

## REFLEXÕES ACERCA DAS RESTRIÇÕES IMPOSTAS AO TOMBAMENTO PELO DECRETO LEI 25/1937

CRISTINA AKEMI MYAKI GROSSKOPF<sup>4</sup>

NERY DOS SANTOS DE ASSIS<sup>5</sup>

**RESUMO:** O instituto do tombamento é tema relevante e atual no sentido dado pela Constituição de 1988, onde uma seção inteira é dedicada à cultura sendo seu objeto a garantia de acesso às fontes culturais e de apoio, incentivo, difusão e valorização das manifestações culturais. Entre as formas de preservação dessas manifestações se encontra o tombamento, este já regulado anteriormente pelo decreto 25/37, necessário rever a aplicação dele nos dias e contextos atuais. **Material e Métodos:** o estudo se deu pela análise doutrinária, documental e legal do tema em questão. **Resultados:** observa-se uma dificuldade eminente pelo tombamento de imóveis particulares devido a restrição imposta aos mesmos. Apesar de dispositivos legais criados a fim de mitigar as restrições (isenção de IPTU, destinação de 25% do ICMS, construção em outra área para compensação) e contribuir para a manutenção dos bens tombados e outras formas de manifestação cultural, espera-se que estes não sejam instrumentos de mais uma forma de incentivo a prática da improbidade administrativa. **Conclusão:** atualização a respeito do direito de propriedade é sempre bem vindo, pois, apesar de ser garantia constitucional, a propriedade está sujeita a restrições e limitações que também merecem defesa por parte dos particulares envolvidos e que se sintam prejudicados.

**Palavras-Chave:** propriedade, garantia constitucional, patrimônio.

## REFLECTIONS ON THE RESTRICTIONS IMPOSED ON TAKING UP BY DECREE LAW 25/1937

**ABSTRACT:** The institute of tipping is a relevant and current theme in the sense given by the Constitution of 1988, where an entire section is dedicated to culture and its object is the guarantee of access to cultural sources and support, encouragement, diffusion and appreciation of cultural manifestations. Among the forms of preservation of these manifestations is the tipping, which was previously regulated by Decree 25/37, it is necessary to review its application in the current days and contexts. **Material and Methods:** the study was based on the doctrinal, documentary and legal analysis of the subject in question.

---

<sup>4</sup> Pós-graduada em Educação Especial Inclusiva pela UNICERP, Graduação em LETRAS pela FAFI de Patrocínio, Graduação em Fonoaudiologia pela USC de Bauru, aluna do 9º período da graduação do curso de Direito da UNICERP, aluna da Pós-graduação no Novo Código de Processo Civil pela UNICERP. Teraballo desenvolvido com financiamento do PRO-IC UNICERP.

<sup>5</sup> Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Estadual Paulista-UNESP/FFC-Marília/SP e graduado em Direito pelo UNIVEM/SP, professor da Graduação e Pós-graduação em Direito do UNICERP.

**Results:** there is an imminent difficulty in the tipping of private properties due to the restriction imposed on them. Although legal provisions created to mitigate the restrictions (exemption of IPTU, 25% of ICMS, construction in another area for compensation) and contribute to the maintenance of fallen assets and other forms of cultural manifestation, it is expected that these are not instruments of another form of incentive to the practice of administrative improbity. **Conclusion:** updating the right to property is always welcome, since, despite being a constitutional guarantee, property is subject to restrictions and limitations that also deserve defense by the individuals involved and who feel impaired.

**Keywords:** property, constitutional guarantee, patrimony.

## INTRODUÇÃO

O desenvolvimento de projetos de pesquisa realmente são de extrema relevância no mundo acadêmico, são elas que fomentam o que já existe no mundo literário e das normas jurídicas e favorecem o seu enfrentamento através de entendimentos jurisprudenciais nos casos de direito material que não comportam o previamente estabelecido pelo direito formal.

Essas mazelas são comuns em se tratando de direito, matéria esta relacionada às ciências sociais, portanto, perfeitamente sujeita a essas provocações, vez que nem tudo pode ser previsto pelos legisladores.

O objeto tratado pelo presente artigo surgiu do interesse em se aprofundar na questão do instituto do tombamento como forma constitucional de preservação do patrimônio artístico e nacional.

Visando aprimorar conhecimentos em relação ao tombamento, além de visitar doutrinadores da área de direito administrativo e constitucional, foram também realizadas visitas à secretaria municipal de cultura da cidade de Patrocínio, perfazendo-se uma leitura prática entre o que relata a doutrina e o que se observa na prática.

Conforme (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 928), “o tombamento é a intervenção administrativa na propriedade pela qual o Poder Público sujeita determinados bens à sua perene conservação para preservação dos valores culturais ou paisagísticos neles encarnados”.

O Cristo Redentor, a Torre Eiffel, as Pirâmides do Egito são monumentos que imediatamente nos remetem a seu país de origem, retratam uma época, um povo, uma cultura, e isto tem sido possibilitado pelo instituto do tombamento, como principal mecanismo da preservação dos mesmos ao longo dos anos, muitos bens são inclusive declarados como bens da humanidade, tombados pela UNESCO.

Um dos objetivos do tombamento conforme a constituição é garantir o Patrimônio Histórico Artístico e Cultural de modo que, os mesmos, sejam preservados para as presentes e futuras gerações, com previsão no artigo 225, uma garantia constitucional, de direito difuso.

Neste artigo abordaremos algumas questões relativas à intervenção do Estado em bens imóveis que podem ser tanto públicos como privados, tanto um como outro sofrem restrições, porém no caso do particular o ônus será suportado apenas pelo mesmo.

No entendimento de Alexandrino (2014, p. 1033), “o tombamento é sempre resultante de vontade expressa do Poder Público manifestada por ato administrativo do Executivo”, portanto, há que se observar a regularidade desses atos de forma a garantir a estrita legalidade dos mesmos e ainda assim respaldando ao proprietário de bem imóvel que lhe foram respeitadas todas as formas de defesa.

Ainda conforme Alexandrino (2014, p.1033) os passos de forma sintetizada são: o parecer do órgão técnico cultural, a notificação ao proprietário para que manifeste-se de forma a anuir ou impugnar a intenção do Poder Público, passa-se no passo seguinte para a tomada de decisão do Conselho Consultivo que se manifestará pela anulação do processo caso haja irregularidades, pela rejeição da proposta de tombamento ou pela homologação da proposta, no caso de eventual interposição de recurso pelo proprietário, este deve ser dirigido ao Presidente da República.

Uma vez homologada a decisão, deverá o órgão competente promover a efetivação do tombamento através do registro no Ofício de Registro de Imóveis, desta feita surtirão os efeitos restritivos ao bem.

As restrições impostas ao imóvel tombado estão descritas no decreto 25/37, artigo 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 cinquenta por cento do dano causado.

Difícil entender nos dias atuais qual a razão do legislador em delegar (ou manter) tal atribuição somente ao particular (em se tratando de tombamento de imóvel privado), vez que o objetivo do instituto quanto à preservação deve ser de toda coletividade, ainda mais sendo a obrigação de proteção ao patrimônio um direito difuso.

## **A PRESERVAÇÃO DO PATRIMONIO HISTÓRICO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

A preservação do patrimônio histórico artístico e nacional é sem dúvida nenhuma de fundamental relevância para manutenção da memória cultural de um povo, são elas que de alguma forma retratam o passado e nos tornam capazes de entender o presente e traçar o futuro. O respeito pelas raízes é muito significativo em relação a como a sociedade atual preserva seus valores.

Para tanto as constituições anteriores de alguma forma sempre dedicaram ao menos um artigo para se referir a esta temática, contudo somente com a Constituição de 1988 é que o assunto ganhou especial destaque com uma seção dedicada exclusivamente ao tema.

Também conhecida como Constituição Cidadã, a Constituição de 1988 além de se preocupar com os direitos de primeira e segunda geração, também contemplou os direitos de terceira geração, incluindo-se aqui os direitos difusos, onde entre outras estão incluídas as garantias relativas ao patrimônio e ao meio ambiente.

Os direitos difusos são considerados aqueles que ultrapassam a esfera de um único indivíduo, caracterizado ainda por sua indivisibilidade, onde a satisfação do direito deve atingir a uma coletividade, mesmo que indeterminada, porém ligada por circunstâncias de fato. A proteção do patrimônio encaixa-se perfeitamente neste exemplo como um direito difuso, sendo o tombamento uma de suas formas.

Porém foi na vigência da Constituição de 1937 que surge o decreto de nº 25 que regulamenta o instituto do tombamento, até os dias atuais.

Preceitua o decreto 25/37 em seu artigo primeiro que:

Constitui o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

No presente artigo a abordagem será em relação aos bens imóveis de particulares, cientes de que, conforme o decreto 25/37 só tornarão parte integrante do patrimônio histórico artístico nacional, os bens que por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil tenham reconhecido o seu valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

Ainda neste sentido dispõe o decreto que deve estar o bem inscrito separada ou agrupadamente num dos quatro Livros do Tombo, de que trata o artigo 4º desta lei. Conforme disciplinado por Di Pietro (2012 p.148): o tombamento é um procedimento administrativo composto por sucessão de atos preparatórios do ato final que é a inscrição do bem no livro do Tombo.

O livro do Tombo tem origem portuguesa. Trata-se de legado herdado de nossos antepassados colonizadores que por sua vez trouxeram de Portugal o costume de registrar,

inventariar, inscrever nos arquivos do reino guardados na torre do Tombo – Portugal, daí a nomenclatura livros do Tombo e, por fim, tombamento.

Deverão uma vez inscritos nos livros do Tombo, os imóveis ficarem sujeitos a restrições parciais – portanto, embora pertença a um (s) particular (es), passa(m) a ser(em) considerado(s) de interesse público.

O decreto disciplina, conforme já abordado, toda logística de atos seqüenciais administrativos referentes ao procedimento de tombamento, desde a notificação do proprietário do imóvel sobre o interesse público em relação ao tombamento de sua propriedade, até o ato final que é a inscrição no livro do tomo.

Quanto às restrições impostas, cumpre ressaltar que, ao proprietário, este não perde a posse do imóvel, porém pode usufruí-lo de forma restritiva, este é o ponto polêmico desta questão a qual merece maiores reflexões à luz dos princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade.

Ao se tratar questões administrativas, e o tombamento é um ato administrativo, importa não só a observância de procedimentos legais, acobertados pelo Princípio da legalidade, outros princípios também são de primordial relevância e devem ser destacados assegurados de forma a não caracterizar abuso de poder.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a razoabilidade além de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional deve estar em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Dito isto, se com a outorga de discricção administrativa pretende-se evitar a prévia adoção em lei de uma solução rígida, única é obvio que uma providencia administrativa desarrazoada não pode estar em conformidade com a finalidade da lei. Se viola, o princípio da finalidade, ela será ilegítima, pois a finalidade integra a própria lei.

Ainda conforme entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, quanto ao princípio da proporcionalidade, ninguém deve estar obrigado a suportar constringções em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público.

Vivemos sob a égide do Estado democrático de direito, sendo assegurados direitos de primeira, segunda e terceira geração, tendo por fundamento a harmonia social e visando a solução pacífica de controvérsias, eis o que dita o preâmbulo da constituição em vigência.

Ainda tomando por base a Carta magna, em seu artigo 5º, preconiza a igualdade entre todos perante a lei garantindo-se entre outros o direito a propriedade, sendo iguais homens e mulheres em direitos e obrigações, neste sentido vejamos, Constituição Federal, artigo 5º , incisos XXII, XXIII e XXIV:

**XXII** - é garantido o direito de propriedade;

**XXIII** - a propriedade atenderá a sua função social;

**XXIV** - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição ;

Tomando por base estas considerações é que fica a indagação de que por se tratar o tombamento de um ato administrativo que vem a interessar a coletividade por se tratar de interesse social, não obrigaria a todos o ônus das restrições impostas pelo instituto do tombamento? Em outras palavras, porque não cabe a desapropriação para fins de preservação do patrimônio histórico? Esta talvez não seria a medida mais adequada, porém, a mais justa em termos de divisão de obrigações e de igualdade entre os particulares, a conversão do imóvel privado em bem público, já que de interesse social coletivo.

Na visão de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, o administrador há que observar os requisitos de adequação e necessidade para se atingir os objetivos pretendidos, se não for adequado não é legítimo e no caso de necessidade de imposição de medidas restritivas deve se questionar se os mesmos resultados não podem ser alcançados com medida mais prudente, mais branda ou menos restritiva.

Mesmo sendo o patrimônio indispensável ou imprescindível à satisfação do interesse público, sabemos da supremacia do interesse público sobre o particular, então neste caso porque não ressarcir o particular, se for o seu desejo de indenização ou mesmo de desapropriação, afim de que possa ser compensado de sua perda particular em detrimento do público, podendo de outro lado se isentar do ônus financeiro suportado unicamente pela sua pessoa a fim de assegurar bem coletivo.

A igualdade formal no Estado democrático em que vivemos deve sempre que necessário ser precedida de igualdade material. Neste sentido, conforme Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo quanto ao Princípio do devido processo legal, o aspecto subjetivo desse princípio diz respeito justamente à **proteção material** direta dos bens e da liberdade em sentido amplo, diferentemente do aspecto formal ou adjetivo que diz respeito às **garantias processuais** de ampla defesa, contraditório entre outros, como instrumentos de proteção aos bens jurídicos. Estas proposições tem sido consideradas pelo STF nas suas decisões em relação a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

O administrador deve ao aplicar os atos procedimentais em dada situação concreta, observar a relação meio-fim, que devem ser pautados nos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, e por fim, se o ato implicar em limitações inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais devem ser anulados.

Nesta seara preceitua Alexandrino (2014, p. 216):

Impede o princípio da proporcionalidade que a administração restrinja os direitos do particular além do que caberia, do que seria necessário, pois impor medidas com intensidade ou extensão supérfluas, desnecessárias, induz à ilegalidade do ato, por abuso de poder. Esse princípio fundamenta-se na ideia de que ninguém está obrigado a suportar restrições em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público.

Merece questionamento os critérios a serem apreciados para que um imóvel seja declarado como bem de interesse para tombamento: são subjetivos demais, não há legalmente requisitos objetivos a serem observados, realiza-se um dossiê apontando a relevância para o grupo de avaliadores locais, e pronto, por isto o particular não se convence, e concretiza-se a evidente hipossuficiência do mesmo em face da supremacia do interesse público, quase ou nada restando a alegar em sua defesa e do próprio imóvel.

Um detalhe que merece destaque durante os estudos realizados para o presente trabalho de tombamento é em relação a proprietários de imóveis que foram notificados quanto ao tombamento dos mesmos e, por anos aguardam a decisão final, ou seja, sofrem as restrições e estão sujeitos as sanções desde então, mas, ainda não tiveram concluído o processo, ou seja não foi averbado o tombamento no registro de imóveis.

De quem cobrar os desgastes provocados por este transtorno, quem ressarcirá estes particulares pelos danos enfrentados sejam de ordem psicológica, emocional e material que esta incerteza provoca? Questionamentos como estes nos levam a refletir sobre a seriedade de um ato administrativo, representantes do povo na esfera pública não podem usar do poder que gozam para lesar o interesse de particulares que colocam além da propriedade particular, toda a vida dessa pessoa eivada de incertezas, seja quanto ao esvaziamento econômico que o imóvel passará a ter e também quanto aos abalos emocionais e psicológicos não previstos e insuscetíveis de prever legalmente, mas que acontecem na prática.

Enfim há que se repensar a questão do tombamento através do decreto de 25/1937 e confrontá-lo com a atual constituição e conjuntura política na qual estamos inseridos, sob o risco de não o fazendo estar contribuindo para o desrespeito a particulares em relação aos seus direitos enquanto cidadãos.

A fim de mitigar os efeitos do tombamento, mesmo sendo forma de intervenção na propriedade, ao particular, cabe optar pela desapropriação. Porém, apesar do direito de defesa previsto, não se abre esta possibilidade ao proprietário de ter seu imóvel desapropriado e devidamente indenizado para fins de cumprir a função social da propriedade, neste caso de interesse comum, de preservação do patrimônio artístico, histórico e cultural.

## A DESAPROPRIAÇÃO COMO FORMA DE CUMPRIR O INTERESSE SOCIAL DE PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO ARTÍSTICO E CULTURAL

Conforme já dito a propriedade deve cumprir sua função social, inciso XXIII, do artigo 5º da constituição. Sendo a preservação de interesse social talvez seja a desapropriação, um instrumento para que o tombamento do imóvel de particular não pereça, isto porque na prática o proprietário ao ser desapropriado começa a sentir as conseqüências restritivas impostas e a impossibilidade de arcar com seu ônus, muitas vezes não tendo nenhuma condição de suportá-las.

O proprietário embora continue na posse de seu imóvel, encontra-se impedido de gozar, usufruir, dispor e reaver o bem conforme dispõe o próprio Código Civil, caput do artigo 1228, na defesa do direito de propriedade.

As restrições promovidas pelo tombamento são gravosas por demais devido a vários fatores: 1) dificuldades de encontrar pessoal capacitado para realizar os projetos de reforma e manutenção do bem; 2) equipe técnica especializada para realizar as obras conforme prescritas no artigo em questão; 3) compatibilidade do projeto com a prévia autorização de órgão competente; 4) dificuldades financeiras; 5) possibilidade de sofrer as sanções impostas pelo mesmo decreto.

Todo este conjunto de fatores conduzem a um esvaziamento econômico do imóvel, o particular se vê obrigado a manter e garantir obrigações que não contraiu por vontade própria. Agrava-se mais a situação, quando se trata de tombamento compulsório, correndo o proprietário de imóvel particular, o risco de sofrer as sanções previstas num decreto (25/37) muito anterior à vigência da nova constituição.

Na defesa do direito do proprietário particular quanto a esse esvaziamento econômico, propõe, Gasparinni ( 2012- p. 894),

O bem tombado permanece no domínio e na posse do proprietário, que tem direito a ser indenizado pelo prejuízo que sofre com essa medida de interesse público. (...) sempre que o prejuízo ocorrer e for avaliável economicamente, a indenização é devida, podendo até mesmo ser total, ou seja, equivalente ao valor do bem, se o tombamento esvaziar o valor econômico da propriedade.

Contudo, a indenização não é pela aquisição do bem, que, em princípio, não ocorre, mas pelo efetivo prejuízo ocorrido.

Esse esvaziamento econômico do bem é um dos maiores entraves quanto ao tombamento, cidadão algum esta disposto a desembolsar do próprio bolso quantias em dinheiro, (sejam vultuosas ou não) para manter um bem de interesse público, muito menos garantir que essa mesma disposição se estenda a seus sucessores.



Além da disposição constitucional dispondo a desapropriação como forma de intervenção na propriedade, entre outras, por interesse social, o Código Civil também sinaliza para a mesma possibilidade em seu parágrafo terceiro, do artigo 1228: “o proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público eminente.”

Por fim, quando se trata de tombamento de bem imóvel público parece haver uma maior adequação visto que as despesas serão suportadas por todos os cidadãos, nada mais justo em se tratando de interesse comum, neste sentido haveria a adequação do interesse quanto ao tombamento e também quanto a sua manutenção. Na verdade mesmo sendo público não quer dizer que seja mais fácil, porém a divisão das responsabilidades e a onerosidade seria suportada por todos, isto é mais condizente com o que preconiza o atual Estado democrático de direito, afinal somos todos iguais em direitos e deveres.

## CONCLUSÃO

A questão da preservação do Patrimônio histórico artístico e cultural de um povo deve ser assegurada, disto não resta dúvida alguma. Há que se observar para tanto que os instrumentos colocados à disposição para efetivar tal medida de proteção não estejam, por outro lado, lesionando a propriedade particular de terceiros, por tempo indeterminado.

No caso do tombamento a restrição é permanente, faz jus a indenização justa e prévia, ou pelo menos colaboração permanente (financeira, técnica e especializada) do Poder Público para que arquem conjuntamente com o ônus do ato administrativo que é uma resposta ao interesse comum de preservação.

Mesmo sendo um ato de extrema agressividade, a de intervenção pela desapropriação para atender interesse comum, talvez seja a mais justa porque há um ressarcimento através da indenização paga pela transferência de posse o que não seria garantido no caso de indenização pelos transtornos, pois se houver a transferência do bem geraria novos transtornos a futuros proprietários.

Almeja-se que novos estudos sejam realizados pelo legislativo a fim de se atualizar e adequar as formas de intervenção na propriedade particular que possam, ao mesmo tempo, preservar o patrimônio e também assegurar as garantias quanto ao direito de propriedade. E no caso do particular que não pode ou não quer suportar o ônus do tombamento de forma individual e precária, deve ser dada a oportunidade de mitigação dos efeitos desse ato administrativo. Por

exemplo, ofertando-lhe outro imóvel de igual valor de mercado ou indenizando-o, em dinheiro pelo valor de avaliação do bem.

A medida da justiça deve ser dada através do equilíbrio das obrigações (entre público e privado), respeitando-se as partes e tratando as mesmas na medida de suas desigualdades. A tônica da Constituição Cidadã encontra-se justamente na igualdade formal dada pela lei, porém deve a mesma ser garantida através da igualdade material necessária para a efetivação de um Estado democrático de direito.

## **REFERÊNCIAS**

BRASIL, **Constituição Federal**, 1937, 1946, 1967 e 1988.

BRASIL. **Código Civil** de 2002.

BRASIL. **Decreto lei 25/37**, regulamenta o procedimento sobre tombamento para preservação do patrimônio histórico artístico e cultural.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 17.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MELLO, Celso Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.