

DISCRICIONARIEDADE E CONTROLE NA TUTELA DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL: RESERVA DA ADMINISTRAÇÃO NA ESCOLHA ENTRE INTERESSES PÚBLICOS CONCORRENTES E OS LIMITES DA INTERVENÇÃO DOS PODERES JUDICIÁRIO E LEGISLATIVO

Patrícia Baptista*

Sumário - 1. Introdução: A Proteção Constitucional do Patrimônio Histórico e Cultural. 2. Possibilidades e Limites do Controle Judicial dos Atos de Tutela de Patrimônio Histórico e Cultural. 2.1. Controle do Mérito: A Reserva da Administração (Na Escolha entre Interesses Públicos Concorrentes). 2.2. Controle da Legalidade: Violação ao Devido Processo Legal. 3. Os Limites da Intervenção do Poder Legislativo. 4. A Responsabilidade pelos Bens Tombados. 5. Sínteses Conclusivas. 6. Bibliografia

1. Introdução: a Proteção Constitucional do Patrimônio Histórico e Cultural

O patrimônio histórico, artístico e cultural foi contemplado, no texto constitucional de 1988, como um dos interesses difusos merecedores da tutela do Estado. Sua proteção é passível de ser postulada por meio de ação civil pública (art. 129, II, c/c art. 1º, III, da Lei 7.347/85) ou pela via da ação popular (art. 5º, LXXIII, CF/88). A Constituição definiu ainda a competência concorrente da União e dos Estados para legislar sobre a matéria (art. 24, VII), bem como a competência material comum dos três níveis da federação para a proteção efetiva deste patrimônio (art. 23, III, e art. 30, IX).

Na seção destinada à cultura (no Título VIII, *Da Ordem Social*), o art. 216 traçou diretrizes para a identificação do *patrimônio cultural*¹. Seu parágrafo primeiro, por sua vez, incumbiu ao Poder Público, com a colaboração da comunidade, a tarefa de promover e proteger tal patrimônio, enumerando os instrumentos jurídicos de que

* Procuradora do Estado do Rio de Janeiro. Professora Adjunta de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da UERJ e do PPGD/UERJ. Doutora em Direito do Estado pela USP. Mestre em Direito Público pela UERJ.

¹ Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e 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.

pode se valer (*inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação*).

Esse *status* constitucional, aliado ainda à atuação do Ministério Público e à maior consciência social quanto à relevância da proteção dos bens históricos e culturais, deram azo a um crescente contencioso judicial acerca da matéria. Com frequência, a queixa decorre da omissão do Poder Público em promover uma adequada tutela deste patrimônio. Noutros casos, porém, controverte-se sobre os excessos da Administração no exercício da tutela.

O presente trabalho dedica-se a examinar algumas das questões jurídicas mais comumente enfrentadas quando o assunto é o controle dos atos de tutela do patrimônio histórico e cultural, com destaque para o tombamento, hipótese mais corriqueira.

2. Possibilidades e Limites do Controle Judicial dos Atos de Tutela de Patrimônio Histórico e Cultural

2.1. Controle do Mérito: A Reserva da Administração (na Escolha entre Interesses Públicos Concorrentes)

Como visto acima, a Constituição atribui ao Poder Público a competência para promover a tutela do patrimônio histórico e cultural. Trata-se de competência típica do Poder Executivo².

O problema que surge amiúde diz respeito à omissão do Poder Público no exercício de tal competência. Nessa circunstância, é possível controlar judicialmente a decisão de tutelar ou não um bem como integrante do patrimônio histórico e cultural? A quem cabe definir se o bem integra ou não tal patrimônio? Pode o tombamento de um bem ser determinado em juízo?

Pois bem, em primeiro lugar, penso que determinar se um bem integra ou não o patrimônio histórico e cultural brasileiro é decisão que se insere na esfera do que a doutrina, em direito administrativo, tem convenido chamar de *discricionariedade técnica*³. Avaliar se algo reúne as condições que determinam, ou não, a necessidade de sua preservação, por razões históricas ou culturais, envolve o emprego de conhecimentos históricos e artísticos por técnicos com formação especializada. Por exemplo, determinar se um prédio demanda proteção por sua relevância histórica ou arquitetônica há de depender necessariamente um exame prévio pela expertise de historiador e arquiteto.

A decisão quanto à tutela ou não de determinado bem não constitui, portanto, uma zona de discricionariedade política pura do Executivo — de simples juízo político de conveniência e oportunidade —, nem menos ainda há espaço para voluntarismos do Executivo nesta matéria.

Assim, se o ente federado contar com serviço específico para a tutela do patrimônio histórico e cultural, o parecer prévio dos técnicos que integram este

² A questão será mais bem examinada no item 3, adiante.

³ A designação *discricionariedade técnica* desperta alguma polêmica que desborda dos limites deste trabalho enfrentar. Remete-se, porém, o leitor ao conhecido trabalho de Eros GRAU, *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

serviço deve ser considerado peça indispensável no processo de avaliação quanto à necessidade da preservação do bem. Se este serviço não existir, o Poder Executivo deve buscar instruir o processo com pareceres de profissionais e acadêmicos reconhecidos na área.

Fica, porém, o Executivo vinculado às conclusões dos pareceres técnicos apresentados em um ou outro sentido? À míngua de previsão legal específica⁴, deve ser empregado o entendimento geral existente no sentido da *não vinculação*. O Poder Executivo pode decidir em sentido diverso dos pareceres técnicos apresentados, tanto pela tutela, como em sentido contrário, desde que sua decisão seja adequadamente fundamentada. Há, de fato, uma discricionariedade remanescente, mas que não prescinde do parecer técnico instrutório.

A possibilidade de divergência, por parte do Executivo, da indicação do parecer técnico decorre da constatação de que a decisão quanto à preservação de um bem não envolve — ou não deve envolver — apenas o exame de suas características intrínsecas. Ao lado deste juízo, cabe ao Poder Executivo (1) verificar se há outros interesses públicos concorrentes que mereçam ser igualmente promovidos pelo Poder Público e que conflitem com a preservação do bem; e, (2) se for o caso, escolher qual o melhor instrumento de tutela a ser adotado.

O espaço decisório concedido ao Executivo acerca da tutela decorre, portanto, do reconhecimento de que, ao lado do interesse histórico e cultural do bem, podem coexistir outros interesses públicos (primários) tão ou mais relevantes em sentido oposto. Assim, por exemplo, interesses sanitários, de segurança, mobilidade e desenvolvimento urbanos etc. O interesse público na preservação do patrimônio histórico, artístico e cultural não é o único interesse público dependente de tutela pelo Poder Público. Por isso, ele pode decidir, desde que fundamentadamente, por não proteger determinado bem, mesmo que este reúna elementos técnicos que justificassem sua preservação. Há aqui, repita-se, um juízo decisório, de segunda ordem — posterior ao juízo técnico —, típico da decisão política democraticamente legitimada.

Além disso, dentre as formas previstas no art. 216, § 1º, da Constituição Federal, cabe igualmente ao Poder Executivo o exame e a decisão acerca da modalidade de tutela a ser adotada.

É de se ter em conta, ainda, que a avaliação das características que determinam se um bem integra ou não o patrimônio cultural envolve, muitas vezes, juízos estéticos com frequência contraditórios e sujeitos a variações no tempo. Por exemplo, hoje, demanda-se a preservação de imóveis com elementos arquitetônicos que, em passado não muito remoto, não eram considerados merecedores de tutela e que, possivelmente, daqui a vinte anos, podem não mais justificar tal proteção.

A inclusão de um bem no rol dos bens tutelados pelo Estado, pois, envolve juízos decisórios de pelo menos três ordens distintas postos pelo legislador — inclusive, constituinte — a cargo do Poder Executivo. É passível, ainda, de revisão no tempo, uma vez alteradas as condições que justificavam a proteção.

⁴ O Decreto-lei nº. 02/69 e a Lei estadual nº. 509/81, ambas do Estado do Rio de Janeiro contêm previsão específica, em matéria de tombamento, no sentido de que o *parecer negativo* do Conselho Estadual de Tombamento vincula o Poder Executivo. Art. 9º, § 2º - *O Conselho Estadual de Tombamento emitirá parecer prévio sobre os atos do tombamento e de destombamento, tendo esse parecer efeito vinculativo para a Administração, se num caso e noutro, concluir contrariamente à providência.*

Por isso, à vista de tantas variáveis, apenas o Poder Executivo detém a competência para sopesar adequadamente os diversos interesses públicos concorrentes que está encarregado de promover e, ao final, para decidir pela tutela ou não de um bem. E, nesse contexto, é legítimo, inclusive, que possa decidir por não protegê-lo, mesmo que existam pareceres técnicos apontando em sentido diverso.

O processo judicial, assim, não se apresenta como instância adequada para substituir a decisão administrativa no que toca a preservação do bem. As limitações do processo judicial não permitem que o Juiz disponha do mesmo panorama do gestor público quanto aos interesses diversos a tutelar. Não existe um direito subjetivo ao tombamento ou à tutela de um bem no patrimônio histórico e cultural (salvo vício de legalidade no processo administrativo, como abaixo se verá). Por isso, não há como se cogitar que tal medida possa ser judicialmente imposta sem ofensa à reserva da Administração na matéria.

Confirmam-se, nesse sentido, as seguintes passagens da doutrina de SÔNIA RABELLO DE CASTRO, em conhecida tese sobre a tutela do patrimônio cultural no direito brasileiro:

“O Decreto-lei 25/37 não escolheu o sistema de proteção ex vi legis, isto é, decorrente automaticamente da lei. Poderia a lei federal ter escolhido fórmula vigente em alguns países pela qual coisas com certo tempo de existência ficam imediatamente protegidas. Entretanto o Decreto-lei 25/37 previu processo administrativo pelo qual cabe ao órgão do Executivo avaliar quais os bens que merecem proteção federal. Com esta previsão legal abriu-se ao Executivo o espaço legal necessário ao exercício de poder de polícia nesta área, já que lhe caberá determinar os bens passíveis de proteção. Outrossim, os bens apontados, após o processo administrativo competente, passarão a estar sob a tutela especial do Estado, integrando seu domínio eminente.

(...)

O Decreto-lei 25/37 previu a causa que determinará a proteção do bem, o órgão do Executivo que terá competência para escolher e julgar o valor de determinado bem, alguns aspectos do processo administrativo e os efeitos que irão operar a partir da determinação da tutela especial do Estado, efeitos estes que criam obrigações tanto para o titular de domínio do bem, quanto para os cidadãos em geral. Trata-se, portanto, de ato do Executivo: ato administrativo decorrente do seu poder de polícia administrativa, já que, por ele, a administração pública restringirá direitos de particulares, com o fim de resguardar o interesse público geral de preservação.”

(O Estado na Preservação de Bens Culturais, Rio de Janeiro: Renovar, 1991, pp. 34-5, grifou-se)

Da mesma forma, manifesta-se o conhecido administrativista JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO:

“O tombamento é ato tipicamente administrativo, através do qual o Poder Público, depois de concluir formalmente no sentido de que o bem integra o patrimônio público nacional, intervém na propriedade para protegê-lo de mutilações e destruições. Trata-se de atividade administrativa, e não legislativa.

Desse modo, parece-nos que a instituição do tombamento deve ser formalizada por ato administrativo típico praticado pelo Poder Executivo (tem o mesmo entendimento Hely Lopes Meirelles). O STF já teve a oportunidade de enfrentar o tema, tendo a maioria votado no sentido de que o tombamento é da competência do Executivo e, por isso, há de ser materializado por ato administrativo (Representação nº 1.312, Pleno, Rel. Min. Celio Borja).

(*Manual de Direito Administrativo*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 746)

O Judiciário deve, portanto, adotar postura deferente aos juízos da Administração quanto à inclusão ou não de um bem no rol daqueles integrantes do patrimônio histórico e cultural⁵. Da mesma forma, não lhe compete decidir, dentre os instrumentos elencados no texto constitucional, aquele que deva ser adotado pelo Poder Público. O exame da matéria pelo Judiciário há de se ater, via de regra, à observância do devido processo legal do tombamento, como se verá adiante no item 2.

A questão não é inédita nos Tribunais. Vejam-se alguns casos em que se controverteu acerca da possibilidade de se determinar, ou não, uma condenação judicial ao tombamento ou ao destombamento de um bem por razões de mérito.

ADMINISTRATIVO. TOMBAMENTO. IRREGULARIDADES PROCEDIMENTAIS. INEXISTÊNCIA.

– O procedimento do tombamento dispensa o formalismo do processo judicial. Se neste, a citação inicial é superada com o comparecimento do réu, com mais razão no processo administrativo, no qual a parte apresentou defesa.

– O tombamento não constitui violência ao direito de propriedade mas apenas uma limitação ao seu exercício, com base na própria Constituição.

⁵ No mesmo sentido, manifestando o entendimento de que o tombamento determinado por sentença judicial é inconstitucional por ferir o princípio da separação de poderes, cf. MAGALHÃES, Gustavo Alexandre: “É que eventual provimento do Poder Judiciário favorável ao órgão ministerial, ao interferir na administração pública municipal, não só fere o princípio da separação dos Poderes, basilar do Estado Democrático de Direito brasileiro (art. 2º, CR/88), mas também traz severos malefícios à gestão orçamentária dos governos locais”. Da inconstitucionalidade do tombamento determinado por ação civil pública. *Revista da Procuradoria Geral do Município de Belo Horizonte RPGMBH*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./jun. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=62395>>., Acesso em: 14 ago. 2014.

– Compete à Autoridade Administrativa valorar a conveniência e a oportunidade para do tombamento, e não ao Poder Judiciário, cujo exame limita-se aos aspectos jurídicos do ato administrativo.
– Os embargos de declaração não podem ser utilizados para reexame do mérito da decisão. Relator Des. Federal Clelio Erthal. Observações Unanimidade, desprovimento.

(Origem: TRF-2; Classe: EDAC-EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL – 0; Processo: 89.02.10905-4 UF : RJ Orgão Julgador: PRIMEIRA TURMA; Data Decisão: 17/04/1991 Documento: TRF-200002303; Fonte DJU - Data::06/06/1991, grifou-se)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DA ISENÇÃO DE IPTU. IMÓVEL TOMBADO PELO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. ISENÇÃO CONDICIONAL. NECESSIDADE DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. Do instituto jurídico do Tombamento não decorre necessariamente a isenção fiscal, sendo necessário o preenchimento dos requisitos previstos na lei concessiva. Laudo pericial conclusivo no sentido de que o imóvel tombado não mantém suas características originais, possuindo descaracterizações em sua fachada, telhado e volumetria. Despiciendo serem as alterações anteriores ao tombamento. Impossibilidade revogação do Tombamento. Poder discricionário da Administração. Manutenção da sentença. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

(TJRJ, AC nº 0070715-26.2004.8.19.0001, Terceira Câmara Cível, Des. Rel. Sebastião Bolelli, Data de Julgamento: 05/12/2012)

ADMINISTRATIVO. IMÓVEL. TOMBAMENTO. CANECÃO. ATO ADMINISTRATIVO. NULIDADE. LEI ESTADUAL Nº 3.267/99. ARTIGO 216 DA CF. - O Supremo Tribunal Federal, em sede de Representação nº 1.312-0/RS, se pronunciou no sentido de que o tombamento de imóvel é ato tipicamente administrativo, devendo ser realizado por intermédio do Poder Executivo, mediante procedimento administrativo que culmine em ato devidamente motivado, alicerçado em manifestações de órgãos técnico-jurídicos, no qual seja assegurada ampla possibilidade de defesa do bem pelo proprietário, e não por lei. - Inválido é o ato de tombamento do imóvel onde funciona o estabelecimento comercial denominado CANECÃO, e amplas adjacências inclusas, perpetrado pela Lei 3.267/99, porque atentatório às formalidades prescritas, tanto pelo Decreto-lei 25, de 30 de novembro de 1937 no âmbito do regramento geral (artigo 24, §1o), como pela Lei do Estado do Rio de Janeiro nº 509, de 03 de dezembro de 1981. - O simples fato de a referida Casa de Espetáculos ter servido

de palco para apresentação de grandes e valorosos nomes da música popular brasileira não tem o condão de torná-la, de plano, patrimônio cultural. O bem, tomado em si, é que deve ser portador de algum valor cultural, nunca as atividades que possivelmente foram, estejam e venham a ser nele desenvolvidas. - Recurso não provido. Sentença confirmada.

(Origem: TRF-2; Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL – 319217; Processo: 1999.51.01.062105-7 UF : RJ Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA; Data Decisão: 27/04/2004 Documento: TRF-200122946 Fonte DJU - Data::15/06/2004 - Página::97)

ADMINISTRATIVO. TOMBAMENTO. ALEGAÇÃO DE IRREGULARIDADES PROCEDIMENTAIS. INDENIZAÇÃO A TÍTULO DE COMPENSAÇÃO. (...). - O PODER JUDICIÁRIO NÃO PODE SUBSTITUIR-SE A AUTORIDADE COMPETENTE PARA DIZER DA IMPORTÂNCIA HISTÓRICA OU ARTÍSTICA DE BENS TOMBADOS. - AO APRECIAR PEDIDO DE ANULAÇÃO DE TOMBAMENTO, O JUIZ NÃO PODE SUBSTITUÍ-LO PELA DESAPROPRIAÇÃO, CONDENANDO A ENTIDADE PÚBLICA A DESAPROPRIAR O IMÓVEL OU CONDICIONAR A EFICÁCIA DO ATO A INDENIZAÇÃO REPARATORIA DO ÔNUS.

(AC 8902109054, Desembargador Federal CLELIO ERTHAL, TRF2 - PRIMEIRA TURMA, Julgamento em 19/11/1990.)⁶

2.2. Controle da Legalidade: Violação ao Devido Processo Legal

Ao contrário dos obstáculos apontados ao controle do mérito, verificam-se, na esfera do controle da legalidade, os mais amplos domínios de ação do Poder Judiciário na matéria.

Como os atos de tutela do patrimônio histórico e cultural recaem com mais frequência sobre a propriedade privada, faz-se indispensável que o proprietário seja adequadamente intimado e possa participar do processo de imposição da restrição sobre o seu bem. O proprietário tem direito a um devido processo legal, instruído com o parecer técnico que fundou o juízo de *preservabilidade* da coisa. A formação do convencimento do Poder Público deve comportar o necessário contraditório. Sem esses elementos, o processo que determinou a preservação do bem é nulo, por violação às garantias constitucionais.

Note-se que, segundo as concepções vigentes de legalidade, a validade do processo depende não apenas do cumprimento de formas, mas também da

⁶ Em sentido contrário, do mesmo TRF2, veja-se a decisão proferida pelo Plenário, em 26/03/1992, da relatoria do Des. Sergio D'Andrea Ferreira, nos embargos infringentes em apelação cível nº 8902109054, afirmando que o tombamento é um ato vinculado quanto à existência fática e jurídica. Segundo o julgado, “*cabe ao Poder Judiciário a aferição do respeito aos limites do poder discricionário. Na lição de Victor Nunes Leal, dizer-se se um bem a foi acertada ou erradamente qualificado como de valor histórico ou artístico não é exame de conveniência ou oportunidade, mas indagação sobre se foi devida ou indevidamente aplicada a lei.*” Não é este, porém, o entendimento expressado neste trabalho.

fundamentação suficiente da decisão, amparada em elementos demonstráveis. Se o laudo que embasar a decisão ou os motivos elencados para não adotá-lo não estiverem amparados em elementos verificáveis e concretos do processo, a decisão administrativa sujeita-se a anulação (sendo certo, porém, que o Judiciário não poderá proferir outra no lugar daquela).

TOMBAMENTO DE IMÓVEL. LIMITAÇÃO. DIREITO DE PROPRIEDADE. MOTIVAÇÃO. ABUSO DE PODER DO MUNICÍPIO. LAUDO PERICIAL. Direito Administrativo. Ato de tombamento de imóvel. Ação ordinária de anulação. Decreto de tombamento com motivação inconsistente. Direito de propriedade versus poder discricionário do poder público. Laudo pericial desautorizando as razões do tombamento. Arbitrariedade a consubstanciar abuso de poder. Ausência de metodologia científica a fundamentar pretensão municipal. Necessidade de vinculação do ato a fatos memoráveis da história, ao excepcional valor arqueológico, etnográfico, bibliográfico ou artístico. Improvimento do apelo. É inconsistente decreto de tombamento que se mostra ausente de metodologia científica a fundamentar o ato, de acordo com a prova técnica realizada, demonstrando que as pequenas casas que formam a vila tombada, sobre serem de ínfimo valor pecuniário, não apresentam qualquer linhagem histórica ou arquitetônica que justifique a limitação imposta ao direito de propriedade, consistindo o tombamento, na verdade, em arbitrariedade a consubstanciar abuso de poder, impondo-se sua anulação. (...) Assim, o poder discricionário, para justificar a edição de ato administrativo do tombamento, está, evidentemente, delimitado pela possibilidade de que fira ou ameace de lesão o direito do particular, por isso, uma das condições substanciais para a validade do ato administrativo, do qual o tombamento é espécie, é a motivação válida e legal, sem o que o ato se apresentará arbitrário e, por isso mesmo, tingido de abuso de poder, que o torna nulo e sujeito ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário.

(TJRJ, AC nº 1998.001.00779, Décima Quarta Câmara Cível, Des. Rel.: Jose Affonso Rondeau Julgamento em 02/06/1998)

No Município do Rio de Janeiro, no curso dos anos 2000, o Prefeito de então instituiu, por decreto, diversas *Áreas de Proteção do Ambiente Cultural* — as APACs — pela cidade. Nestes decretos, com a finalidade explícita de preservação dos imóveis lá apontados, os bens alcançados foram classificados em três categorias de proteção: *bens preservados*, *bens tutelados* e *bens tombados*⁷.

⁷ Segundo o texto dos decretos de instituição das APACs, os *bens preservados* não podem ser demolidos, podendo sofrer, intervenções para adaptação ou reciclagem, desde que sejam previamente aprovadas pelos órgãos de tutela e obedecidos determinados critérios. Já os *bens tutelados* podem ser modificados ou demolidos, desde que as alterações, ou as novas construções sejam compatíveis com o conjunto urbanístico preservado e previamente aprovadas pelos órgãos de tutela, observadas determinadas características do conjunto de bens preservados. Os bens tombados, por sua vez, seguem o regime

Insatisfeitos com os atos da Prefeitura, dos quais não foram previamente notificados, diversos proprietários conseguiram, em juízo, o desfazimento da inclusão dos seus imóveis nos decretos das APACS, por violação ao devido processo legal.

Eis algumas das decisões proferidas neste sentido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

“ADMINISTRATIVO. DECRETO MUNICIPAL QUE INSTITUIU A ÁREA DE PROTEÇÃO DO AMBIENTE CULTURAL (APAC) DO BAIRRO DO CATETE E PARTE DO BAIRRO DA GLÓRIA, NA IV REGIÃO ADMINISTRATIVA, IMPONDO AO IMÓVEL DAAUTORA A LIMITAÇÃO DA PRESERVAÇÃO. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. APELADA QUE NÃO FOI CHAMADA A SE MANIFESTAR NO PROCESSO ADMINISTRATIVO QUE CULMINOU NA EDIÇÃO DO DECRETO MUNICIPAL N. 25693/05. ATO QUE LIMITA DIREITOS, CUJOS MOTIVOS DEVEM ESTAR EXPRESSOS, POSSIBILITANDO O QUESTIONAMENTO PELO MUNÍCIPE E A VALORAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. NULIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO QUE CORRETAMENTE FOI DECLARADA. INDENIZAÇÃO DEVIDA, PORQUE COMPROVADOS OS LUCROS CESSANTES. RECURSO DESPROVIDO.”

(TJRJ, AC 2009.001.47738, 17º Câmara Cível, Des. Rel. Luisa Cristina Bottrel Souza, DJ 18.11.09)

“INTERVENÇÃO DO MUNICÍPIO NA PROPRIEDADE PRIVADA. CRIAÇÃO DA APAC DE IPANEMA. DECRETO QUE DETERMINOU A PRESERVAÇÃO DO IMÓVEL DOS APELANTES. ATO LIMITADOR CUJOS MOTIVOS DEVEM SER EXPRESSOS. VINCULAÇÃO DO ADMINISTRADOR AOS MOTIVOS ALEGADOS, O QUE PODE SER OBJETO DE ANÁLISE PELO JUDICIÁRIO. DEFEITO NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DA PARTE PREJUDICADA. INEXISTÊNCIA DE CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. NULIDADE. PROVIMENTO DO RECURSO.”

(TJRJ, AC 2005.001.12498, 2º Câmara Cível, Des. Rel. Leila Mariano, DJ 28.09.2005)

“AÇÃO POPULAR OBJETIVANDO A ANULAÇÃO DOS DECRETOS QUE CRIARAM AS ÁREAS DE PROTEÇÃO AO AMBIENTE CULTURAL DOS BAIRROS DO LEBLON E IPANEMA. SENTENÇA JULGANDO PROCEDENTE EM PARTE O PEDIDO, DECLARANDO A INVALIDADE DOS ANEXOS, CONSTANTES DOS DIPLOMAS, MANTIDO, NO MAIS, A VALIDADE DOS MESMOS. RECURSO DE APELAÇÃO. REJEIÇÃO DE AGRAVO RETIDO. NO MAIS, MANUTENÇÃO, POIS OS DECRETOS QUE DETERMINARAM

próprio desta modalidade de tutela do patrimônio histórico e cultural.

A PRESERVAÇÃO DOS IMÓVEIS, TODOS DESTACADOS NOS ANEXOS, DEVERIAM SER PRECEDIDOS DO DEVIDO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO COM A NOTIFICAÇÃO DA PARTE PREJUDICADA PELA LIMITAÇÃO, DE FORMA A PERMITIR O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA. NULIDADE BEM DESTACADA NA SENTENÇA. DESCABIMENTOS DOS RECURSOS DOS AUTORES, POIS NA INICIAL NADA FOI PEDIDO A TÍTULO DE RESSARCIMENTO MATERIAL. PARECER DO MP NESSA DIREÇÃO. DESPROVIMENTO DOS RECURSOS.”

(TJRJ, AC 2006.001.43739, 11º Câmara Cível, Des. Rel. Otavio Rodrigues, DJ 13.11.2006)

3. Os Limites da Intervenção do Poder Legislativo

O papel do Poder Legislativo na tutela do patrimônio histórico e cultural deve ficar restrito ao exercício da competência normativa de que trata o art. 24, VII, da Constituição Federal, na edição de normas abstratas, gerais ou suplementares, sobre a matéria. A necessidade de observância do devido processo legal e a presença de um juízo de discricionariedade instruído por avaliações técnicas afastam a possibilidade de tutela do patrimônio histórico e cultural pelo juízo unilateral e meramente político do legislador.

A competência concorrente para legislar sobre a proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico e paisagístico, atribuída aos entes da federação pelos artigos 24, VII e 30, IX, da CF/88, não se confunde com a competência para, concretamente, determinar, por exemplo, o tombamento de um dado bem.

A par de ferir a reserva da administração para este juízo, o ato do Legislativo que promover, por lei, a tutela do patrimônio histórico e cultural atenta contra a garantia do devido processo legal. Como visto acima, o particular proprietário de um bem tutelado tem direito ao devido processo legal, com contraditório e ampla defesa, além da devida instrução do processo com os laudos técnicos. As peculiaridades do processo legislativo não se ajustam a essas necessidades. Além disso, caberá ao Poder Executivo adotar, em concreto, as medidas de tutela e sobre ele recairão os ônus destas medidas.

A inconstitucionalidade de *lei de tombamento* — prática corriqueira nos Poderes Legislativos estaduais e municipais país afora — já foi afirmada pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADI 1.706/DF:

ÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DISTRITAL N. 1.713, DE 3 DE SETEMBRO DE 1997. QUADRAS RESIDENCIAIS DO PLANO PILOTO DA ASA NORTE E DA ASA SUL. ADMINISTRAÇÃO POR PREFEITURAS OU ASSOCIAÇÕES DE MORADORES. TAXA DE MANUTENÇÃO E CONSERVAÇÃO. SUBDIVISÃO DO DISTRITO FEDERAL. FIXAÇÃO DE OBSTÁCULOS QUE DIFICULTEM O TRÂNSITO DE VEÍCULOS E PESSOAS. BEM DE USO COMUM. TOMBAMENTO. COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO PARA ESTABELECEER AS RESTRIÇÕES DO DIREITO DE PROPRIEDADE. VIOLAÇÃO

DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 2º, 32 E 37, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL (...). 5. O tombamento é constituído mediante ato do Poder Executivo que estabelece o alcance da limitação ao direito de propriedade. Incompetência do Poder Legislativo no que toca a essas restrições, pena de violação ao disposto no artigo 2º da Constituição do Brasil (...). 7. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 1.713/97 do Distrito Federal.

(ADI 1706, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 09/04/2008, DJe-172 DIVULG 11-09-2008 PUBLIC 12-09-2008 EMENT VOL-02332-01 PP-00007)

Extrai-se do voto do Relator, Ministro EROS GRAU, a seguinte passagem, eloquente no sentido da opinião aqui expressada:

“De outra banda, o tombamento é constituído mediante ato do Poder Executivo que, observada a legislação pertinente, estabelece o alcance da limitação do direito de propriedade, ato emanado do Poder Legislativo não podendo alterar essas restrições.

(...)

Assim, o ato do Poder Legislativo que efetive o tombamento, e de igual modo, aquele que pretenda alterar as condições de tombamento regularmente instituído pelo Poder Executivo, é inconstitucional, dada a sua incompatibilidade com o princípio da harmonia entre os poderes.” (grifos nossos)

No mesmo sentido, é pacífica a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que, em sede de controle concentrado estadual, tem reiteradamente pronunciado a inconstitucionalidade de leis editadas pelos Legislativos estadual e municipal promovendo o tombamento de bens:

Representação por Inconstitucionalidade. Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro, art. 462, parágrafo único, que admite o tombamento de bens particulares, também via ato do Poder Legislativo. Proposição da ação pelo Sr. Prefeito do Município. Desrespeito ao disposto nos arts. 7º e 324, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. O Poder Legislativo Municipal ao tomar a iniciativa de legislar sobre determinado tombamento, regulando-o e definindo o modo de sua execução, invade a esfera da competência que a Constituição define para o Poder Executivo, rompendo com o princípio da separação e harmonia dos poderes. O tombamento é ato administrativo por meio do qual a Administração Pública manifesta sua vontade de preservar determinado bem. E como interfere no direito de propriedade do

particular, deve ter início através de processo administrativo em que seja assegurada ampla defesa ao proprietário do bem, sob pena de nulidade e não por norma legal, que, no caso, estaria desvestida do atributo de generalidade. Assim, cabe a declaração de inconstitucionalidade dos termos tidos por impróprios constantes da norma jurídica impugnada. Agravo Interno prejudicado por perda da oportunidade de sua apreciação isolada. Representação de Inconstitucionalidade julgada procedente. Decisão a que se empresta, extraordinariamente, efeito ex nunc.

(AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 0031840-19.2006.8.19.0000. DES. RONALD VALLADARES - Julgamento: 23/07/2007 - ORGAO ESPECIAL)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TOMBAMENTO DO COLÉGIO MARISTA SÃO JOSÉ. DEMOLIÇÃO DE PRÉDIOS SECUNDÁRIOS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA, QUE BEM APRECIOU AS PECULIARIDADES DO TOMBAMENTO, MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. Tombamento declarado por ato legislativo estadual. Vício formal de iniciativa, uma vez que o tombamento, por interferir na propriedade, exige a observância da ampla defesa, sendo, portanto, ato administrativo da autoridade competente, e não função abstrata da lei. Logo, como o ato legislativo é via inadequada para o ato de tombamento, correta a sentença ao concluir que as citadas leis estaduais não poderiam produzir efeito. Decretos municipais de tombamento. Processo administrativo que traz estudo histórico e embasa o decreto que tombou o aludido colégio, a indicar que apenas ao prédio principal foi reconhecida importância para a história da arquitetura. Prova pericial em igual sentido. Segundo decreto que tão-somente especificou o objeto do tombamento, adequando-o ao teor do processo administrativo, e não praticou destombamento algum. Correta a sentença ao concluir que ele não está eivado de vício algum, eis que apenas supriu omissão contida no decreto de tombamento originário. (...). DESPROVIMENTO DO RECURSO

(TJRJ, AC nº 0014363-82.2003.8.19.0001, Décima Oitava Câmara Cível, Des. Rel. Celia Meliga Pessoa, Julgamento em 05/08/2008)

Representação por Inconstitucionalidade. Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro, art. 462, parágrafo único, que admite o tombamento de bens particulares, também via ato do Poder Legislativo. Proposição da ação pelo Sr. Prefeito do Município. Desrespeito ao disposto nos arts. 7º e 324, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. O Poder Legislativo Municipal ao tomar a iniciativa de legislar sobre determinado tombamento,

regulando-o e definindo o modo de sua execução, invade a esfera da competência que a Constituição define para o Poder Executivo, rompendo com o princípio da separação e harmonia dos poderes. O tombamento é ato administrativo por meio do qual a Administração Pública manifesta sua vontade de preservar determinado bem. E como interfere no direito de propriedade do particular, deve ter início através de processo administrativo em que seja assegurada ampla defesa ao proprietário do bem, sob pena de nulidade e não por norma legal, que, no caso, estaria desvestida do atributo de generalidade. Assim, cabe a declaração de inconstitucionalidade dos termos tidos por impróprios constantes da norma jurídica impugnada. Agravo Interno prejudicado por perda da oportunidade de sua apreciação isolada. Representação de Inconstitucionalidade julgada procedente. Decisão a que se empresta, extraordinariamente, efeito ex nunc. (TJRJ, RI nº 0031840-19.2006.8.19.0000, Órgão Especial, Des. Rel. Ronald Valladares, Julgamento em 23/07/2007)

Veja-se que o ato do Legislativo editado para promover uma modalidade de tutela do patrimônio histórico e cultural será lei apenas em sentido formal, materializando um autêntico ato administrativo. Por isso, há julgados que admitem, inclusive, que seja alvejado por meio de mandado de segurança:

Reexame necessário. Mandado de segurança. Área situada no município de São João da Barra declarada de utilidade pública para fins de desapropriação. Necessária à instalação do Distrito Industrial de São João da Barra. Parte de tais áreas também foi objeto de tombamento por interesse social e ecológico pelo Poder Legislativo Local, no ano de 2010, através da Lei nº 166. Mandamus que tem como escopo anular o tombamento efetuado pela lei 166/2010 do Município de São João da Barra. Via adequada. Lei apenas em seu aspecto formal, eis que despida de generalidade e abstração. Interferência em atividade típica do Executivo, violando o princípio da separação e harmonia dos poderes. Tombamento eivado de vícios, posto que também não observou procedimentos fundamentais para sua validade. Sentença que deve ser mantida em reexame necessário. (TJRJ, REEX nº 0001596-69.2011.8.19.0053, Quinta Câmara Cível, Des. Rel. Claudia Telles de Menezes, Julgamento em 12/06/2012)

Constitucional e Administrativo. Mandado de Segurança. Tombamento. Projeto de lei em tramitação na Assembleia Legislativa do Estado. Sustação. O tombamento, por interferir no direito de propriedade, só pode ser efetivado através de ato administrativo, em que seja assegurada ampla e irrestrita defesa ao proprietário do bem, com todos os recursos a ela inerentes;

inclusive o contraditório, sob pena de nulidade e não por norma legal, que estaria desvestida dos atributos de generalidade e abstração e somente seria lei, no aspecto formal. Aplicação do disposto nos artigos 5º, incisos LIV e LV e 216, § 1º, todos da Constituição Federal. Agravo improvido.

(TJRJ, MS nº 0031741-83.2005.8.19.0000, Órgão Especial, Des. Rel. Salim Jose Chalub, Julgamento em 08/05/2006)

4. A Responsabilidade pelos Bens Tutelados

Um último ponto que parece oportuno abordar neste breve estudo diz respeito à responsabilidade pela preservação dos bens tutelados, uma vez reconhecido pelo Poder Público que integram o patrimônio histórico e cultural brasileiro. Tutelado, inventariado ou, mais ainda, tombado o bem, deve o Poder Executivo exercer as competências fiscalizatórias que lhe são próprias. Constatado o risco à preservação da coisa, terá de adotar medidas concretas para salvaguardá-lo.

Lógico que compete primariamente ao proprietário o ônus da conservação. Penso, porém, que esse ônus é, em igual medida, do Poder Público, que houve por bem tutelar o bem.

Particularmente no que toca ao tombamento, há que se levar em conta que o Decreto-lei nº 25/37 é ato normativo anterior à Constituição de 1988, editado em período autoritário da vida política do país. Por isso, uma leitura que conclua pela obrigação inarredável e isolada do proprietário de promover, às suas expensas, a conservação do bem deve ser feita com alguma cautela. O mesmo se diga quanto à necessidade de prova absoluta pelo proprietário da ausência de meios para a preservação do bem. Se a sociedade, por meio do Estado, reputa relevante a preservação de um bem, parece natural, dentro do ordenamento vigente, que seja chamada ao menos para concorrer com essa preservação.

Note-se que, na hipótese de resistência do proprietário à conservação do imóvel, sempre resta ao Poder Público a hipótese de desapropriá-lo — uma das modalidades de tutela previstas no art. 216, §1º, da Constituição — para que, ao realizar as obras com recursos públicos, não acabe investindo em propriedade privada.

O reconhecimento da responsabilidade efetiva do Poder Público com a conservação da coisa tutelada ou tombada tem ainda a virtude de tornar mais responsável e conseqüente a decisão da Administração Pública de tutelar ou de tomba um bem. O juízo público quanto à necessidade de preservação e tombamento de um determinado bem deve ser feito levando em conta os ônus que esses atos gerarão para a sociedade, por meio do Estado. Não basta inventariar ou tomba um bem, o Estado deve ter consciência dos ônus que tais medidas geram e, assim, adotar uma postura mais parcimoniosa ao avaliar os bens que integram o patrimônio cultural nacional.

Aliás, nessa direção, não se deve ignorar que o Decreto-lei nº 25/37 admite o destombamento do bem caso o ente público que o tombou não adote medidas para a sua preservação, hipótese em que se poderia cogitar de um verdadeiro direito subjetivo do proprietário neste sentido.

Finalmente, dentre as primeiras vítimas das crônicas dificuldades financeiras do Estado brasileiro, estão quase sempre os orçamentos destinados à tutela do patrimônio

histórico e cultural. Sabedoras desta realidade — e das centenas de bens tombados em ruínas país afora —, as Administrações Públicas têm procurado modelos alternativos para o financiamento de projetos de preservação dos bens integrantes do patrimônio histórico e cultural. A saída, ao que parece, é efetivamente buscar instrumentos de financiamento que não demandem o emprego dos escassos recursos públicos, na associação com recursos e interesses privados, capitalistas ou filantrópicos.

5. Sínteses Conclusivas

A título de conclusão do presente trabalho, podem ser enunciadas as seguintes proposições:

(a) a qualificação do patrimônio histórico e cultural nacional como interesse difuso constitucionalmente tutelado incrementou o contencioso em torno do tema;

(b) a decisão de proteger, ou não, um bem e a escolha do instrumento jurídico para essa tutela situam-se, porém, na esfera de discricionariedade, técnica e política, do Poder Executivo;

(c) a decisão administrativa deve ser informada por parecer técnico de profissionais e acadêmicos com formação e expertise próprias para avaliar as características históricas, arquitetônicas, artísticas e culturais do bem;

(d) salvo disposição legal em contrário, porém, este parecer não é vinculativo para a Administração, admitindo-se que o Executivo possa decidir fundamentadamente em contrário considerados outros interesses públicos concorrentes com a preservação do patrimônio histórico e cultural;

(e) o juízo quanto à necessidade de preservação de determinado bem é passível ainda de sofrer revisões ao longo do tempo;

(f) o processo judicial, portanto, não se apresenta como instância adequada para substituir o juízo próprio da Administração a respeito da decisão de preservar ou não determinado bem, cabendo ao Judiciário adotar uma postura deferente às decisões administrativas na matéria;

(g) cabe ao Judiciário, todavia, zelar pela observância do *devido processo legal administrativo* nos atos de proteção ao patrimônio histórico e cultural, com a garantia efetiva ao proprietário do contraditório e da ampla defesa e a adequada instrução do processo próprio;

(h) O papel do Poder Legislativo, por sua vez, é restrito à competência normativa, geral e abstrata, afigurando-se inconstitucionais as “leis de tombamento” de bens;

(i) a Administração Pública e o proprietário compartilham a responsabilidade pela preservação dos bens protegidos;

(j) por isso, os ônus desta preservação devem ser sopesados pelo Poder Público quando da decisão de tutelar, cabendo-lhe buscar instrumentos alternativos para seu financiamento.

6. Bibliografia

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 20. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008. 18
- CASTRO, Sônia Rabello de. *O Estado na Preservação de Bens Culturais*, Rio de Janeiro: Renovar, 1991.
- GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. Da inconstitucionalidade do tombamento determinado por ação civil pública. *Revista da Procuradoria Geral do Município de Belo Horizonte RPGMBH*, Belo Horizonte, ano. 1, n. 1, jan./jun. 2008. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=62395>>. Acesso em: 14 ago. 2014.
- REALE, Miguel. Tombamento e preservação do patrimônio artístico e cultural. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, v. 261, set./dez. 2012. Parecer. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=83487>>. Acesso em: 14 ago. 2014.