

**TOMBAMENTO. FUNÇÃO ADMINISTRATIVA TÍPICA DO PODER EXECUTIVO. EDIÇÃO DE LEI PARA PROTEÇÃO DE BENS HISTÓRICOS. IMPROPRIEDADE, SOB PENA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO E HARMONIA DOS PODERES DA UNIÃO**

**SP, 21/10/2013**

Conforme se infere do art. 23, inc. III, da [Constituição Federal](#), cabe à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos 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”.

Para alcançar tal objetivo, dentre outros instrumentos juridicamente existentes, destaca-se o instituto do tombamento, constitucionalmente previsto no art. 216, § 1º, da [Carta Magna](#).

Nas palavras da jurista Lúcia Valle Figueiredo, *in verbis*: “Tombamento, de maneira singela, é ato administrativo constitutivo por meio do qual a Administração Pública, ao reconhecer, à luz de manifestações técnicas, que determinado bem se enquadra nos pressupostos constitucionais e legais e, no confronto do caso concreto com os valores resguardados pela Constituição, verifica a necessidade de conservá-lo e determina sua preservação, com a consequente inclusão no livro do tomo” (*Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 314).

Nesse passo, esclareça-se que o procedimento para inscrição de bens histórico-culturais no livro do tomo foi devidamente disciplinado pelo [Dec.-Lei nº 25/1937](#), norma nacional ainda em vigência, restando latente, em seu teor, que o competente processo administrativo é conduzido por **órgão vinculado ao Poder Executivo**. Vejamos alguns excertos que confirmam tal exegese, *in verbis*:

“Art. 5º O tombamento dos bens pertencentes à União, aos Estados e aos Municípios se fará de ofício, por ordem do diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, mas deverá ser notificado à entidade a quem pertencer, ou sob cuja guarda estiver a coisa tombada, a fim de produzir os necessários efeitos.

.....  
Art. 9º O tombamento compulsório se fará de acôrdo com o seguinte processo:

1) o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, por seu órgão competente, notificará o proprietário para anuir ao tombamento, dentro do prazo de quinze dias, a contar do recebimento da notificação, ou para, si o quisér impugnar, oferecer dentro do mesmo prazo as razões de sua impugnação.

.....

**Art. 13. O tombamento definitivo dos bens de propriedade particular será, por iniciativa do órgão competente do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional**, transcrito para os devidos efeitos em livro a cargo dos oficiais do registro de imóveis e averbado ao lado da transcrição do domínio” (destacou-se).

Grife-se que não é outra a direção da doutrina pátria, melhor prelecionada pelo jurista Adilson de Abreu Dallari, *in verbis*:

"Parece evidente que o tombamento só pode emergir de um **procedimento administrativo** no qual fiquem perfeitamente delineados seus motivos determinantes e no qual o proprietário do bem atingido possa se manifestar, seja para anuir, seja para contestar a qualidade atribuída à sua propriedade. Isso seria impossível se o tombamento fosse feito por lei (*Tombamento*. RDP. vol. 86-39)" (TJSP – [ADIn. nº 45.502-0/0](#)) (destacou-se).

Restando caracterizado, portanto, que o tombamento é uma declaração estatal, editada ao cabo de um processo administrativo conduzido pelo Poder Executivo, conclui-se que essa modalidade de intervenção na propriedade privada não poderá ocorrer por meio de uma lei, sob pena de caracterização de invasão de esfera de atuação privativa do Executivo.

Com efeito, além de não receber tal função pelo [Dec.-Lei nº 25/1937](#) ou pela [Carta Magna](#) para intervir na propriedade privada, não detém a Edilidade o aparelhamento administrativo necessário para conduzir um processo deste jaez, uma vez que, além da operacionalização deste, necessitará, ainda, deter um corpo técnico especializado para avaliar o valor histórico-cultural dos bens objeto de tombamento.

Outrossim, não nos parece que o processo administrativo, conduzido pelo competente órgão vinculado ao Poder Executivo, deva ser submetido ao Legislativo para o tombamento ser implementado por meio de lei, haja vista que tal intervenção na propriedade privada, necessária para proteger um bem histórico em prol da sociedade, pode não ser concretizada pela Edilidade, uma vez que tal proteção pode ser inconveniente para os diversos interesses que permeiam seu Plenário.

Sobre o tema, ensina Diogenes Gasparini, *in verbis*:

“O tombamento, ato administrativo que declara e registra em livro próprio o valor histórico, cultural, turístico e paisagístico de certo bem para preservá-lo, pode ser: I – *de ofício*, II – *voluntário*, e III – *compulsório*, consoante a legislação federal. O primeiro incide sobre bens públicos; o segundo, sobre bens particulares, com a anuência do proprietário; e o terceiro recai sobre bem particular e contra a vontade do proprietário. Em qualquer hipótese, sua decretação exige a observância do devido processo legal. **Assim, não nos parece que possa ser decretado por lei**” (*Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 895) (destacou-se).

Da mesma forma, preleciona José dos Santos Carvalho Filho, *in verbis*:

“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. Além do mais, o tombamento só é definido após processo administrativo, no qual, freqüentemente, há conflito de interesses entre o Estado e o particular. Resulta daí que o ato de tombamento é passível de exame quanto à legalidade de seus vários elementos, como o motivo, a finalidade, a forma etc. Ora, a lei que decreta um tombamento não pressupõe qualquer procedimento prévio, de modo que fica trancada para o proprietário qualquer possibilidade de controle desse ato, o que seria absurdo mesmo diante da circunstância de ser a lei, nesse caso, qualificada como lei de efeitos concretos, ou seja, a lei que, embora tenha a forma de lei, representa materialmente um mero ato administrativo” (*Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 764).

Nesse sentido, não é outro o entendimento dos Tribunais. Vejamos, *in verbis*:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DISTRITAL Nº 1.713, DE 3.9.1997. 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 ARTS. 2º, 32 E 37, INC. XXI, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.** 1. A Lei nº 1.713 autoriza a divisão do Distrito Federal em unidades relativamente autônomas, em afronta ao Texto da Constituição do Brasil – art. 32 – que proíbe a subdivisão do Distrito Federal em Municípios. 2. Afronta a Constituição do Brasil o preceito que permite que os serviços públicos sejam prestados por particulares, independentemente de licitação (art. 37, inc. XXI, da CB/1988). 3. Ninguém é obrigado a associar-se em "condomínios" não regularmente instituídos. 4. O art. 4º da lei possibilita a fixação de obstáculos a fim de dificultar a entrada e saída de veículos nos limites externos das quadras ou conjuntos. Violação do direito à circulação, que é a manifestação mais característica do direito de locomoção. A Administração não poderá impedir o trânsito de pessoas no que toca aos bens de uso comum. **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 art. 2º da Constituição do Brasil.** 6. É incabível a delegação da execução de determinados serviços públicos às "Prefeituras" das quadras, bem como a instituição de taxas remuneratórias, na medida em que essas "Prefeituras" não detêm capacidade tributária. 7. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 1.713/1997 do Distrito Federal” (STF – [ADIn. nº 1.706/DF](#) – Relatoria: Min. Eros Grau) (destacou-se).

**“ADIN. Lei municipal que declara parte integrante do patrimônio turístico e cultural do Município, para fins de inventário e tombamento, as ossadas de baleia enterradas nas praias Grande e do Félix. Vício de iniciativa.** Usurpação de competência privativa do Chefe do Executivo. Ação procedente (inteligência dos arts. 5º, 24, § 2º, e 14, todos da Constituição do Estado)” (TJSP – [ADIn. nº 115.168-0/0-00](#))

**“INCONSTITUCIONALIDADE. Lei municipal que declara imóvel como de valor histórico e manda aplicar as normas legais do processo de tombamento.** Lei de efeito imediato, concreto e especial, além de conter ordem a órgãos do Poder Executivo para que pratiquem atos de sua exclusiva atribuição. Ofensa ao princípio da independência e harmonia dos Poderes. Ação direta julgada procedente” (TJSP – [ADIn. nº 45.502-0/0](#)) (destacou-se).

**“AÇÃO CIVIL PÚBLICA.** Fachada externa de imóvel tombada por lei municipal de iniciativa de vereador e promulgada pelo Presidente da Câmara Municipal de Araraquara. Pretensão de obstar a destruição e/ou alteração do bem tombado, bem como a reparação dos danos causados. **Reconhecimento incidental da inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 7.444/2011. Alegação de vício de iniciativa e usurpação da competência privativa do Chefe do Poder Executivo pela Câmara Municipal.** Matéria a ser analisada pelo col. Órgão Especial deste eg. Tribunal. Art. 97 da Constituição Federal e Súmula Vinculante nº 10 do eg. Supremo Tribunal Federal. Suspensão do julgamento. Remessa que se determina” (TJSP – [ApCv nº 9000459-49.2011.8.26.0037](#)) (destacou-se).

Inobstante seja esse o entendimento consagrado, conforme aponta José dos Santos Carvalho Filho, existe uma corrente doutrinária que entende ser possível que um determinado bem seja tombado por meio da edição de competente lei. Nesse sentido, ensina o festejado jurista, *in verbis*:

“A questão que se põe, contudo, é a de saber qual o tipo de ato pelo qual o Poder Público decreta o tombamento. Parte da doutrina tem o entendimento de que a instituição tanto pode ser fixada por ato administrativo como por lei. Por essa corrente de pensamento [em nota, aponta Paulo Affonso Leme Machado (*Ação civil pública e tombamento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 75) e Pontes de Miranda (*Comentários à constituição de 1967*. São Paulo: Forense, 1972. t. VI. p. 369)], tanto é competência do Executivo como do Legislativo a instituição interventiva.

Essa, porém, não parece ser a melhor doutrina, apesar dos ilustres juristas que a defendem” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 764).

Por conseguinte, sem prejuízo do entendimento daqueles que advogam em sentido contrário, verifica-se ser descabido proceder ao tombamento de bens históricos por meio de lei, devendo o mesmo ocorrer, todavia, no âmbito do Poder Executivo, ao cabo de competente processo administrativo.

Por fim, pretendendo-se disciplinar os pormenores do processo administrativo destinado a tomar bens histórico-culturais em seu território,

suplementando as legislações federal e estadual no que couber, *ex vi* do art. 24, inc. VII, c/c art. 30, inc. II, ambos da [CF/1988](#), entende-se que a iniciativa da competente proposição deverá partir do Chefe do Poder Executivo e não do Legislativo, sob pena de violação ao teor contido no art. 2º da [Carta Magna](#), que assenta o princípio da separação e harmonia dos Poderes da União.

Nesse sentido, já prolatou o eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, *in verbis*:

**“Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 2.446/2003, do Município de Ubatuba, que instituiu o Livro do Tombo de Ubatuba, para fins de registro do inventário dos bens integrantes do patrimônio histórico, artístico, arquitetônico e ambiental do Município. Lei de iniciativa de vereador. Vício de iniciativa, considerando que, em virtude da matéria nela regulada, a iniciativa é exclusiva do Chefe do Poder Executivo. Violação dos arts. 5º e 144 da Constituição do Estado. Ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do diploma legislativo sob apreço” (TJSP – ADIn. nº 115.169.0/4-00) (destacou-se).**

Ante o exposto, portanto, conclui-se que também não caberá ao Poder Legislativo desencadear projeto de lei que objetive disciplinar, de forma suplementar, a condução do procedimento administrativo necessário para tal desiderato, na medida em que a sua iniciativa é reservada ao Chefe do Executivo.

Por Aniello dos Reis Parziale – Advogado, membro do Corpo Jurídico da NDJ