaginamos, fora havida por herança —, pois a residência se encaixa nas exigências do tombamento, salvo argumentos de ordem pessoal e econômica, dar-se-á o tombamento definitivo, através do Poder Público Municipal. Sabemos que, mesmo se tentasse reagir perante o Poder Judiciário, dificilmente teria ganho de causa. Sabemos, também, que, se resolvesse vender o referido imóvel, haveria direito real de preferência ao Município e se, para terceiros fosse a venda, só o seria com a cláusula de tombamento, que, em muito, dificultaria esta transação.

Ainda no terreno das hipóteses, vejamos a casa tombada apenas em sua fachada e volumetria, tal como costuma, em regra, acontecer. Ora, havendo necessidade de reformas internas, fica-

riam estas sob a responsabilidade exclusiva da proprietária, pois ao Poder Público cabe conservar apenas a parte da casa que está tombada.

Concretizando-se tudo que imaginamos, no exemplo supra-referido, ficaria sua proprietária constrangida a continuar vivendo no referido imóvel, mesmo que em condições precárias, e até confinada a espaços limitados dentro de sua própria casa.

Esta hipótese traduz, em verdade, problemas reais e similares que se têm multiplicado nos dias atuais.

Em diferentes cidades brasileiras, muita vez, casas antigas mantêm suas fachadas incólumes — com estilo perfeito de uma determinada época de nossa história — apenas porque passaram a ser o único bem de uma pessoa ou família que, por motivos econômicos, não o puderam reformar ou modernizar. Como nossa “Lei do Tombamento” marginaliza estes elementos sócio-econômicos, poderá, em qualquer cidade do Brasil, ocorrer, sobre este tipo de bens, o tombamento.

6. Estes problemas têm sido alvo da preocupação e do estudo de juristas, advogados, professores, doutrinadores, assim como da população em geral, que, atentos ao tema e aos inúmeros casos de tombamento que têm ocorrido, sentem multiplicadas suas preocupações econômicas, preocupações estas já ampliadas pela crise financeira que envolve o país.

Por tudo isto, seguindo a linha de pensamento de juristas do porte de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, sugerimos ampla reformulação na dinâmica do tombamento em nosso país.

Endereçamos esta sugestão à Assembléia Nacional Constituinte no momento em que nos encaminhamos para um novo modelo econômico-social e uma autêntica democracia dentro de nossas fronteiras.

Esta sugestão, em linhas gerais, traça a seguinte orientação: *que no texto da nova Constituição seja mantido o artigo 180, com nova redação de seu parágrafo único, ao ficar estabelecido que lei complementar deverá tratar do tombamento, sendo dever do Poder Público indenizar o proprietário do bem tombado mediante indenização em dinheiro, prévia e justa, e proporcional aos bens e rendimentos do proprietário. Ou seja, quanto menor o número de propriedades e menores os rendimentos, maior a indenização merecida.*

Esta sugestão, caso possa ocorrer, haverá de simbolizar expressivo passo rumo ao aperfeiçoamento do Estado democrático de direito, ampliando o verdadeiro sentido social da intervenção do Estado na propriedade privada pela alteração contida no novo texto

constitucional e, como consequência, no conteúdo e espírito da nova "Lei do Tombamento".

7. Através desta nova orientação, o Poder Público, preocupado e atento com nosso passado e nossa história, visando sempre a tutelar nossa cultura e desenvolvimento, não permanecerá alheio a sentimentos sagrados como a segurança e a tranqüilidade que, como dever seu, deve o Estado procurar estender a todos os cidadãos.

Desta maneira, não haveremos de ver as pessoas, em suas casas, sentirem e repetirem as emoções que invadiram os que habitavam a "Casa Tomada" no conto de JULIO CORTÁZAR, onde o autor, através de seu realismo fantástico, descreve como as angústias, temores, lembranças e preocupações tomam conta da casa em que vivem seus personagens. "Presenças escuras tomam conta da casa", limitando-os e confinando-os a espaços reduzidos, até, ao final, os expulsarem da "Casa Tomada".

Por tudo o que foi exposto, e através deste analogismo, esperamos que as providências — decisivas e enérgicas — sejam concretizadas, entre nós, através das deliberações dos membros de nossa Assembléia Nacional Constituinte. E que a preservação do passado e proteção à cultura e à arte não mais conduzam as pessoas a viverem seu momento presente, dramática e até tragicamente, *em casas tombadas e tomadas*.

BIBLIOGRAFIA

- CORTÁZAR, Julio. *O Bestiário*. RJ, Ed. Fronteira, 1986.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Dicionário de Direito Administrativo*. RJ, Ed. Forense, 1978.
- . *Curso de Direito Administrativo*. RJ, Ed. Forense, 1981.
- FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Direito Administrativo Didático*. RJ, Ed. Forense, 1985.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. SP, Ed. Revista dos Tribunais, 1984.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Elementos de Direito Administrativo*. SP, Ed. Rev. dos Tribunais, 1980.
- RUSSOMANO, Naliê. *Compêndio de Direito Constitucional*. SP, Ed. Juriscredí, 1971.
- RUSSOMANO, Rosah. *Lições de Direito Administrativo*. RJ, Ed. José Konfino, 1972.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. SP, Ed. Rev. dos Tribunais, 1984.