

# O Tombamento

Sonia Rabello<sup>1</sup>

## Resumo

O tombamento, instrumento criado em 1937 pelo Decreto-lei nº 25 (DL 25/37), foi recepcionado pela Constituição de 1988, na qual o conceito ampliado de patrimônio cultural insere esse instrumento como uma espécie dentre as diversas do gênero da preservação, dirigido a determinados tipos de bens. O tombamento é a forma mais antiga e consolidada de preservação do patrimônio cultural. O DL 25/37 mostrou ser um instrumento técnico-jurídico conciso, simples e eficaz, o que viabilizou sua permanência no ordenamento jurídico nacional por décadas, até os nossos dias. Neste artigo, adotamos o ponto de vista jurídico para abordar esse termo-chave da preservação cultural, partindo de três eixos principais: o tombamento como ato administrativo; seus efeitos sociais; e seu alcance tipológico.

**Palavras-chave:** Tombamento; Decreto-lei nº 25/37; Conceituação.

## The listing of protected cultural properties (tombamento)

### Abstract

The listing of protected cultural properties, named '*tombamento*', as an instrument created in 1937 by a federal law (Decreto-lei nº 25 – DL25/37), was incorporated in the 1988 Constitution, which, under extended conceptual determinations of cultural heritage, defines this instrument as one among the various forms of the preservation, directed to certain types of things to be preserved. The listing (tombamento) is the oldest and most consolidated form of cultural protection. The permanence of the DL 25/37 in national law for decades was due to its capacity to represent a concise, simple and effective technical-legal model. In this article, we adopt the legal perspective to address this key term of cultural preservation, based on three main axes: listing as an administrative act; its social effects; and its typological range.

**Key words:** Brazilian listing of protected cultural properties (tombamento); Decreto-lei nº 25/37; Conceptualization

## El Tombamento

### Resumen

El *Tombamento*, instrumento creado en 1937 por el Decreto de Lei nº 25 (DL 25/37), fue incorporado por la constitución de 1988, cuyas determinaciones conceptuales ampliadas de patrimonio cultural definen ese instrumento como una entre las diversas especies del género preservación, dirigida a determinados tipos de bienes. El *tombamento* es la forma más antigua y consolidada. La permanencia del DL 25/37 en el ordenamiento jurídico nacional por decenas de décadas se debe al hecho de haberse demostrado un modelo técnico-jurídico sucinto, simples y eficaz. En este artículo,

---

<sup>1</sup> Professora titular de Direito Administrativo e Direito Urbanístico da Faculdade de Direito da UERJ (aposentada); professora do Lincoln Institute of Land Policy (Cambridge, EUA) e do Mestrado Profissional do PEP/IPHAN.

adoptamos el punto de vista jurídico para abordar ese término-clave de la preservación cultural, partiendo de tres ejes principales: el *tombamento* como acto administrativo, sus efectos sociales y su alcance tipológico.

**Palabras-clave:** *Tombamento*; Decreto-lei nº 25, de 1937; Conceptualización.

## **Introdução**

O tombamento é o instrumento jurídico criado em 1937 pelo Decreto-lei nº 25 como uma forma de proteção do patrimônio cultural brasileiro. O conceito de patrimônio cultural se viu significativamente ampliado na Constituição de 1988, a qual recepcionou o tombamento como uma espécie de forma de proteção dentre as várias do gênero preservação. Também foi por força da Constituição de 1988 que o Decreto-lei nº 25 tornou-se norma geral nacional sobre tombamento, a ser aplicada pelos três entes federativos. O principal efeito da imposição do tombamento é conservar os bens materiais, coisas móveis ou imóveis que são reconhecidas como portadoras de valores culturais. Com a imposição do tombamento, são criadas obrigações para os proprietários de bens tombados, para o poder público, como para a sociedade em geral, de manter e conservar o bem cultural. Embora sejam objetos jurídicos distintos, ocorrem fortes interconexões e relações entre o tombamento e o interesse público urbanístico regulado pelo planejamento urbano, como, por exemplo, no Estatuto da Cidade (ECi) e na declaração de áreas de interesse cultural.

Neste artigo sobre tombamento, como um verbete ampliado do *Dicionário IPHAN de Patrimônio Cultural*, adotamos o ponto de vista jurídico para abordar esse termo-chave da preservação cultural, partindo de três eixos principais: o tombamento como ato administrativo; seus efeitos; e seu alcance social.

### **1. O que é tombamento?**

Tombamento é um instrumento jurídico criado por lei federal – Decreto-lei nº 25 de 1937 (DL 25/37) – que tem por objetivo impor<sup>2</sup> a preservação de bens materiais,

---

<sup>2</sup> A imposição resulta do caráter obrigatório e estatal da decisão de preservar determinado bem, em função do interesse público.

públicos ou privados, aos quais se atribui valor cultural para a comunidade na qual estão inseridos.

O interesse público da preservação de bens culturais por meio do tombamento está fundamentado nos artigos 215 e 216 da Constituição Federal (CF). Esses artigos constitucionais estão inseridos na seção da Constituição Brasileira denominada *Da cultura*, que estabelece as bases dos direitos culturais como um direito coletivo difuso de todos, qual seja, direito coletivo difuso à preservação do patrimônio cultural para fruição pela sociedade brasileira<sup>3</sup>.

É a Constituição Federal (CF) que determina, portanto, as bases conceituais do direito coletivo difuso de preservação e fruição do patrimônio cultural brasileiro, parametrizando que tipos de valores devem ser reconhecidos como tal. Ela amplia o conceito de bem cultural para além dos tradicionais valores, como o histórico e o artístico, referidos no DL 25/37, mencionando outras tipologias muito mais elásticas. A CF estende o entendimento de valor cultural para todas as referências simbólicas e afetivas das comunidades nas quais os bens culturais estão inseridos. Diz o art. 216 da CF:

Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material ou 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:

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.

Pelo texto constitucional se deduz, sem dúvida, que os itens mencionados nos incisos I a V têm caráter meramente exemplificativo, ainda que obrigatoriamente inclusivo dos itens ali mencionados. Isso significa dizer que qualquer bem material ou imaterial, no qual se identifique ser portador de “referência à identidade, à ação, à

---

3 Constituição Federal de 1988 (CF/88), art. 215: “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”.

memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”, é susceptível de ser classificado e protegido para ser fruível como patrimônio cultural brasileiro.

É também na Constituição Federal (§1º do art.216<sup>4</sup>) que o instrumento do tombamento encontra-se mencionado dentre outros instrumentos que também poderão ser usados na preservação do patrimônio cultural. A forma, o uso e os efeitos legais destes diferentes instrumentos, como o tombamento, o inventário, o registro e outros, serão estabelecidos pela lei infraconstitucional que os tiver ou vier a regulamentar.

Deduz-se, portanto, que preservação é o gênero que pode ter uma diversidade de formas ou tipos de proteção do qual o tombamento é uma espécie. O uso de uma ou outra tipologia de instrumento jurídico para preservação do patrimônio cultural brasileiro dependerá do seu desenho normativo. É a norma infraconstitucional que dirá para que serve cada tipo de instrumento de preservação, sua finalidade, seu objeto e a forma de usá-lo.

A multiplicidade da tipologia dos bens culturais poderá implicar o uso também diversificado dos instrumentos jurídicos de preservação; e a aplicação diferenciada desses instrumentos jurídicos também acarretará formas e efeitos diferenciados de preservação. Portanto, tombamento é uma forma específica de preservação de bens culturais dirigida a determinados tipos de bens para alcançar aqueles efeitos jurídicos determinados na lei.

## **2. E qual a lei que regulamenta o tombamento?**

O tombamento foi e ainda é regulamentado pelo Decreto-lei nº 25 de 1937 (DL 25/37); lei nacional recepcionada pela Constituição Federal de 1988 e que normatiza seu objeto jurídico, sua forma de uso e os efeitos legais desse instrumento jurídico a ser usado para a preservação de determinados bens culturais.

A Constituição Federal especificou as competências legislativa e executiva em relação à preservação do patrimônio cultural e, por conseguinte, sua operacionalidade por meio do instrumento do tombamento.

---

4 §1º do art. 216: “O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação”.

O art. 24, nos incisos VII e VIII<sup>5</sup>, estabeleceu a competência legislativa da União, para dispor sobre normas gerais de preservação do patrimônio cultural, e dos estados, para suplementarem a legislação federal (§2º do art.24<sup>6</sup>).

O município também poderá legislar suplementarmente sobre o assunto, desde que observadas as normas gerais federal e estadual. É o que diz o art. 30, inciso II da CF, quando dispõe que: “Compete aos Municípios: II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber”.

Assim, no que concerne à competência para legislar sobre o tema da preservação do patrimônio cultural e, por conseguinte, sobre o instrumento do tombamento, a União estabelecerá as normas gerais, os estados as suplementarão e os municípios também poderão suplementar as normas federal e/ou estadual no espaço normativo que couber.

Vale ressaltar que os municípios poderão exercer a competência executiva de proteção do patrimônio cultural no âmbito do seu território tão somente baseados na norma nacional, no DL 25/37 e/ou na norma de tombamento que seu estado houver aprovado, desde que preveja, no âmbito da administração municipal, qual o órgão competente para o exercício dessa competência e a forma de fazê-lo; ou seja, o procedimento administrativo no âmbito da administração pública municipal.

A legislação federal sobre tombamento – o Decreto-lei nº 25 –, embora editada em 1937, foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 e, em função dos dispositivos constitucionais mencionados, tornou-se a **norma geral nacional** sobre tombamento, aplicável não só pela administração pública federal, como também pelos estados e municípios.

No âmbito da competência executiva, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu o regime de competência comum dos entes federativos – União, estados e municípios – para o exercício da tutela de proteção de bens culturais (art. 23, incisos III e IV da CF)<sup>7</sup>. Isso significa dizer que qualquer dos entes da federação poderá, ou

---

5 Art. 24: “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: VII – proteção ao patrimônio histórico, artístico, turístico e paisagístico; VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”.

6 §2º e 3º do art. 24: “A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. §3º: Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades”.

7 Art. 23: “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: III – Proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as

melhor, deverá proteger, o patrimônio que for atribuído de significado cultural. Na esfera municipal ou estadual bastará, como já mencionado, dotar a sua administração de órgão competente, regulando apenas o procedimento administrativo respectivo, com a observância das normas nacional e/ou estadual sobre o assunto.

Assim, o valor cultural atribuído ao bem pode ter como referência a comunidade nacional, estadual ou municipal. E, em função do respectivo âmbito do valor cultural será também estabelecida a correspondente competência do poder público para o reconhecimento do valor cultural do bem, e a consequente imposição da tutela pelo poder público.

E qual a consequência do exercício do poder-dever da Administração Pública, quando os três entes federativos – União, estado, e município – tiverem exercido e estabelecido a proteção cultural sobre o mesmo bem?

Não há qualquer óbice legal de que o tombamento seja imposto pelos três níveis de interesse público na preservação do bem – o nacional, o estadual e o municipal – desde que se reconheça a existência do interesse cultural para os três níveis da sociedade. Nesse caso, o bem terá restrições de preservação impostas nos três níveis, devendo se adequar à mais restritiva. Isso porque, cumprindo a mais restritiva, estará também atendendo às demais. Contudo, se as restrições impostas à conservação do bem forem incompatíveis entre si, deverá ser seguida a regra de prevalência da hierarquia de interesses: o interesse nacional sobre o estadual e o estadual sobre o municipal.

Pelo fato de a norma geral nacional, o DL 25/37, estabelecer que o tombamento seja feito mediante um procedimento administrativo, é plausível se inferir que seja por ato administrativo. Não é incomum, contudo, que nas esferas estadual e municipal sejam aprovados “tombamentos” por ato legislativo, por lei.

Entendemos que a impropriedade de haver tombamento por lei decorre não de uma proibição direta da Constituição Federal, mas da compreensão do princípio da separação de poderes, do qual se infere que atos legislativos não devem ter como objeto determinações concretas e individualizadas, mas estabelecer normas de procedimentos genéricos e abstratos. A individualização da aplicação da lei nas políticas públicas compreende-se inserida no âmbito da função administrativa, ou executiva, e não da

---

paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos. IV – Impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico, e cultural”.

legislativa. Ademais, é a abstração e/ou a generalidade da lei que assegurarão um tratamento isonômico e impessoal pela lei e na lei.

Entrementes, há que se reconhecer que o âmbito de abstração e generalidade, apto a legitimar um ato legislativo, é uma questão que pode suscitar dúvidas e polêmicas a serem dirimidas pelo Judiciário.

### 3. Para que serve o tombamento?

O tombamento é a forma pela qual o poder público seleciona coisas – bens materiais – que, por seus atributos culturais, devem ser preservadas contra mutilações e destruição; ou seja, coisas que, por serem portadoras de valor cultural, devem ser conservadas.

Se determinadas coisas são reconhecidas como portadoras de valores culturais, e se estes valores culturais são direitos coletivos públicos, logo elas – as coisas – devem ser preservadas (conservadas) para que os valores culturais, que são direitos coletivos, sejam passíveis de fruição pelos titulares desse direito: a população. Portanto, o tombamento serve para preservar o direito coletivo público ao patrimônio cultural nacional, estadual ou municipal, do qual as coisas, públicas ou privadas, podem ser portadoras.

Há dois pressupostos legais na imposição do tombamento: o primeiro é de que ele seja materializado em coisas, em bens materiais, físicos, móveis ou imóveis. É o que diz o art. 1º do DL 25/37, quando dispõe: “Constitui o patrimônio histórico e artístico nacional o **conjunto de bens móveis e imóveis** existentes no país e **cuja conservação seja de interesse público [...]**”. O segundo pressuposto, decorrência do primeiro, é o de que a imposição do tombamento pelo Poder Público visa à conservação do bem, ou seja, à manutenção das características materiais do bem através das quais se pode reconhecer o valor cultural que lhe é atribuído.

O valor cultural que o bem porta é a causa, o motivo do tombamento, e a sua conservação é a consequência que se quer alcançar com a tutela; o efeito da imposição desse interesse público, sua finalidade. Se há o reconhecimento desse atributo cultural no bem material, impõe-se a tutela desse valor na coisa pelo poder público, e o tombamento é instrumento jurídico por excelência para proteger e conservar o interesse público cultural materializado em coisas móveis e imóveis.

Assim, são as coisas materiais que se prestam à tutela por meio do tombamento, diferenciando-se, portanto, de outras tipologias de preservação relacionadas a outros tipos de bens culturais que não se materializam em coisas, como as manifestações culturais, os modos de fazer, os usos etc.

O tombamento pode ser inapropriado também para a preservação de coisas que, embora materiais, não se deve impor sua permanência, uma vez que é na sua dinâmica de mutação que reside o seu valor cultural. Nesse caso, o efeito jurídico previsto na lei, qual seja, a conservação das características materiais da coisa, não se ajusta ao propósito que se quer alcançar com a preservação.

Um exemplo neste sentido é o reconhecimento de valor cultural das pinturas corporais e da arte gráfica dos índios Wajãpi; essas foram objeto de registro, como forma de sua proteção enquanto bem de valor cultural. O registro, como instrumento jurídico de proteção do patrimônio cultural, regulamentado em âmbito federal pelo Decreto nº 3.551 de 2000, diferencia-se do tombamento especialmente quanto aos seus efeitos de imposição de conservação da coisa. É que não se pode exigir que os índios mantenham intactas suas pinturas corporais como se exige, por exemplo, de um quadro tombado ou de um painel de azulejo. Daí o porquê da proteção pelo registro, e não pelo tombamento.

#### **4. Qual a forma pela qual se impõe o tombamento?**

O Decreto-lei nº 25/37 estabeleceu que o reconhecimento, pela atribuição de valor cultural a um bem material, será feito mediante ato administrativo precedido do respectivo processo, no qual se fundamentará esta decisão da administração pública. Nesse procedimento haverá a determinação do bem ao qual se atribui valor cultural, bem como se justificará o motivo dessa atribuição, dizendo das características que justificam essa escolha em função dos parâmetros simbólicos estabelecidos na lei e do interesse público na sua preservação.

Como é um processo de atribuição de valor que deve ser motivado, presume-se que essa determinação siga critérios técnicos razoavelmente reconhecíveis e compreensíveis. Não se trata, portanto, de uma escolha política, já que nas decisões políticas não há qualquer necessidade de fundamentação técnica da escolha. Nas leis, atos políticos por excelência, os legisladores, ao votarem por ela, não necessitam



explicitar o porquê de se manifestarem a favor ou contra, já que a sua legitimação ocorre *a priori*, ou seja, pela escolha democrática de quem faz a lei. Então, ao concretizar um ato legislativo – uma lei –, a motivação do porquê de cada ato é prescindível e não integra seu procedimento de validade.

Ao contrário dos atos legislativos, os atos administrativos sempre terão o motivo, que deve ser compatível com a sua previsão legal; e o motivo é, portanto, elemento essencial à validade do ato administrativo. Por isso, diz-se que o tombamento é um ato administrativo, um ato da Administração Pública, pois essa é a forma legal do seu procedimento previsto na lei nacional que o instrumentaliza: o Decreto-lei nº 25/37.

Embora cada ente político – União, estados e municípios – possa e deva estabelecer seus procedimentos específicos para a incidência do tombamento, alguns aspectos formais se impõem em decorrência do paradigma estabelecido na lei nacional, no Decreto-lei nº 25/37, e nos princípios estabelecidos na Constituição Federal de 1988, como diretrizes para a Administração Pública. São eles:

a) O ato do tombamento deve identificar o bem cultural sobre o qual incidirá o interesse público, dizendo o que motiva a preservação daquele bem. Essa análise deve ter conteúdo e descrição técnica e ser coerente com a política de preservação do patrimônio cultural do ente político e com os princípios nacionais e constitucionais da preservação. Esses elementos devem constar de processo administrativo, cujo conteúdo garanta que a decisão da Administração Pública atenda não só ao dever de preservar o patrimônio cultural, como também o faça, assegurando a razoabilidade, a impessoalidade e a eficiência de sua decisão (art. 37 da CF).

b) A instrução do procedimento de tombamento será encaminhada a um Conselho, formado no âmbito da Administração, que deliberará sobre o objeto, sobre suficiência da motivação, sua pertinência com a política geral, enfim, decidindo sobre o tombamento.

A decisão final do tombamento poderá caber, ou não, ao Conselho, dependendo do que for previsto na lei específica de cada ente político. No âmbito federal, a lei previu que a decisão do Conselho fosse encaminhada ao ministro de Estado para homologação. No âmbito dos estados e municípios, em geral, a legislação específica prevê que a decisão dos respectivos Conselhos seja encaminhada ao chefe do Executivo para sua efetivação por meio de decreto.

Cabe indagar se a decisão de homologar ou efetivar o tombamento por decreto é uma decisão política ou um ato discricionário do agente político (ministro, governador ou prefeito). Embora esse assunto não esteja suficientemente debatido na doutrina e nem decidido no âmbito Judiciário, entendemos que o ato seja discricionário, e não político. Por isso, consideramos que o agente político só poderia deixar de aquiescer à proteção, como dever constitucional, se o justificar por questão de legalidade ou por conflito com outro interesse público que se sobreponha ao direito coletivo cultural, de forma a excluí-lo – decisão optativa sujeita ao respectivo controle jurisdicional.

c) O procedimento do tombamento é de interesse público, portanto, ele deve tramitar independentemente da aquiescência de interessados diretos ou indiretos. Contudo, é essencial que se garanta àqueles sobre os quais irá incidir a responsabilidade de conservação do bem, em geral os proprietários dos bens móveis ou imóveis, o direito de se manifestar quanto ao tombamento, exercendo o contraditório, se for o caso.

O contraditório é princípio constitucional e garantia de direito fundamental contida no art. 5º, inciso LV da CF. A regra do contraditório já havia sido prevista nos artigos 7º e 9º do DL 25/37, quando tratou do tombamento voluntário e do compulsório. No tombamento compulsório, o proprietário que, notificado do processo de tombamento, não anuir ao mesmo, terá o prazo assinalado na lei para apresentar sua impugnação. Cabe ao poder público acolher, ou não, a impugnação do interessado, considerando os fatos e as razões legais apresentadas, sempre à vista do interesse público da preservação.

A decisão de preservar ou não um bem por meio do tombamento é de interesse público; portanto, a eventual oposição do proprietário ao tombamento não o obstaculiza, senão quando demonstrado erro cometido pela Administração na sua fundamentação ou no procedimento.

Também se tem entendido que a falta de notificação ao proprietário para exercício do contraditório, embora seja uma garantia constitucional, não tem o condão de invalidar todo o procedimento administrativo em relação a terceiros ou para o público em geral; ou seja, a falta de notificação ao proprietário impede a produção de efeitos do ato administrativo do tombamento em relação ao interessado, sendo que este erro/vício no procedimento poderá ser sanado quando for cumprida a referida notificação.

Cabe ainda mencionar que, como processo administrativo público, o processo de tombamento pode receber e considerar, se for o caso, manifestações de terceiros sobre o assunto, especialmente se elas forem oriundas das comunidades nas quais se insere o bem objeto da futura preservação. É que a Constituição Federal também consagrou o princípio da participação popular e o direito de petição de qualquer cidadão em processos da administração pública, desde que comprovado um legítimo interesse para tanto (art. 5º, XXXIV).

d) Finalmente, cabe mencionar que entendemos que a não “transcrição” do tombamento no Registro de Imóveis, mencionado no art. 13 do DL 25/37, não tem o condão de invalidar o ato administrativo de tombamento. É nesse sentido que a doutrina e a jurisprudência também têm majoritariamente entendido. Isso porque o art. 13 já está se referindo aos “efeitos” do tombamento, inserido que está no capítulo III do DL 25/37, cujo título é justamente *Dos Efeitos do Tombamento*. Ora, se está tratando dos efeitos, é porque o ato já é definitivo, como diz o próprio texto do art. 13<sup>8</sup>. E quais seriam os efeitos pretendidos com a averbação do tombamento? Entendemos que sejam os efeitos relativos às restrições à alienabilidade, tratada em todo capítulo III e, em especial, no art. 12<sup>9</sup>.

As “restrições à alienabilidade”, mencionadas no art. 12, iam desde a impossibilidade de saída definitiva do país, tratada no art. 14 do DL 25/37, aplicável aos bens móveis, até o direito de preferência na aquisição de bens imóveis pelo poder público, tratado detalhadamente no art. 22 do DL 25/37, mas revogado pela Lei nº 13.105/2015. Com a revogação expressa do art. 22, pelo art. 1.072, inciso I do novo Código Civil, que entrará em vigor em março de 2016, a averbação no Registro de Imóveis perde o sentido.

Cabe ainda registrar, em prol do argumento de que a transcrição do tombamento não integra a validade do procedimento, mas diz respeito ao efeito do direito de preferência no caso de bens imóveis, que o art. 10 do DL 25/37, explicitamente,

---

8 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 de domínio” (DL 25/37). Grifos meus.

9 Art.12: “A alienação das obras históricas ou artísticas tombadas, de propriedade de pessoas naturais ou jurídicas de direito privado, sofrerá as restrições constantes da presente lei” (DL 25/37).

menciona que o processo de tombamento é concluído não pela averbação no Registro de Imóveis, mas pela inscrição do bem no respectivo Livro do Tombo<sup>10</sup>.

## 5. Qual o principal efeito do tombamento?

O principal efeito que se pretende com a imposição do tombamento de uma coisa é a **sua conservação** (art. 1º do DL 25/37), por atribuir a ela o valor de patrimônio cultural, portanto, patrimônio público<sup>11</sup>, no sentido genérico do termo. É a finalidade do tombamento: conservar a coisa.

E como se conserva? O que se conserva na coisa?

Esse é um ponto que tem sido mal compreendido, por vezes. De fato, é um ponto bem sensível do efeito do tombamento e que tem relação direta com a instrução técnica que se faz do próprio processo de tombamento.

Como já foi dito, um bem móvel ou imóvel é escolhido para ser tombado porque foi reconhecido ser portador de valor cultural – “ser portador de referência à ação, à memória” de um grupo social, de uma comunidade.

Portanto, no trâmite do procedimento de tombamento, a razão, ou seja, a relação do bem com a memória, deve estar demonstrada como motivo do tombamento, bem como especificadas, de forma compreensível, quais características do bem que retratam essa relação, seja ela histórica, artística, arqueológica, paisagística, científica ou qualquer outra que possa ser compreendida no conceito de cultural, conforme parametrizado no art. 216 da Constituição Federal, já mencionado.

E por que a explicitação dessas características do bem cultural, relacionadas ao valor cultural, é importante?

Serão essas referências que irão balizar o controle da preservação do bem cultural para fins de sua conservação. Nesse sentido é que os fundamentos técnicos, que registram as características do bem tombado e sua relação com o valor cultural pelo qual

---

10 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 de Tombo.” (DL 25/37).

11 Esclareça-se que o termo “patrimônio público” está aí sendo usado no sentido absolutamente genérico, como o faz a Constituição Federal ao tratar de patrimônio cultural como um interesse público. Registre-se que o tombamento de um bem privado não tem o condão de transferir a propriedade civil para outra titularidade, menos ainda para o poder público. Trata-se de formas de intervenção administrativa no domínio privado, regulatórias que são tão somente do seu uso e da sua disposição.

sua preservação se impõe, irão dar os limites a eventuais intervenções no bem tombado no que concerne à sua conservação e usos.

O art. 17 do DL 25/37<sup>12</sup> é claro em afirmar que após o tombamento não será possível, nem mesmo aos órgãos técnicos, autorizarem intervenções no bem tombado que impliquem sua destruição, demolição ou mutilação. As demais intervenções, que não se caracterizarem como tal, ou seja, intervenções de conservação, ou restauração, deverão ser submetidas à autorização do órgão técnico para devida apreciação, com vistas à sua eventual aprovação.

O ponto sensível dessa questão é saber em que medida uma intervenção em bem tombado se caracteriza, ou não, como uma mutilação?

É claro que cabe ao órgão técnico dizer o que ele entende por mutilação das características do bem, à luz do que consta do próprio processo de tombamento e das diretrizes técnicas gerais, bem como das cartas internacionais sobre o assunto, da produção de estudos acadêmicos, do julgamento dos tribunais. Embora o critério de “mutilação” de um bem se insira, em alto grau, dentro do juízo de discricionariedade técnica da administração pública, é evidente que esse juízo está sujeito, até no seu mérito, ao controle administrativo e judicial por eventuais desvios ou abusos no exercício desse poder.

Registre-se ainda que a obrigatoriedade de conservar o bem se aplica desde a imposição do tombamento provisório, que se dá após iniciado o processo de tombamento e feita a notificação ao proprietário (art. 10, parágrafo único)<sup>13</sup>. Portanto, ainda que não finalizado todo o procedimento do tombamento definitivo, com sua “inscrição no Livro do Tombo”, a preservação do bem já produz efeitos legais com vistas à sua proteção.

É o proprietário quem tem a obrigação de conservar a coisa. Trata-se de uma obrigação que se impõe ao mesmo que, em geral, não significa mais do que manter o bem em condições razoáveis de conservação desde seu tombamento. Infere-se daí que o proprietário ou possuidor não tem a obrigação de recuperar as características do bem,

---

12 Art. 17: “As coisas tombadas não poderão, em caso nenhum, ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de 50% (cinquenta por cento) do dano causado.”

13 Art. 10, [...] § único: “Para todos os efeitos, salvo a disposição do art. 13 desta Lei, o tombamento provisório se equiparará ao definitivo.”

anteriores ao seu tombamento, e nem fazer obras de recuperação ou restauração voluptuárias.

Costuma-se argumentar que essa conservação seria um ônus especial decorrente do tombamento, e que se infere, a *contrario sensu* do art. 19 do DL 25/37. Contudo, entendemos que conservar um bem imóvel é, em geral, um encargo de qualquer proprietário de imóvel. Comumente, a legislação urbanística determina, motivada por vários interesses públicos (sanitário, de segurança e até estéticos), que os donos de imóveis urbanos os mantenham em bom estado de conservação, assim como as calçadas públicas fronteiriças. Então, a conservação, por motivo de preservação do patrimônio cultural, é apenas mais uma razão do rol de obrigações proprietárias: manutenção do bom estado de conservação dos imóveis em geral. A diferença primordial no exemplo citado é que os imóveis tombados, além de se manterem conservados, não poderão, ao contrário dos demais, terem suas características fundamentais alteradas nem serem mutilados ou demolidos.

E se o proprietário não tiver condições de conservar o bem?

É o art. 19 que diz como deverá ser encaminhada a questão. O dispositivo diz que cabe ao proprietário “que não dispuser de recursos para proceder às obras de conservação e reparação” informar ao órgão responsável pela tutela do bem a necessidade das mesmas e a sua falta de recursos para tal. Então, verificados e comprovados os fatos, cabe ao órgão de tutela proceder à conservação, ou desapropriar o imóvel. Se a conservação não for feita, o bem poderá vir a ser destombado a pedido do proprietário.

Essa previsão legal tem suscitado dúvidas e preocupações na sua aplicação. Primeiro, porque se poderia supor que a alegação, pelo proprietário, de falta de recursos para conservação poderia ser apenas argumentada pelo mesmo, sem prova efetiva desse fato. Segundo porque, comprovada a efetiva falta de recursos, caberia ao órgão de tutela ter condições orçamentárias e técnicas de proceder à conservação do bem ou desapropriá-lo, sempre visando a sua conservação.

Claro está que a falta de condições financeiras do proprietário para conservar o bem há de ser patente e atual. Partimos do princípio de que todo proprietário pode e deve conservar o seu patrimônio como uma obrigação proprietária; por outro lado, essa conservação não deve se mostrar extremamente gravosa ou extraordinária, caso em que se poderia considerar razoável e pertinente a colaboração do poder público na

conservação do bem, tendo em vista o interesse público a ele atribuído. Ressalta-se que não é admissível que o proprietário deixe o bem deteriorar, sem qualquer conservação, para depois alegar falta de condições de executar as obras de conservação, à vista do volume necessário à recomposição ao estado anterior, caso em que ele será responsabilizado pelo dano causado, senão pelo dolo, certamente por negligência ou imprudência.

Por outro lado, os órgãos de tutela não de ser dotados de recursos financeiros e técnicos para poderem cumprir os encargos de fiscalização e conservação dos bens quando necessário; mas sabemos que, no país, essa não é a realidade administrativa dos órgãos de preservação do patrimônio, o que tem agravado sobremaneira o cumprimento da lei. Mas nem por isso se pode negar-lhe a aplicação.

## **6. Quais os efeitos específicos do tombamento de um bem imóvel?**

Uma das consequências mais importantes do tombamento de um bem imóvel é a constituição de uma área de proteção na sua vizinhança que garanta sua apreciação como patrimônio cultural da comunidade. Essa área de vizinhança, comumente chamada de entorno do bem tombado, passa a estar também sob a tutela da Administração Pública, com formas diferenciadas de proteção em relação ao tombamento. Ela existe e é também tutelada em razão da existência do bem tombado e para garantir que sua fruição pela comunidade não seja prejudicada.

É o art. 18 do DL 25/37 que estabeleceu essa tutela secundária de proteção do bem tombado quando diz:

Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra, ou retirar o objeto, impondo-se neste caso multa de 50% do valor do mesmo objeto.

Esse dispositivo, ao longo das mais de sete décadas de vigência do DL 25/37, teve uma evolução interpretativa importante: é que o sentido teleológico da norma foi sendo sedimentado para além de uma leitura literal do que seja “visibilidade”. Visibilidade é ver o bem e, mais do que isso, é vê-lo bem inserido no seu contexto de

ambiente urbano ou rural, de forma a não acontecer uma distorção quando da sua apreciação. Nesse sentido, “impedir ou reduzir a visibilidade” significa não conservar uma ambiência no entorno do bem que permita a boa apreciação do seu significado no contexto onde ele se situa.

A leitura do art. 18 do DL 25/37 evoluiu não só no sentido de interpretar o conceito de visibilidade para além da literalidade da palavra, compreendendo-o como ambiência, como também de reler o termo “vizinhança” como entorno do bem tombado. Vizinhança é a palavra comumente usada nas relações civis dos direitos dos vizinhos próximos. É compreensível que antes do meado do século XX, quando o DL 25/37 foi editado e as cidades não tinham a dimensão que têm hoje em dia, as expressões usadas na lei fossem mais simples. Isso não implica, evidentemente, que o legislador tenha que fazer atualizações verbais nas leis consolidadas, bastando que o intérprete as faça, desde que nos limites do sentido geral da norma e do seu objetivo. É o que acontece nesse caso em que vizinhança significa entorno do bem tombado necessário à tutela e à proteção de uma ambiência conveniente à sua correta e adequada apreciação e fruição.

Cabe aqui fazer uma referência importante quanto à substituição do sentido da palavra vizinhança por entorno. Essa é uma referência legislativa que vem confirmar esse entendimento, consignada no art. 64 da lei nº 9.605/1998, que trata de *Crimes Ambientais*. Nesse dispositivo encontramos a palavra “entorno” como equivalente à vizinhança para se referir ao que está no envoltório do bem protegido em função de seu valor cultural.

Finalmente, cabe mencionar que a forma pela qual se tutela o que está no entorno do bem imóvel tombado é diferenciada. Isso porque não se trata de tutelar diretamente aqueles imóveis, pois estes não têm por si valor cultural, mas resguardar a ambiência que envolve o bem tombado de modo a ajudar a compreender o seu valor e aumentar e resguardar a sua visibilidade (mais do que somente uma visibilidade física, como dissemos).

É certo que, na tutela da ambiência de um bem tombado, o poder público pode regulamentar a altura e o volume dos imóveis circundantes, sempre relacionados com a visibilidade física desse bem. Sobre isso não paira nenhuma dúvida, nem na doutrina nem na jurisprudência. Porém, a complexidade aumenta quando se considera importante, por exemplo, não autorizar, na vizinhança/entorno, demolições de imóveis



por eles serem importantes para inserir o bem tombado em um contexto determinado. Poder-se-ia fazer isto somente em função do art. 18 do DL 25/37?

Mais uma vez não temos uma resposta definitiva para esta questão, nem na doutrina e nem na jurisprudência pátria. Não se pode dizer que seria impossível defender, aqui e ali, uma tutela de vizinhança que impusesse, aos vizinhos, restrições dessa ordem. Contudo, seria mais seguro, para proteger a ambiência do bem tombado com restrições dessa ordem, que se fizesse um tombamento paisagístico do entorno, cuja motivação de proteção seria a manutenção da paisagem de outro bem tombado. Seria, por certo, um tombamento com uma tutela mais branda. E havendo tombamento paisagístico do que seria um entorno originalmente, poder-se-ia estabelecer, por consequência, um novo entorno: desta vez, um entorno para a área de tombamento paisagístico, cujas restrições serão somente de volume e visibilidade.

O procedimento para se estabelecer o entorno ou vizinhança do bem tombado não está explicitado no DL 25/37. Tradicionalmente, o órgão federal de proteção, ao longo de muitas décadas, considerou possível e pertinente que a incidência dessa tutela da ambiência não estivesse formalmente estabelecida *a priori* no processo de tombamento. Com isso, entendia-se que a avaliação do que era vizinhança poderia ser verificada caso a caso no momento em que aparecesse a demanda respectiva.

Hoje, a nosso ver, essa posição corre grave risco em não mais se sustentar, já que o princípio da publicidade para todos os atos do poder público (art. 37 caput da CF) dificilmente toleraria admitir que houvesse deveres e obrigações impostos a quem quer que seja (e a tutela sobre a vizinhança/entorno se caracteriza como tal) sem que se desse publicidade da sua área de incidência e até dos critérios gerais das eventuais restrições, quando possível.

Ressalte-se que essas questões poderiam ser mais bem resolvidas se o DL25/37 já tivesse sido regulamentado por decreto. Sem extravasar o texto da lei, entendo que essas e outras questões poderiam ser pontuadas, e melhor explicitadas na norma regulamentar secundária, dissipando dúvidas, atualizando expressões e seu alcance de aplicação. Contudo, a regulamentação do texto nacional nunca aconteceu nessas quase oito décadas de vigência.

Outra possibilidade é a de os estados-membros exercerem, com mais efetividade, sua competência concorrente de suplementar o DL 25/37, conforme autoriza o art. 24, §2º da CF. No exercício dessa competência suplementar, os estados,

em função de suas necessidades e de suas características regionais e culturais, podem dispor sobre novos níveis diferenciados de tutela, seja pelo tombamento, seja para proteção de ambiência, estabelecendo, com mais clareza, padrões diversos e mais modernos de incidência de proteção. Até o momento, no entanto, os estados e municípios – que por força do art. 30, inciso II da CF, teriam a mesma competência – pouco ou nada têm usado desse interessante espaço legislativo constitucional.

## **7. Cabe indenização pelo tombamento de bens ou no seu entorno?**

Essa é também uma questão que, embora já sedimentada pela jurisprudência brasileira, ainda levanta dúvidas e perplexidades, e estas são tão maiores quanto mais crescem as cidades.

Já é pacífico que a imposição do tombamento e de tutela na área do entorno do bem tombado não gera, em geral, qualquer tipo de indenização. E por que, em geral? Porque essa é a regra, mas que permite exceções. Vejamos como.

Tombamento e tutela de entorno, assim como o tombamento de bens móveis, são classificados majoritariamente no Direito pátrio, na categoria de limitação administrativa. As limitações administrativas são intervenções do Estado que, no caso, restringem a forma de uso, fruição ou disposição (alienação) de bens, sem que os proprietários sejam privados de seu domínio; ou seja, podem continuar a usá-los com exclusividade. Portanto, o núcleo do que a lei caracteriza como elementos do direito de propriedade – o uso, a fruição e a disposição do bem com exclusividade – fica totalmente preservado, ainda que limitado na sua forma de fazê-lo.

No Direito nacional e estrangeiro, essas regulações de direitos não são estranhas à normativa jurídica. Pelo contrário, são muito comuns a toda a vida social e vão desde as limitações e/ou regulações de liberdades individuais e das formas de compartilhamento da vida social, das formas de fazer comércio, do exercício de atividades econômicas e das profissões até a regulação do uso do território da cidade e da propriedade urbana em razão dos interesses urbanísticos, ambientais e da cultura. Enfim, é da própria natureza da norma jurídica regular a forma do exercício dos direitos e da liberdade na vida social.

Mas, se por um lado, é papel do Estado regular a vida social, por outro, pelo princípio de isonomia, não se pode exigir que uns façam sacrifícios patrimoniais

incomuns e excepcionais em prol do bem comum, enquanto outros, em situações semelhantes, usufruam somente das benesses, sem qualquer compartilhamento dos ônus.

Foi o Estatuto da Cidade (ECi), no art. 2º, inciso IX, que melhor definiu essa diretriz de equidade urbanística. Esse dispositivo determina, como diretriz da política de desenvolvimento urbano, “a justa distribuição de ônus e benefícios do processo de urbanização”.

*Justo* pode ser um conceito subjetivo. E, nesse caso, a subjetividade não nos interessa, pois ela é diversa: varia em função de quem a observa e a avalia. Mas, *justo* também pode e deve ser entendido como equânime, ou seja, regularmente distribuído de forma a não criar distorções entre aqueles que ficam com os ônus e os outros que ficam com mais bônus.

E é nesse sentido que, antes mesmo do ECi explicitar essa diretriz para a política de desenvolvimento urbano, a jurisprudência brasileira já vinha aplicando este princípio às exceções da não indenizabilidade do tombamento.

A indenizabilidade de bens tombados ocorre quando a equidade é circunstancialmente afetada de forma grave, ou seja, quando um bem tombado, em comparação com os demais onde está inserido, sofre, com o tombamento, um ônus anormal e excepcional em relação aos seus vizinhos. É, portanto, a aplicação do princípio da responsabilidade objetiva do Estado por atos lícitos. Por esse princípio, aplica-se a isonomia, em função das circunstâncias onde o bem está inserido; ou seja, só é cabível se pensar em indenização em função da imposição de limitação à forma de uso de um bem se esta afetar de maneira anormal e excepcional a forma de seu uso, de modo a causar um insuportável dano material, comparado aos bens que o circundam.

A circunstância descrita pode levar, inclusive, ao que na doutrina é referido como “desapropriação indireta”. Desapropriação indireta acontece quando o Estado ocupa fisicamente um bem sem o devido processo legal de desapropriação ou compra de um bem; mas é também reconhecida como tal quando o Estado, mesmo sem tomar fisicamente um bem, restringe de tal forma o seu uso útil pelo proprietário que induz ao reconhecimento do esvaziamento econômico da propriedade.

Note-se que não estamos nos referindo aqui a uma eventual variação de preço da propriedade, para mais ou para menos, em função da restrição do tombamento. A variação de preço no mercado é uma exterioridade da propriedade, a ela não se

agregando como elemento constitutivo do domínio. No caso, estamos nos referindo a uma imposição de restrição tão forte e anormal, sempre em relação à realidade que a cerca, que o seu uso útil fique excepcionalmente restringido ou impossível. Nessas circunstâncias é possível ao proprietário pedir indenização pelo esvaziamento econômico da propriedade, com base na regra constitucional da responsabilidade do Estado por atos lícitos, fundada esta que é no princípio da isonomia e da equidade da distribuição de ônus e benefícios das ações do Estado em prol do interesse público e comum da sociedade. Mas essa possibilidade somente poderá ser examinada e deferida caso a caso, de preferência pelo Judiciário.

## **8. Qual a relação do tombamento com o planejamento urbano das cidades?**

O interesse público urbanístico, regulado pelo planejamento urbano, e o interesse público de proteção do patrimônio cultural, regulado parcialmente pelo tombamento, são dois objetos jurídicos distintos, tratados por grupos legislativos diferentes, mas com fortes interconexões e relações.

O Estatuto de Cidade (ECi), Lei federal nº 10.257 de 2001, incluiu, dentre os instrumentos de planejamento, o tombamento (art. 4º, V, d). Contudo, isso não significa que o tombamento seja, a partir dessa lei, um instrumento típico do planejamento urbano ou da gestão do interesse urbanístico. Assim como este mesmo art. 4º do ECi menciona as Unidades de Conservação, categoria jurídica própria do Direito Ambiental, e menciona também o IPTU e a Contribuição de Melhoria, categorias do Direito Tributário, o referido artigo, ao se referir ao instrumento do tombamento, não reduz sua aplicação somente ao âmbito do interesse urbanístico, mas o acolhe no rol dos instrumentos de manejo da gestão municipal de desenvolvimento das cidades.

Da mesma forma, mas em sentido contrário, há um instrumento típico do planejamento urbano que pode, indiretamente, afetar muito positivamente o tombamento ou, mais precisamente, as suas consequências. Esse instrumento é a Outorga Onerosa do Direito de Construir (OODC), referida no art. 28 e segs. do Estatuto da Cidade.

E em que a OODC afeta o tombamento? A implantação da OODC em uma cidade, como política geral de planejamento urbano, não afeta o tombamento diretamente, mas sim as consequências dele ou, mais precisamente, as eventuais

possibilidades de indenização decorrente de restrições ao direito de construir, restrições estas cada vez mais recorrentes nas grandes cidades, com fortes impactos no preço do solo.

É bem comum na maioria das grandes cidades brasileiras, sobretudo naquelas com milhares de habitantes, que as regras de uso do solo defiram, ao proprietário de um imóvel, expectativas de edificabilidade, tomadas indevidamente como “direitos”, permitindo que ele construa, graciosamente, vários pisos em seu terreno; dessa forma, o particular multiplica a extensão original do solo várias vezes, criando solo verticalmente, o que é denominado *solo criado*. E, junto com a multiplicação do solo, ocorre também a multiplicação do seu preço no mercado imobiliário, ainda que o proprietário nada tenha nele construído e em nada contribuído para este enriquecimento.

Ocorre que, se em uma área onde os coeficientes de edificação são altos e graciosamente dados aos proprietários, houver também imóveis tombados e entorno dos mesmos, onde não seja possível edificar naqueles mesmos padrões edilícios comuns, isso irá implicar uma inequitativa distribuição de ônus e benefícios do processo de urbanização: uns podem edificar à vontade e sem qualquer ônus, colhendo, graciosamente, benefícios financeiros dos índices de edificabilidade, e os outros, cujos bens são preservados ou tutelados, têm que manter o porte e as condições atuais de suas edificações, em função do interesse público da preservação do patrimônio cultural.

O impacto dessas discrepâncias tem trazido forte pressão sobre o patrimônio cultural edificado das cidades. A solução para essa questão é dada pelo próprio Estatuto da Cidade, quando preconiza a aplicação da Outorga Onerosa do Direito de Construir como instrumento para equilibrar a distribuição mais equitativa de ônus e benefícios do processo de urbanização.

E como se faz isso? Estabelecendo que os índices de edificabilidade máximos, isto é, aqueles que estão além do índice básico estabelecido uniformemente para todos, serão deferidos mediante pagamento de contrapartida ao poder público, por serem, esses coeficientes máximos de edificabilidade, recursos públicos. Com isso se equaliza os índices de edificabilidade entre todos os titulares de imóveis urbanos em determinada cidade, trazendo benefícios diretos à política de preservação de bens imóveis urbanos<sup>14</sup>.

---

14 Para entender melhor a aplicabilidade da Outorga Onerosa do Direito de Construir, indicamos consultar Furtado, Biasotto e Maleronka (2012).

Isso é tanto verdade que a outra face do instrumento da Outorga Onerosa do Direito de Construir, que é o instrumento da Transferência do Direito de Construir (TDC), referido no art. 35 do ECI, explicitamente menciona, no seu inciso II<sup>15</sup>, a preservação cultural de imóvel como um das razões que justificaria a transferência de potencial construtivo. Só que a TDC somente poderá ser aplicada se houver implementação do índice básico de edificabilidade, e dentro dos seus limites; e que esse índice básico seja equitativo e uniforme, de forma a viabilizar o uso útil da propriedade urbana pelo seu proprietário sem a criação de solos adicionais.

Esse é, sem dúvida, um assunto bastante complexo e que, para sua implantação, requer estudos e planejamento urbanístico sofisticado, bem como um processo contínuo de planejamento. Requer também um alto grau de integração entre a política de desenvolvimento urbano e a política de patrimônio cultural no que se refere ao tombamento e ao entorno dos bens imóveis tombados.

Ainda sobre as relações do planejamento urbano com o tombamento, cabe também nos referirmos aqui a uma forma urbanística de preservação do patrimônio cultural urbano que muito se parece, nos seus efeitos, com o tombamento, mas não se pode dizer que se trata da aplicação desse instrumento: a declaração de áreas de interesse cultural.

As áreas urbanas de preservação de interesse cultural são, de modo geral, uma programação do zoneamento das cidades. Portanto, elas são identificadas, como várias outras áreas específicas, para ter um tratamento diferenciado, do ponto de vista de incidência de formas de uso da propriedade. No planejamento urbano das cidades brasileiras não é incomum que determinadas áreas, ou um percentual de determinadas zonas, sejam destinadas, por exemplo, para habitação social – denominadas zonas especiais de interesse social (Zeis) –, e outras destinadas à proteção ambiental – denominadas áreas especiais de interesse ambiental (Aeia) –, e até áreas de interesse turístico. Há também zonas destinadas exclusivamente a residências, outras destinadas a indústrias, e zonas mistas. Dentre as várias e distintas zonas da cidade, podem existir, ou serem criadas, as áreas especiais destinadas à proteção do ambiente cultural.

---

15 “Art. 35: Lei municipal, baseada no plano diretor, poderá autorizar o proprietário de imóvel urbano, privado ou público, a exercer em outro local, ou alienar, mediante escritura pública, o direito de construir previsto no plano diretor ou em legislação urbanística dele decorrente, quando o referido imóvel for considerado necessário para fins de: [...] II – preservação, quando o imóvel for considerado de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social, ou cultural;”

Seja essa ou qualquer outra denominação que se dê a essas áreas (não importa o nome), fato é que, de modo geral, elas passam a ter uma proteção especial que implica a preservação paisagística dos imóveis, a manutenção da estrutura viária, a preservação da cobertura arbórea, enfim, a preservação do ambiente urbano que revele a história e a memória da cidade e de seus habitantes. Portanto, seus efeitos são parecidos com os do tombamento, mas não se equivalem integralmente, nem quanto à forma de sua imposição nem quanto à totalidade de seus efeitos.

## **9. O tombamento e a preservação do patrimônio arqueológico**

Merece ainda ser mencionada a diferença entre a preservação do patrimônio arqueológico e o tombamento, já que as formas de preservação não se equivalem, necessariamente.

A primeira lei federal de proteção do patrimônio arqueológico é a Lei nº 3.924 de 1961. Ela foi editada para se ter uma forma diferenciada de proteção do patrimônio arqueológico, sobretudo o pré-histórico, já que essa proteção não irá se fazer pela conservação física do bem, mas pela sua exploração para estudo e registro; e o estudo do bem poderá levar à destruição física do mesmo. Logo, se o tombamento pressupõe como finalidade a conservação de um bem, ele não poderia ser usado, no caso do patrimônio arqueológico, já que seu estudo leva à mutilação do mesmo.

Isso não significa, no entanto, que todo sítio arqueológico só possa ser protegido pela forma da Lei nº 3.924/61. Há sítios arqueológicos, mormente sítios históricos urbanos e rurais, cujo objetivo seja sua conservação para memória futura, para os quais o tombamento é o instrumento mais adequado. Nesse caso, com a imposição do tombamento, os sítios já não poderão ser mutilados para estudos, pois a conservação de sua integridade se impõe com o tombamento.

## **10. A preservação de bens móveis pelo tombamento**

Como o tombamento pode ser imposto a coisas, ele é perfeitamente compatível com a proteção de bens móveis, sejam eles individualizados, integrados a imóveis ou como conjuntos ou coleções. A finalidade é a mesma: a sua conservação.

Quando houver tombamento de bens móveis integrantes de coleções, como bibliotecas ou conjuntos de peças de museus, pode haver, excepcionalmente, o caso de substituição de uma ou outra peça, a ser justificada em função do conjunto tombado, ou seja, há que se verificar se essa substituição mutilaria o conjunto enquanto tal ou se a peça não é significativa para o todo tombado, a critério do órgão de preservação do patrimônio cultural.

Outra situação que pode representar interesse é o caso do tombamento de um bem móvel integrado a um imóvel não tombado. Nesse caso, o que interessa não é o imóvel, mas o bem móvel e, dependendo das circunstâncias, ele poderá ser desintegrado do imóvel e preservado em outro lugar, desde que também devidamente autorizado pelo órgão do patrimônio.

Em todas as circunstâncias, o tombamento de bens móveis tem efeitos especiais, além de sua obrigatória conservação. Esses efeitos estão referidos no art. 14 do DL25/37, que determina que os bens móveis tombados não poderão sair do país, “senão por curto prazo, sem transferência de domínio e para fins de intercâmbio cultural” e mediante a autorização do Conselho Consultivo do IPHAN.

E mais: no caso de “extravio ou furto de qualquer objeto tombado, o respectivo proprietário deverá dar conhecimento do fato [ao IPHAN], dentro do prazo de cinco dias, sob pena de multa de dez por cento sobre o valor da coisa” (art.16 do DL 25/37). Obviamente, esses efeitos preconizados no DL 25/37 só se aplicam às coisas móveis.

#### 11. **É possível a preservação de vegetação e flora pelo tombamento?**

Sim, é possível. A flora, embora tenha vida, é coisa e, portanto, passível de tombamento enquanto sua vida durar.

Não é incomum o tombamento de árvores específicas por seu porte, beleza florística ou até interesse científico. São famosos os tombamentos da Floresta da Tijuca pelo órgão federal de preservação (o IPHAN) e da Serra do Mar pelo órgão paulista de preservação do patrimônio cultural. Nesses casos, a conservação se impõe para manter viva a paisagem florística, evitando dano à mesma.

Porém, há que se diferenciar a preservação cultural de espécies florísticas feita pelo tombamento daquela proteção ambiental e ecológica feita por meio de legislação de meio ambiente.



A preservação do meio ambiente, enquanto sistema ecológico, embora tangencie em seu objeto e efeitos a preservação cultural, é gerida por um conjunto de regras jurídicas distintas daquelas regras que regem a proteção do patrimônio cultural, tendo previsão em capítulo constitucional distinto<sup>16</sup>. Por isso, não se confundem nos seus objetos e especialmente na competência e forma de sua gestão e nem nos seus efeitos e consequências jurídicas.

## **Finalmente**

Muitas são as formas de proteção e preservação do patrimônio cultural. Algumas delas estão sugeridas no art. 216 §1º da Constituição Federal. O tombamento é uma delas, a mais antiga e consolidada, mas não a única. E, por ser a mais conhecida, tem sido, por vezes, usada em qualquer circunstância, para qualquer finalidade e efeito, o que não é nem adequado nem apropriado, pois enfraquece sua eficácia e compreensão.

Por outro lado, sua força está na sua permanência no ordenamento jurídico nacional por dezenas de décadas, a partir de uma lei – o DL 25/37 – que se mostrou ser um modelo técnico- jurídico: sucinto, simples e eficaz. Por isso o Decreto-Lei 25 de 1937 permanece e deve ser preservado, enquanto norma símbolo da preservação do patrimônio cultural no Brasil.

## **Fontes consultadas**

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. *Decreto-lei nº 25*, de 30 de novembro de 1937. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Rio de Janeiro, 1937.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 3.924*, de 26 de julho de 1961. Dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos. Brasília, DF, 1961.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 10.257*, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os art. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, DF, 2001.

FURTADO, Fernanda; BIASOTTO, Rosane; MALERONKA, Camila. *Outorga Onerosa do Direito de Construir*: Caderno Técnico de Regulamentação e

---

<sup>16</sup> A proteção do meio ambiente está prevista no Capítulo VI, art. 225 e segs. da Constituição Federal de 1988.

Implementação. Brasília: Ministério das Cidades, 2012. (1 vol. Coleção Cadernos Técnicos de Regulamentação e Implementação de Instrumentos do Estatuto da Cidade).

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

**Como citar:** RABELLO, Sonia. O tombamento. In: REZENDE, Maria Beatriz; GRIECO, Bettina; TEIXEIRA, Luciano; THOMPSON, Analucia (Orgs.). *Dicionário IPHAN de Patrimônio Cultural*. 1. ed. Rio de Janeiro, Brasília: IPHAN/DAF/Copedoc, 2015. (termo chave Tombamento). ISBN 978-85-7334-279-6