

TOMBAMENTO: ESPÉCIE DE SERVIDÃO ADMINISTRATIVA

FRANCISCO OCTAVIO DE ALMEIDA PRADO FILHO

Pretendemos, no presente estudo, analisar a natureza jurídica do tombamento. Para tanto partiremos da análise das normas constitucionais que tratam do tema, para, ao depois, apresentar suas principais características e, só então, analisar sua natureza jurídica e o grau de especialidade em razão de sua finalidade.

Tratamento Constitucional

De acordo com o artigo 23, III da Constituição Federal é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios *proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos*. Trata o mencionado artigo de competência administrativa comum dos entes federativos.

A competência legislativa, por sua vez, encontra-se delineada no artigo 24, VII da Lei Maior, que estabelece ser competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal legislar sobre a *proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico*, cabendo à União, apenas, editar normas gerais sobre a matéria.

O tombamento propriamente dito encontra previsão constitucional no Título VIII, Capítulo III, Seção II que trata “Da Cultura”. Estabelece o artigo 216, §1º da Constituição Federal que “*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 §5º

do mesmo dispositivo determina: “*ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos*”.

Assim, além de prever que o tombamento é instrumento de proteção do patrimônio cultural brasileiro, a Constituição Federal expressamente declarou, ao determinar seu tombamento, que integram o patrimônio cultural brasileiro os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

Além da competência comum prevista no artigo 23, III, estabelece o artigo 30, IX da Constituição competência municipal específica para *promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual*.

Parece-nos, portanto, que o interesse local é determinante da competência municipal para determinar o tombamento que, não obstante, poderá recair¹, inclusive, sobre bens da União ou dos Estados, desde que apresentem características que os classifique como integrantes do “patrimônio histórico-cultural local”.

Além da competência administrativa material, detém, ainda, o município, nos termos do artigo 30, II competência legislativa suplementar para tratar da matéria.

Mais que a questão da competência, entretanto, é importante salientar que, ao contrário do que ocorre com a desapropriação, o tombamento não foi constitucionalmente tratado como instrumento de política urbana, mas sim, apenas, como instrumento de proteção do patrimônio cultural brasileiro.

Dizemos isso porque acreditamos haver suficientes razões jurídicas – a começar pelo tratamento constitucional – para que o instituto

¹ Adverte José dos Santos Carvalho Filho que “a entidade menor interessada deve obter autorização do ente público maior a quem pertencer o bem a ser tombado; só assim nos parece compatível a interpretação do art. 23, III, da CF, que confere a todas as pessoas federativas competência comum para proteger bens de valor histórico, artístico e cultural”. (“Manual de Direito Administrativo”, 16ª ed., p. 667)

seja utilizado apenas como instrumento de proteção do patrimônio cultural e não como instrumento de política urbana, sem deixar de reconhecer, no entanto, as implicações urbanísticas – por vezes negativas - da utilização do instituto.

Tratemos, portanto, de analisar as principais características do tombamento com base no disposto no decreto federal que regula a matéria.

Regramento Infraconstitucional

No plano infraconstitucional foi recepcionado pela Constituição de 1988 o Decreto-Lei nº 25, de 30.11.37, que disciplina o tombamento no âmbito federal, definindo, em seu artigo primeiro, que patrimônio Histórico e Artístico Nacional é o *conjunto de bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja do interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnológico, bibliográfico ou artístico*. O parágrafo segundo do mencionado artigo equipara, aos bens descritos no *caput*, os *monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou grandeza ou agenciados pela indústria humana*, também sujeitos ao tombamento.

A norma federal prevê a existência de quatro livros de Tombo: *Livro do Tombo Arqueológico, Etnológico e Paisagístico; Livro de Tombo Histórico; Livro do Tombo das Belas Artes e Livro do Tombo das Artes Aplicadas*.

A norma federal, portanto, encontra-se em perfeita consonância com o texto constitucional, que prevê o tombamento como instrumento de proteção do patrimônio cultural brasileiro. Com efeito, cada um dos livros do tomo acima mencionados corresponde a uma especial classe de interesse cultural a ser tutelado.

Descritos os livros do tomo, prevê o decreto federal que no caso de bens pertencentes à União, aos Estados ou aos Municípios, o

tombamento deverá ser feito de ofício. No caso de bens pertencentes a pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado, o tombamento poderá ser feito de forma voluntária ou compulsória, cabendo falar, nesses casos, em tombamento provisório ou definitivo.

Chama-se de voluntário o tombamento realizado a pedido do proprietário e, ainda, aquele em que o proprietário, notificado, manifesta por escrito sua anuência.

Compulsório é o tombamento em que o proprietário, notificado a manifestar sua anuência, deixa de fazê-lo. Nesse caso, inicia-se processo administrativo em que é facultado ao proprietário oferecer impugnação fundamentada, a ser examinada pela Administração.

Com a notificação do proprietário considera-se instituído o tombamento provisório, equiparado em efeitos ao tombamento definitivo, com exceção da transcrição no Registro de imóveis. Considera-se definitivo o tombamento após a inscrição do bem no referido livro do Tombo.

Não é demais enfatizar – a despeito de ser óbvio – que o processo administrativo de tombamento deverá respeitar o devido processo legal, com as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, sob pena de nulidade do procedimento.

Do tombamento decorre uma série de efeitos implicando obrigações não só para o proprietário, mas também para os proprietários de imóveis vizinhos e para o próprio Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN). Conforme os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro² *resultam para o proprietário obrigações positivas (de fazer), negativas (não fazer) e de suportar (deixar fazer); para os proprietários de imóveis vizinhos, obrigações negativas (não fazer); e para o IPHAN, obrigações positivas, (fazer)*. Todas essas obrigações encontram-se detalhadamente descritas no decreto federal, em seus artigos 11 a 21.

² “Direito Administrativo”, 19ª edição, Jurídico Atlas, p. 155.

Natureza Jurídica

Discute-se, ainda hoje, a natureza jurídica do tombamento: se consiste em limitação administrativa, servidão administrativa ou ainda em categoria própria, não integrante das demais. Antes de enfrentar a polêmica, entretanto, é preciso esclarecer quais os conceitos que adotamos de limitação e de servidão administrativa, evitando, dessa forma, discussões meramente semânticas sobre o tema.

Como adverte Gordillo³, *la claridad del vocablo o definición que se estipule es un prerrequisito de la claridad de todo lo que luego se exponga sobre el tema.*

Bem por isso, esclarecemos desde logo que, com relação aos conceitos de servidão e limitação administrativa, adotamos os ensinamentos de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO⁴. De acordo com o autor, não se deve confundir liberdade e propriedade com direito de liberdade e direito de propriedade. Diz o festejado administrativista que os direitos de liberdade e de propriedade são, em verdade, expressão da liberdade e da propriedade tal como aceitas em determinado sistema jurídico. Conclui dizendo que *rigorosamente falando, não há limitações administrativas ao direito de liberdade e ao direito de propriedade – é a brilhante observação de Alessi – uma vez que estas simplesmente integram o desenho do próprio perfil do direito.*

Diversamente da limitação, a servidão administrativa implica sacrifício de direitos em prol da coletividade. De acordo com o Prof. CELSO ANTÔNIO *se a propriedade é atingida por um ato específico, imposto pela Administração, embora calcada em lei, a hipótese é de servidão, porque as limitações administrativas são sempre genéricas.* Esclarece ainda o autor que a generalidade não é característica exclusiva das limitações pois, mesmo nos

³ “Tratado de Derecho Administrativo”, Ed. Del Rey, 7ª ed., Tomo I, p. I-18,

⁴ “Apontamentos sobre o Poder de Polícia”, *in* RDP 9/55

casos em que a propriedade for afetada por disposições genéricas, estar-se-á diante de servidão se houver a imposição de uma obrigação de suportar e não apenas de um dever de abstenção.

Partindo das noções acima expostas, afirmamos com segurança que tombamento é uma espécie de servidão administrativa, por depender de ato específico da Administração e impor uma obrigação de suportar, sacrificando parcela do direito de propriedade sobre o bem tombado. A questão, no entanto, não é pacífica.

THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, entende ser o tombamento uma das manifestações do poder de polícia do Estado (limitação administrativa). De acordo com o autor o tombamento é medida por meio da qual *se disciplina o exercício de um direito em benefício da estética e da conservação do nosso patrimônio artístico e histórico*⁵. Curioso notar que, apesar de qualificar o tombamento como limitação administrativa, o conceito de limitação administrativa empregado pelo autor é rigorosamente o mesmo daquele adotado pelo Prof. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO.

Também ALESSI, apesar de ter demonstrado precisa e detalhadamente a distinção entre limitação e servidão administrativa, classifica o tombamento entre *las limitaciones para assegurar a la colectividad una determinada utilidad ofrecida por el bien objeto del derecho de propiedad*.⁶

Note-se que a distinção é importante, sobretudo, pois, sendo as limitações administrativas integrantes do próprio perfil dos direitos de liberdade e de propriedade, pode-se concluir que, em se tratando de limitações administrativas, não cabe falar em indenização⁷. De outra parte,

⁵ Curso de Direito Administrativo, 4ª ed., livraria Freitas Bastos, p. 145-147

⁶ Instituciones de Derecho Administrativo”, Tomo II, Barcelona: Bosch, 1970, p. 478

⁷ Nos dizeres de ADÍLSON ABREU DALLARI: “Enquanto medidas de ordem geral que, que não retiram o conteúdo do direito de propriedade mas apenas lhe definem os contornos, as limitações administrativas não geram para o Estado o dever de indenizar.” *in* Servidões Administrativas, *in* RDP 59/88

constituindo a servidão verdadeiro sacrificio de direito, será indenizável sempre que tal sacrificio resultar em desvalorização econômica do bem.

Vale esclarecer, nesse ponto, que o enquadramento do tombamento como servidão administrativa não tem por conseqüência o reconhecimento do dever de indenizar em todo e qualquer caso concreto. Ocorre que, se por um lado se pode afirmar que as limitações administrativas não dão ensejo a indenizações, não é correta, de outra forma, a afirmação de que as servidões serão sempre indenizáveis. Explicamos: pode haver servidão, sacrificio de direitos do proprietário, que não implique desvalorização do valor econômico do bem, caso em que, embora constitua servidão administrativa, não será indenizável.

Com efeito, podemos facilmente imaginar que do reconhecimento do valor histórico de um determinado bem, através do tombamento, possa resultar elevação de seu valor econômico. O fato de o bem ter sido valorizado, no entanto, não significa que os direitos do proprietário não tenham sido sacrificados. Trata-se de um sacrificio de direitos que, no entanto, não tem como reflexo uma depreciação econômica do bem. É uma servidão administrativa não indenizável.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO⁸ e JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO⁹ consideram o tombamento como uma categoria própria, não integrante da classe das limitações ou das servidões. Ambos os autores afastam a classificação de tombamento como servidão principalmente pelo fato de não haver no tombamento as categorias do dominante e do serviente, características que consideram essenciais para a caracterização da servidão.

O conceito que adotamos de servidão, entretanto, conforme já exposto, limita-se a considerá-la, nos termos propostos por Celso ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO¹⁰, *direito real que assujeita um bem a suportar uma*

⁸ *op. cit.* p. 159

⁹ “Manual de Direito Administrativo”, 16ª ed., p. 664

¹⁰ Curso de Direito Administrativo, 20ª ed., p. 854

utilidade pública, por força da qual ficam afetados parcialmente os poderes do proprietário quanto ao seu uso e gozo. Tendo por base o conceito adotado e os argumentos acima expostos, podemos afirmar com tranqüilidade que o tombamento é espécie de servidão administrativa; constitui verdadeiro sacrifício de direito individual em prol de uma utilidade pública, de toda a coletividade.

Espécie de Servidão Administrativa

De acordo com LÚCIA VALLE FIGUEIREDO¹¹ o tombamento, além de fato administrativo caracterizado pela inscrição no livro do tombo, *nada mais é que rótulo inútil no que tange ao regime jurídico. É dizer: ou estaremos diante da figura jurídica da expropriação, ou da servidão administrativa.*

Nesse ponto, é preciso esclarecer que, quando a título de tomar, o Poder Público restringe o direito de propriedade a ponto de impossibilitar o seu exercício, estará, em realidade, expropriando o bem. Nesse caso entendemos que a despeito de a Administração ter utilizado, de forma imprópria, o rótulo do tombamento, configura-se um caso de desapropriação indireta e não tombamento propriamente dito.

Ocorre que, como dissemos anteriormente, consideremos que o tombamento configura servidão administrativa. Não é, no entanto, rótulo desprovido de efeitos jurídicos. Embora configure servidão, o tombamento é espécie dentro do gênero, tendo sua especialidade configurada pelo especial interesse de ordem pública que visa proteger: o patrimônio cultural.

Assim, as figuras de tombamento e da servidão não se confundem, mas, de forma diversa, a primeira, mais restrita, está incluída na segunda, mais ampla. De forma simplificada, pode-se afirmar que o tombamento é uma espécie de servidão administrativa destinada à proteção do patrimônio cultural.

¹¹ Curso de Direito Administrativo, 2ª ed., p. 200

Diz PAULO AFONSO LEME MACHADO¹² que *não se pode esquecer do valor do tombamento como regime jurídico antecipativo e às vezes acessório do zoneamento urbano. À cobiça e imprevisão de alguns, erige esse instituto jurídico como autolimitador do próprio poder público*. Entende, portanto, o autor, que o tombamento pode ser utilizado como instrumento da política urbana, especialmente para fins de zoneamento.

Ocorre que, embora não se possa negar a possível influência do tombamento no zoneamento urbano, não é possível usá-lo como seu substituto, visto possuírem ambos institutos natureza e finalidade distintas.

Enquanto o zoneamento é limitação administrativa, típica atividade do poder de polícia do Estado¹³, o tombamento é, como demonstrado acima, servidão administrativa. Enquanto o zoneamento é instrumento da política urbana, o tombamento é instrumento de proteção do patrimônio cultural brasileiro.

Não é possível, como diz JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO¹⁴, utilizar o tombamento como instrumento de política urbana. Adverte o autor que *certas zonas urbanas têm sido qualificadas como ‘áreas de proteção ao ambiente cultural’, e nelas se indicam os imóveis sujeitos àquelas limitações*. Nesses atos, de acordo com o doutrinador, há *notório desvio de perspectiva*. *São eles flagrantemente ilegais e nenhuma relação têm com o real motivo do tombamento. O fundamento real deste instituto é a preservação do patrimônio público, mas naquelas áreas não há qualquer ambiente cultural a ser preservado*.

¹² “Ação Civil Pública (ambiente, consumidor, patrimônio cultural) e Tombamento, ed. RT, p. 56

¹³ Nesse sentido, vide “Natureza Jurídica do Zoneamento”, artigo de Celso Antônio Bandeira de Mello, in RDP 61/34-47

¹⁴ *op. cit.*, p. 663

Para ilustrar as diferenças essenciais entre política urbana e a finalidade do tombamento, valemo-nos das lições de CARLOS ARI SUNDFELD¹⁵ para quem o planejamento é pressuposto da ordem urbanística. Diz o autor que o urbanismo é um *projeto de racionalização urbana via atuação estatal*. Assim, a ação urbanística do Estado só se legitima se estiver racionalmente orientada.

Assim, se por um lado o urbanismo é um *projeto de racionalização urbana*, diz respeito à organização racional do uso do espaço, o tombamento não se presta a tal finalidade, muito pelo contrário. Destina-se o tombamento à proteção do patrimônio cultural, ainda que tal proteção seja instituída em detrimento de uma ocupação racional do uso do solo ou mesmo prejudique o desenvolvimento econômico ou a circulação de veículos em uma dada região.

Conclusão

O tombamento é, em nosso ordenamento jurídico, instrumento de proteção do patrimônio cultural previsto no artigo 216, §1º da Constituição Federal. Integra o gênero das servidões administrativas, assim entendidas, nos termos propostos por Celso ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, como *direito real que assujeita um bem a suportar uma utilidade pública, por força da qual ficam afetados parcialmente os poderes do proprietário quanto ao seu uso e gozo*. Dentro do gênero das servidões administrativas podemos dizer que a utilidade pública por força da qual fica o bem afetado pelo tombamento é a preservação do patrimônio cultural em benefício de toda a coletividade. Sendo o tombamento instrumento de proteção ao patrimônio cultural, não pode ser utilizado como instrumento da política urbana.

¹⁵ “O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais” in Estatuto da Cidade, coord. Adilson de Abreu Dallari e Sérgio Ferraz, Malheiros, p. 56