



**Dr. Hely Lopes Meirelles**

## PATRIMÔNIO HISTÓRICO. TOMBAMENTO

**Hely Lopes Meirelles**

Juiz aposentado do Tribunal de Alçada de S. Paulo. Ex-Secretário de Estado dos Negócios da Justiça — S.P. Professor, escritor e jurista.

De início, desejo congratular-me com a Associação dos Advogados da Prefeitura do Município de São Paulo pela promoção deste Ciclo de Estudos de Direito Público, e agradecer a honra de minha inclusão dentre os seus conferencistas.

\* \* \*

O poder regulatório do Estado se exerce não só sobre os bens de seu domínio patrimonial, como também sobre as coisas e locais particulares, de interesse público. Nessa última categoria encontram-se as obras, monumentos, documentos e recantos naturais que, embora propriedade privada, passam a integrar o patrimônio histórico e artístico da Nação, como bens de interesse da coletividade, sujeitos ao domínio eminente do Estado, através do tombamento.

**Patrimônio histórico** — O conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens, móveis e imóveis, existentes no país, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da história pátria, ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico ou ambiental. Tais bens tanto podem ser realizações humanas, como obras da natureza; tanto podem ser preciosidades do passado, como criações contemporâneas. A proteção de todos esses bens é realizada por meio do tombamento, ou seja, da inscrição da coisa em livros especiais — **Livros do Tombo**<sup>1</sup> — na repartição competente, para que a sua utiliza-

- (1) — As expressões “Livros do Tombo” e “tombamento”, provêm do Direito português, onde a palavra “tombar” significa “inventariar”, “arrolar” ou “inscrever” nos arquivos do Reino, guardados na “Torre do Tombo”. Por tradição, o legislador brasileiro conservou as expressões reinícolas, na nossa “Lei de Tombamento”. E fez bem, porque começou, assim, a preservar o nosso patrimônio lingüístico, dando o exemplo aos que vão cumprir a lei.

ção e conservação se façam de acordo com o prescrito na respectiva lei.<sup>2</sup>

O valor histórico, artístico, cultural, científico ou ambiental é proclamado pelo órgão administrativo incumbido dessa apreciação, mas quando contestado pelo proprietário da coisa, para subtraí-la do tombamento, pode ser apurado em Juízo, pelos meios periciais adequados.<sup>3</sup> Embora a valoração histórica e artística dependam de juízos subjetivos e conceitos estéticos individuais, nem por isso fica o ato administrativo do tombamento imune à apreciação judicial, para verificar-se a sua legalidade, dentro dos objetivos colimados pela legislação pertinente.

A Constituição da República, de 1969, fiel à orientação histórico-cultural dos povos civilizados, estendeu o amparo do Poder Público a todos os bens que merecem ser preservados e atribuiu a todas as entidades estatais o dever de preservá-los, para recreação, estudo e conhecimento dos feitos de nossos antepassados. No âmbito federal, essa missão está confiada ao Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional — IPHAN. Na esfera estadual e municipal essa atribuição é do respectivo órgão criado para tal fim.<sup>4</sup>

**Tombamento** — Tombamento é a declaração pelo Poder Público do valor histórico, artístico, paisagístico, turístico, cultural ou científico de coisas ou locais que, por esta razão, devam ser preservados, de acordo com a inscrição em livro próprio. O seu fundamento

- 
- (2) — Sobre o patrimônio histórico e artístico, bem como sobre a preservação ambiental e urbanística veja-se o excelente estudo do professor José Afonso da Silva, em seu livro **Direito Urbanístico Brasileiro**, ed. RT, São Paulo, 1981, pp. 481 e segs.
- (3) — STF, RDA, vol. II, fasc. I, p. 124, com comentário de Victor Nunes Leal.
- (4) — No Estado de São Paulo o tombamento é regido pela Lei 10.247, de 22.10.1968 e normas subseqüentes regulamentadas pelo Decreto 13.426, de 16.3.1979.

O Município da Capital de São Paulo editou, recentemente, a Lei 10.032, de 27.12.1985, que dispôs sobre a criação de um Conselho Municipal de Preservação do Patrimônio Histórico, Cultural e Ambiental da Cidade de São Paulo — CONPRES.

jurídico, como já vimos, está no parágrafo único, do art. 180, da Constituição da República, que coloca "sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas".

Como a Constituição da República fala em "Poder Público", qualquer das entidades estatais pode dispor sobre o tombamento de bens em seu território.

A norma nacional sobre o tombamento é o Decreto-lei 25, de 30.11.1937, complementado por disposições de outros diplomas legais,<sup>5</sup> mas o tombamento em si é ato administrativo da autoridade competente e não função abstrata da lei, que estabelece apenas as regras para sua efetivação.

O tombamento se realiza através de um procedimento administrativo vinculado, que conduz ao ato final de inscrição do bem num dos Livros do Tombo. Nesse procedimento deve ser notificado o proprietário do bem a ser tombado, dando-se-lhe oportunidade de defesa na forma da lei. Nulo será o tombamento efetivado sem atendimento das imposições legais e regulamentares, pois que, acarretando restrições ao exercício do direito de propriedade há que observar o devido processo legal para sua formalização, e essa nulidade pode ser pronunciada pelo Judiciário, na ação cabível, em que será apreciado tanto a legalidade dos motivos quanto a regularidade do procedimento administrativo em exame.

- 
- (5) — Além do Decreto-lei 25/37, que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, vejam-se o Decreto-lei 2.809, de 23.11.1940, que dispõe sobre donativos particulares ao IPHAN; o Decreto-lei 3.866, de 29.11.1941, que dispõe sobre o cancelamento de tombamento pelo Presidente da República; a Lei 3.924, de 26.7.1961, que dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos; a Lei 5.471, de 09.7.1968, que dispõe sobre a exportação de livros antigos e conjuntos bibliográficos brasileiros; o Decreto 66.967, de 27.7.1970, que, em seu art. 14, concede autonomia administrativa e financeira ao IPHAN; a Lei 6.292, de 15.12.1974, que torna obrigatória a homologação do tombamento pelo Ministro da Cultura.

O tombamento tanto pode acarretar uma restrição individual quanto uma limitação geral. É restrição individual quando atinge determinado bem — uma casa, por exemplo — reduzindo os direitos do proprietário ou impondo-lhe encargos; é limitação geral quando abrange uma coletividade, obrigando-a a respeitar padrões urbanísticos ou arquitetônicos, como ocorre com o tombamento de locais históricos ou paisagísticos.

No exercício da faculdade que lhe outorga o artigo 180, parágrafo único da Constituição, o Poder Público impõe as restrições necessárias à utilização e conservação do bem, mas se estas chegarem a constituir interdição do uso da propriedade, a coisa tombada ou afetada pelo tombamento deverá ser indenizada, como veremos adiante.

Ultimamente o tombamento tem sido utilizado para proteger florestas nativas. Há equívoco nesse procedimento. O tombamento não é o instrumento adequado para a preservação da flora e da fauna. As florestas são bens de interesse comum e estão sujeitas ao regime legal especial estabelecido pelo Código Florestal (Lei 4.771, de 15.9.1965), que indica o modo de preservação de determinadas áreas florestadas. O mesmo ocorre com a fauna, que é regida pelo Código de Caça (Lei 5.197, de 3.1.1967) e pelo Código de Pesca (Decreto-Lei 221, de 28.2.1967), os quais indicam como preservar as espécies silvestres e aquáticas. Apenas os monumentos e as "paisagens naturais notáveis", nos termos da Constituição da República (art. 180, parágrafo único), podem ser tombadas. Notável significa incomum, extraordinário, algo que se destaque no panorama ambiental. Portanto, a preservação das florestas e da fauna silvestre é de ser feita com a criação de parques nacionais, estaduais e municipais, ou de reservas biológicas, como permite expressamente o Código Florestal (art. 5º).

**Processo** — A abertura do processo de tombamento, por deliberação do órgão competente, assegura a preservação do bem até a decisão final, a ser proferida dentro de 60 dias, ficando sustado desde logo qualquer modificação ou destruição (art. 9º, item 3). É o que se denomina **tombamento provisório** cujos efeitos são equiparados aos do **tombamento definitivo**, salvo quanto ao registro no cartório imobiliário e ao direito de preferência reservado ao Poder Público (arts. 7º e 13). Mas esse tombamento provisório não pode ser protelado além do

prazo legal, sob pena de a omissão ou retardamento transformar-se em abuso de poder, corrigível por via judicial.

Feito o tombamento definitivo, caberá recurso ao Presidente da República, para o cancelamento na forma estabelecida pelo artigo único do Decreto-lei 3.886, de 29.11.1941. Esse cancelamento, aliás, pode ser determinado até mesmo de ofício "atendendo a motivos de interesse público", como diz o mencionado artigo. Não é de se louvar o poder discricionário que se concedeu ao Presidente da República em matéria histórica e artística, sobrepondo-se o seu juízo individual ao do colegiado do IPHAN a quem incumbe decidir originariamente o assunto. A autoridade desse órgão, especializado na matéria, não deveria ficar sumariamente anulada pelo julgamento subjetivo ou político do Chefe da Nação. A instituição desse recurso se deve, naturalmente, à origem ditatorial do diploma que o estabeleceu, em cujo regime o Presidente da República absorvia todos os poderes e funções ainda que estranhos à sua missão governamental.

As coisas tombadas, embora permaneçam no domínio e posse de seus proprietários, não poderão em caso algum ser demolidas, destruídas ou mutiladas, e nem pintadas ou reparadas sem prévia autorização do IPHAN, sob pena de multa de 50% do dano causado (art. 17). Do mesmo modo, os bens tombados não podem sair do País, nem ser alienados a título oneroso, sem prévia oferta à União, ao Estado ou ao Município em que se encontram, para que exerçam o seu direito de preferência à aquisição, sendo nula a alienação que se fizer com preterição desse preceito legal (art. 22 e §§).

Na vizinhança dos imóveis tombados não se poderá fazer qualquer construção que lhes impeça ou reduza a visibilidade, nem colocar anúncios ou cartazes, sob pena de retirada ou destruição e multa de 50% do valor das obras proibidas (art. 18). O conceito de **redução de visibilidade**, para fins de Lei de Tombamento, é amplo, abrangendo não só a tirada da vista da coisa tombada, como a modificação do ambiente ou da paisagem adjacente, a diferença de estilo arquitetônico, e tudo o mais que contraste ou afronte a harmonia do conjunto, tirando o valor histórico ou a beleza original da obra ou do sítio protegido.

Os monumentos arqueológicos e pré-históricos foram também colocados sob a guarda e proteção do Poder Público pela Lei

3.204, de 20.7.1961. Esta lei conceitua o que se considera monumento arqueológico ou pré-histórico (art. 2º), e sujeita as escavações para fins de pesquisa em terras públicas ou particulares à permissão do governo federal (art. 8º), através do IPHAN; preserva as descobertas fortuitas (artigo 17), e proíbe a remessa para o exterior, de objetos de interesse arqueológico, pré-histórico, numismático ou artístico, sem licença expressa do órgão competente, e pune os infratores por crime contra o Patrimônio Nacional (art. 4º).

Concluindo o tombamento definitivo, de imóvel particular ou público, deverá ser comunicado ao registro imobiliário competente, para averbação à margem da transcrição do domínio (Decreto-lei 25/37, art. 13), a fim de produzir efeitos perante terceiros.

Os bens tombados só podem ser desapropriados para manter-se o tombamento, jamais para outra finalidade. Nem mesmo as entidades estatais maiores poderão expropriar bens tombados pelas menores, enquanto não for cancelado o tombamento pelo órgão competente. Se assim não fosse, de nada valeria o tombamento pelo Estado ou pelo Município se a expropriação proviesse da União.

**Indenização** — O tombamento, em princípio, não obriga a indenização, salvo se as condições impostas para a conservação do bem acarretam despesas extraordinárias para o proprietário, ou resultam na interdição do uso do mesmo bem, ou prejudicam a sua normal utilização, suprimindo ou depreciando o seu valor econômico. Se isto ocorrer é necessária a indenização, a ser efetivada amigavelmente ou mediante desapropriação pela entidade pública que realizar o tombamento, conforme o disposto no art. 5º, alínea k, do Decreto-lei nº 3.365/41, que considera, dentre os casos de utilidade pública, “a preservação e conservação dos monumentos históricos e artístico”, bem como “a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza”.

Tombamento não é confisco. É preservação de bens de interesse da coletividade, imposta pelo Poder Público em benefício de todos, e assim sendo não pode um ou alguns particulares serem sacrificados no seu direito de propriedade, sem a correspondente indenização reparatória do prejuízo ocasionado pelo tombamento. Assim já nos pronunciamos, em harmonia com os doutrinadores pátrios que se ocu-

param do assunto. Com efeito, o tombamento de uma obra de arte que permita ao seu dono continuar na sua posse e no seu desfrute não exigirá indenização, mas o tombamento de uma área urbana ou rural que impeça a edificação ou a sua normal exploração econômica, há que ser indenizada.

*Associação dos Procuradores do Município de São Paulo*