

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator): Bem examinados os autos, entendo que o caso é de improcedência do pedido formulado na inicial.

Conforme relatado, trata-se de ação direta de inconstitucionalidade com pedido de cautelar ajuizada pelo Governador do Estado do Amazonas em desfavor da Lei 312/2016, promulgada pela Assembleia Legislativa daquele Estado, que versa sobre o tombamento legislativo de 29 edificações de projetos arquitetônicos elaborados por Severiano Mário Vieira de Magalhães Porto.

Na espécie, a questão fundamental a ser examinada por esta Suprema Corte é saber se o tombamento – determinado pelo poder legislativo amazonense - das edificações de projetos do renomado arquiteto Severiano Mário Porto, construídos no Estado do Amazonas, está ou não em consonância com a Constituição Federal.

Para melhor compreensão daquilo que se discute na presente ADI, transcrevo abaixo o teor dos dispositivos impugnados:

“Art. 1.º Ficam tombadas, por seu interesse arquitetônico, histórico e cultural, as edificações de projetos do arquiteto Severiano Mário Vieira de Magalhães Porto, construídos no Estado do Amazonas , conforme relacionado no Anexo.

Art. 2.º Em virtude do tombamento efetuado por esta Lei fica proibida a demolição ou descaracterização arquitetônica das edificações, sendo obrigatória a aprovação do órgão competente do Município em caso de necessidade de quaisquer intervenções físicas no imóvel tombado.

Art. 3.º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário” (grifei).

Pois bem.

Dentro dos quadros do federalismo brasileiro, compete concorrentemente à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar sobre a

“proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico” (art. 24, VII), limitando-se a primeira a editar normas gerais sobre o tema (art. 24, XII, § 1º). Além disso, constitui competência comum a todos eles e também 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” (art. 23, III).

Aqui vale lembrar que a Constituição prevê 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.” (§ 1º do art. 216 da CF; grifei)

Como se vê, a previsão constitucional de proteção do patrimônio histórico-cultural brasileiro possui relevante importância no direcionamento de criação de políticas públicas e de mecanismos infraconstitucionais para a sua concretização.

A partir do arcabouço constitucional acima descrito, é possível concluir que a defesa do patrimônio cultural brasileiro compete a qualquer das unidades federadas, seja por meio da edição de normas legais, seja mediante a realização de ações administrativas, cumprindo-lhes, apenas, consultar o interesse público que têm o dever de preservar.

Esse é precisamente o entendimento da mais abalizada doutrina. Confira-se:

“[...] a competência material é comum a todos os entes da Federação, ou seja, todos eles podem realizar tombamentos (arts. 23, III, e 216, § 1º, CF, que, tendo como objeto o tombamento, se referem, genericamente, a ‘Poder Público’). Na União, a competência material foi atribuída ao Instituto de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN.

De fato um bem pode não ter valor histórico para a União e para o Estado, mas ter um enorme valor no âmbito da história e da cultura local.”

Em outras palavras, a Constituição outorgou a todas as unidades federadas a competência comum de proteger as obras e bens de valor

histórico, artístico e cultural, compreendida nela a adoção de quaisquer medidas que se mostrem necessárias para promover e salvaguardar o patrimônio cultural brasileiro, **incluindo-se o uso do instrumento do tombamento** .

Conforme assinala Motauri Ciocchetti de Souza, entende-se por patrimônio cultural:

“O que concede a determinado bem a qualidade de integrante do patrimônio cultural e o seu valor, a sua importância diferenciada para o corpo social. Em outras palavras, a qualidade cultural do bem e aferida de seu especial significado para o grupamento social, da sua natureza de marco, de referência, de orgulho mesmo para a população.”

Aferida a qualidade do bem como patrimônio cultural, a Administração Pública, valendo-se de seu poder discricionário, instaura procedimento administrativo para analisar a possibilidade de tombamento visando a proteção do bem móvel ou imóvel e compelindo o proprietário – no caso dos bens em domínio de particulares – à manutenção para preservar seu valor histórico.

Ao tratar da competência para o tombamento, Hugo Nigro Mazzili bem ensina que:

“Qualquer **pessoa jurídica de direito público interno pode tomar um bem, nada impedindo que o façam simultaneamente União, Estado e Município ou Distrito Federal** . Tanto bens públicos como particulares podem ser tombados; o tombamento pode, ainda, incidir sobre bens que integrem o meio ambiente natural (como os sítios e paisagens notáveis), cultural (como os monumentos históricos) ou artificial (como o espaço urbano construído).”

Quanto ao tombamento em espécie, a Professora Maria Sílvia Zanella Di Pietro leciona que “[...] é forma de intervenção do Estado na propriedade privada, que tem por objetivo a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, assim considerado, pela legislação ordinária [...]”, de maneira que

“[...] pode ser definido como o procedimento administrativo pelo qual o Poder Público sujeita a restrições parciais os bens de qualquer natureza cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da história ou por seu excepcional valor arqueológico ou etnológico, bibliográfico ou artístico.”

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, “o tombamento é a intervenção administrativa na propriedade pela qual o Poder Público assujeita determinados bens à sua perene conservação para preservação dos valores culturais ou paisagísticos neles encarnados.”

Por sua vez, José Afonso da Silva entende que o tombamento

“[...] é o ato do Poder Público que , reconhecendo o valor cultural (histórico, arqueológico, etnográfico, artísticos ou paisagísticos) de um bem, mediante a sua inscrição no Livro próprio, subordinando-o a regime jurídico especial, que lhe impõe vínculos de destinação, de imodificabilidade e de relativa inalienabilidade . A inscrição no livro do Tombo é, pois, o tombamento . ‘Tombar’, aqui, significa lançar nos Livros do Tombo, ‘Livros em que se dizem a denominação, a situação e os limites ou outras características do bem tombado’.”

Alexandre dos Santos Aragão assevera que “o tombamento é o **ato administrativo final de um processo administrativo** , que visa à imposição de condicionamentos ao exercício da propriedade de determinado bem com a sua inscrição em livros do tombo (daí o nome tombamento).” Para ele, “se feito por lei, não observará o necessário procedimento contraditório imposto, não só pelo Decreto-Lei n. 25/37 [...], como pela própria garantia constitucional do devido processo legal que, além da invasão de competência do Poder executivo, torna ilegítima a instituição de tombamentos diretamente por lei.”

José dos Santos Carvalho Filho, com muita propriedade, sustenta que “[...] 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”, de maneira que se trata de atividade administrativa e não legislativa. O renomado autor afirma que a competência do Poder Legislativo

“[...] é fixada para o fim da edição de regras gerais, abstratas e impessoais sobre a intervenção na propriedade para a proteção desse patrimônio. **Bem diversa, porém, é a competência para concluir que a hipótese é realmente a de tombamento, competência típica do Executivo.**

Desse modo, parece-nos que **a instituição do tombamento deve ser formalizada por ato administrativo típico praticado pelo Poder Executivo .”**

A referida posição vai ao encontro daquela sustentada por Adilson Abreu Dallari, para quem “tombar um específico e determinado bem **não é matéria típica nem do Legislativo nem do Judiciário** , não há previsão constitucional expressa nesse sentido, nem pode ser considerado ato necessário ao exercício da legislação ou da jurisdição”, já que “o tombamento de um determinado bem é uma atividade jurídica que se caracteriza por ser, infralegal, concreta, imediata, ativa e parcial (no sentido de parte em uma relação jurídica) enquadrando-se, pois, perfeitamente na função administrativa e portanto na área de competência própria do Executivo.”

Apesar disso, José dos Santos Carvalho Filho anuncia que, “por exceção, é possível que o instituto protetivo se origine da própria Constituição, e em tal situação o tombamento será instituído pela própria norma constitucional”, a exemplo do disposto no § 5º do art. 216 da Constituição, segundo o qual “ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.”

Em tempo, sobre o tombamento e os seus efeitos, o Decreto-Lei 25/1937, que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, dispõe que:

“Art. 4º O Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional possuirá quatro Livros do Tombo, nos quais serão inscritas as obras a que se refere o art. 1º desta lei, a saber:

1) no Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico, as coisas pertencentes às categorias de arte arqueológica, etnográfica, ameríndia e popular, e bem assim as mencionadas no § 2º do citado art. 1º.

2) no Livro do Tombo Histórico, as coisas de interesse histórico e as obras de arte histórica;

3) no Livro do Tombo das Belas Artes, as coisas de arte erudita, nacional ou estrangeira;

4) no Livro do Tombo das Artes Aplicadas, as obras que se incluírem na categoria das artes aplicadas, nacionais ou estrangeiras.

§ 1º Cada um dos Livros do Tombo poderá ter vários volumes.

§ 2º Os bens, que se incluíem nas categorias enumeradas nas alíneas 1, 2, 3 e 4 do presente artigo, serão definidos e especificados no regulamento que for expedido para execução da presente lei.

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, afim de produzir os necessários efeitos** .

Art. 6º O tombamento de coisa pertencente à pessoa natural ou à pessoa jurídica de direito privado se fará **voluntária** ou **compulsoriamente** .

Art. 7º Proceder-se-á ao tombamento voluntário sempre que o proprietário o pedir e a coisa se revestir dos requisitos necessários para constituir parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional, a juízo do Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ou sempre que o mesmo proprietário anuir, por escrito, à notificação, que se lhe fizer, para a inscrição da coisa em qualquer dos Livros do Tombo.

Art. 8º Proceder-se-á ao tombamento compulsório quando o proprietário se recusar a anuir à inscrição da coisa.

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 quiser impugnar, oferecer dentro do mesmo prazo as razões de sua impugnação** .

2) no caso de não haver impugnação dentro do prazo assinado, que é fatal, o diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional mandará por simples despacho que se proceda à inscrição da coisa no competente Livro do Tombo.

3) **se a impugnação for oferecida dentro do prazo assinado, far-se-á vista da mesma, dentro de outros quinze dias fatais, ao órgão de que houver emanado a iniciativa do tombamento, afim de sustentá-la** . Em seguida, independentemente de custas, será o processo remetido ao Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que **proferirá decisão a respeito, dentro do prazo de sessenta dias, a contar do seu recebimento. Dessa decisão não caberá recurso**.

Art. 10. **O tombamento dos bens**, a que se refere o art. 6º desta lei, será considerado provisório ou definitivo, conforme esteja o respectivo processo iniciado pela notificação ou concluído pela inscrição dos referidos bens no competente Livro do Tombo .

Parágrafo único. **Para todas os efeitos, salvo a disposição do art. 13 desta lei, o tombamento provisório se equipará ao definitivo .**

CAPÍTULO III

DOS EFEITOS DO TOMBAMENTO

Art. 11. As coisas tombadas, que pertençam à União, aos Estados ou aos Municípios, inalienáveis por natureza, só poderão ser transferidas de uma à outra das referidas entidades.

Parágrafo único. Feita a transferência, dela deve o adquirente dar imediato conhecimento ao Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

Art. 12. A alienabilidade das obras históricas ou artísticas tombadas, de propriedade de pessoas naturais ou jurídicas de direito privado sofrerá as restrições constantes da presente lei.

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 .**

§ 1º No caso de transferência de propriedade dos bens de que trata este artigo, deverá o adquirente, dentro do prazo de trinta dias, sob pena de multa de dez por cento sobre o respectivo valor, fazê-la constar do registro, ainda que se trate de transmissão judicial ou causa mortis.

§ 2º Na hipótese de deslocação de tais bens, deverá o proprietário, dentro do mesmo prazo e sob pena da mesma multa, inscrevê-los no registro do lugar para que tiverem sido deslocados.

§ 3º A transferência deve ser comunicada pelo adquirente, e a deslocação pelo proprietário, ao Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, dentro do mesmo prazo e sob a mesma pena.

[...]

Art. 19. O proprietário de coisa tombada, que não dispuser de recursos para proceder às obras de conservação e reparação que a mesma requerer, levará ao conhecimento do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional a necessidade das mencionadas obras, sob pena de multa correspondente ao dobro da importância em que for avaliado o dano sofrido pela mesma coisa.

§ 1º **Recebida a comunicação, e consideradas necessárias as obras**, o diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional **mandará executá-las, a expensas da União, devendo as mesmas ser iniciadas dentro do prazo de seis meses, ou providenciará para que seja feita a desapropriação da coisa .**

§ 2º À falta de qualquer das providências previstas no parágrafo anterior, poderá o proprietário requerer que seja cancelado o tombamento da coisa.

§ 3º Uma vez que verifique haver urgência na realização de obras e conservação ou reparação em qualquer coisa tombada, poderá o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional tomar a iniciativa de projetá-las e executá-las, a expensas da União, independentemente da comunicação a que alude este artigo, por parte do proprietário.

Art. 20. As coisas tombadas ficam sujeitas à vigilância permanente do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que poderá inspecioná-los sempre que fôr julgado conveniente, não podendo os respectivos proprietários ou responsáveis criar obstáculos à inspeção, sob pena de multa de cem mil réis, elevada ao dôbro em caso de reincidência.

Art. 21. Os atentados cometidos contra os bens de que trata o art. 1º desta lei são equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional.” (grifei)

A respeito do procedimento, Maria Sylvia Zanella Di Pietro assevera que:

“O tombamento efetua-se por meio de um procedimento, ou seja, de uma sucessão de atos preparatórios do ato final que é a inscrição do bem no Livro do Tombo . Esse procedimento varia conforme a modalidade de tombamento.

Em qualquer das modalidades, tem que haver manifestação de órgão técnico que, na esfera federal, é o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) [...].

No caso de bem público, após manifestação do órgão técnico, a autoridade administrativa determina a inscrição do bem no Livro do Tombo, notificando a pessoa jurídica de direito público titular do bem ou que o tenha sob sua guarda.”

Marçal Justen Filho descreve o processo administrativo de tombamento nos seguintes termos:

“ O ato administrativo de tombamento pressupõe o exaurimento de um processo administrativo específico . Será indispensável instaurar procedimento destinado a verificar a presença dos requisitos pertinentes.

A existência de elementos indicativos do cabimento do tombamento deverá ser demonstrada no âmbito desse procedimento

administrativo. A Administração desenvolverá uma sucessão de atividades, visando a determinar a presença dos requisitos indispensáveis ao tombamento. Trata-se, em última análise, de apurar se o bem apresenta elementos que evidenciem a sua integração ao patrimônio cultural da Nação, e que demonstrem a necessidade de conferir a esse bem um regime de proteção especial.

5.5 O ato de tombamento

O tombamento consiste num ato administrativo unilateral, de cunho específico (nem genérico, nem abstrato). Significa dizer que somente se produz o tombamento em vista de uma dada situação concreta.

5.5.1 Eficácia declaratória e constitutiva

O ato de tombamento apresenta eficácia declaratória e constitutiva. A eficácia declaratória decorre do reconhecimento da presença de determinados elementos na realidade concreta, que justificam a proteção jurídica especial. A eficácia constitutiva se traduz na incidência dessa proteção jurídica especial, que constitui um regime jurídico diferenciado para o bem tombado.

Dito de outro modo, não se admite a produção do tombamento relativamente a objetos materiais que não apresentem uma relevância efetiva e diferenciada para o patrimônio cultural nacional. Sob esse prisma, o ato de tombamento configura uma declaração formal da presença de certos requisitos exigidos pelo ordenamento jurídico.

No entanto, a simples presença de tais requisitos não é suficiente para acarretar a incidência do regime jurídico diferenciado. O ato de tombamento apresenta, então, essa dimensão constitutiva.

5.5.2 A inscrição no Livro de Tombo

Para efeito de conhecimento de terceiros, o ato de tombamento será inscrito (registrado) em um Livro de Tombo, que deve descrever o objeto tombado e as razões da proteção jurídica especial.

5.5.3 A delimitação do regime jurídico aplicável

A descrição do objeto tombado e a motivação do tombamento são relevantes para evidenciar quais as características do bem que devem ser preservadas. Assim, **o ato de tombamento delimita o objeto da proteção jurídica especial. Serão inscritas** no Livro de Tombo as características que dão identidade diferenciada ao bem, e que justificam essa proteção.

Como decorrência, o ato de tombamento delimita a extensão do regime jurídico aplicável. Não existe um 'regime jurídico de tombamento' dissociado do ato administrativo pertinente."

O já citado Alexandre Santos Aragão indica que, "com o início do processo de tombamento, dá-se o tombamento provisório, que tem como efeito o impedimento imediato – e poder-se-ia dizer cautelar – de que o bem sofra qualquer alteração ou destruição", de maneira que o bem ficará sob

esta condição até a decisão final, nos termos previsto nos transcritos arts. 9º e 10 do Decreto-Lei 25/1937. Com base na legislação federal, afirma que “os efeitos do tombamento provisório são equivalentes aos do definitivo, salvo quanto ao Registro Geral de Imóveis (o tombamento definitivo deve ser averbado no RGI) e ao direito de preferência dos entes públicos no caso de alienação do bem tombado (art. 10, parágrafo único, c/c art. 13).”

Lucas Rocha Furtado aponta que “por meio de **ato administrativo declaratório**, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal indicam os bens móveis ou imóveis a serem preservados.” Por sua vez, José Afonso da Silva destaca que “o tombamento é que constitui o bem tombado em patrimônio cultural nacional, estadual, municipal ou do Distrito Federal”, já que inova “a situação jurídica dos bens tombados, transforma sua posição jurídica e impõe a seus proprietários condutas jurídicas, obrem, que antes não eram exigidas – demonstrando que o tombamento, em qualquer caso, **é ato constitutivo.**”

Em tempo, deve ser registrado que o Supremo Tribunal Federal possuía entendimento no sentido da exclusividade do Poder Executivo levar a efeito o tombamento. Faço referência ao julgamento da ADI 1.706/DF, de relatoria do Ministro Eros Grau, realizado em 8/4/2008, assim ementado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DISTRITAL N. 1.713, DE 3 DE SETEMBRO DE 1.997. 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. 1. A Lei n. 1.713 autoriza a divisão do Distrito Federal em unidades relativamente autônomas, em afronta ao texto da Constituição do Brasil --- artigo 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 [artigo 37, inciso XXI, da CB/88]. 3. Ninguém é obrigado a associar-se em ‘condomínios’ não regularmente instituídos. 4. O artigo 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 artigo 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 n. 1.713/97 do Distrito Federal."

Posteriormente, a Primeira Turma seguiu o referido entendimento no julgamento do AI 714.949-AgR/RJ, de relatoria do Ministro Roberto Barroso. Monocraticamente, o Ministro Dias Toffoli aplicou a inteligência do julgado proferido na ADI 1.706/DF na análise dos REs 854.073/MG e 596.739/MG.

Ocorre que, na Sessão Virtual de 17 a 23/11/2017, o Plenário analisou mais uma vez o tema ao julgar a ACO 1.208-AgR/MS, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, oportunidade na qual, com amplo *score* (8 a 1), entendeu possível o tombamento de bem por meio de lei, conforme ementa transcrita abaixo:

"Agravos em ação cível originária. 2. Administrativo e Constitucional. 3. Tombamento de bem público da União por Estado. Conflito Federativo. Competência desta Corte. 4. Hierarquia verticalizada, prevista na Lei de Desapropriação (Decreto-Lei 3.365/41). Inaplicabilidade no tombamento. Regramento específico. Decreto-Lei 25/1937 (arts. 2º, 5º e 11). Interpretação histórica, teleológica, sistemática e/ou literal. Possibilidade de o Estado tomar bem da União. Doutrina. 5. Lei do Estado de Mato Grosso do Sul 1.526/1994. Devido processo legal observado. 6. Competências concorrentes material (art. 23, III e IV, c/c art. 216, § 1º, da CF) e legislativa (art. 24, VII, da CF). Ausência de previsão expressa na Constituição Estadual quanto à competência legislativa. Desnecessidade. Rol exemplificativo do art. 62 da CE. Proteção do patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico regional. Interesse estadual. 7. Ilegalidade. **Vício de procedimento por ser implementado apenas por ato administrativo. Rejeição. Possibilidade de lei realizar tombamento de bem. Fase provisória. Efeito meramente declaratório. Necessidade de implementação de procedimentos ulteriores pelo Poder Executivo .** 8.

Notificação prévia. Tombamento de ofício (art. 5º do Decreto-Lei 25 /1937). Cientificação do proprietário postergada para a fase definitiva. Condição de eficácia e não de validade. Doutrina. 9. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 10. Agravo desprovido. 11. Honorários advocatícios majorados para 20% do valor atualizado da causa à época de decisão recorrida (§ 11 do art. 85 do CPC).” (grifei)

No voto condutor constou, além das citações doutrinárias e do entendimento externado pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 753.534 /MT, de relatoria do Ministro Castro Meira, que:

“Rememore-se que o procedimento do tombamento se divide em duas fases, quais sejam: provisória e definitiva.

A fase provisória constitui-se mediante ato de natureza declaratória e ostenta caráter preventivo, de sorte que se consiste em etapa preparatória para sua implementação posterior pelo Poder Executivo, que cientificará o proprietário e dará sequência ao procedimento definitivo, a depender do caso (de ofício, voluntário ou compulsório).

[...]

Salvo a transcrição no cartório de registro de imóveis e no livro Tombo, aliado à necessidade de cientificação do proprietário ente público (art. 5º), os efeitos do tombamento provisório de bem público equiparam-se ao definitivo, nos termos do parágrafo único do art. 10, *in verbis* :

[...]

É nesse contexto de tombamento provisório que deve ser interpretado o ato legislativo que considera relevante, do ponto de vista histórico ou cultural, determinado bem.

A esse respeito, Pontes de Miranda sustenta que:

‘[...]Não é preciso que haja qualquer ligação da beleza natural, em amplo sentido, à história humana, à vida do povo, para que possa o Estado protegê-la quanto ao que a desfaça, a prejudique, ou a altere. A imponência, a monumentalidade, a extraneidade do recanto, ou da anfratura, ou do cômodo, ou da altitude, basta para que o ato estatal protectivo – **legislativo, ou executivo, de acordo com a lei – seja permitido**’. (sic) (MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, pág. 369) – grifei

No mesmo sentido, defende Paulo Affonso Leme Machado:

‘Não há nenhuma vedação constitucional de que o tombamento seja realizado diretamente por ato legislativo federal, estadual ou municipal. [...] O tombamento concreto de um bem oriundo

diretamente da lei pode ficar subordinado somente ao conteúdo dessa lei ou às normas já estabelecidas genericamente para a proteção dos bens culturais.

[...] Segundo nos parece, não há proibição de legislar-se casuisticamente sobre o tombamento, pois se tal se admitisse seria praticamente amputar-se uma atividade legislativa, sem qualquer amparo constitucional.

Poderia argumentar-se que não houve consulta a órgão técnico para a classificação conservativa pretendida. Parece-nos mais importante a intervenção de um corpo técnico na gestão do bem tombado do que na instituição dessa medida. Não é preciso ser um perito de nomeada para ter sensibilidade de que um bem deva ser conservado. Além disso, o Legislativo, nos seus três níveis, pode ser assessorado, como em outras matérias, também relevantes para o País, por especialistas de notória sabedoria e idoneidade.

A vantagem do tombamento originar-se de lei, é que o desfazimento da medida somente pode vir através de ato do Poder Legislativo. Maior o consenso de vontades tanto no iniciar-se a conservação de um bem, como, no cancelamento da proteção, em sentido necessário. Ademais, o tombamento provisório já existente por ato da Administração não perderia seu cabimento, funcionando até que o Poder Legislativo deliberasse'. (MACHADO, Paulo Affonso Leme. Idem, 1986, p. 75-76) – grifei

Ressalte-se, todavia, que, **no caso de ato declaratório legal, para a consecução do tombamento definitivo, é necessário que haja continuidade do procedimento pelo Poder Executivo, competindo-lhe dar seguimento aos demais trâmites do tombamento, a depender do tipo** : de ofício (bem público – art. 5º), voluntário (acordado com o proprietário – art. 7º) ou compulsório (independentemente da aquiescência do proprietário – art. 8º e 9º).

A lei ora questionada deve ser entendida apenas como declaração de tombamento para fins de preservação de bens de interesse local, que repercutam na memória histórica, urbanística ou cultural até que seja finalizado o procedimento subsequente.

Sob essa perspectiva, o ato legislativo em questão (Lei 1.526/94), que instituiu o tombamento, **apresenta-se como lei de efeitos concretos, a qual se consubstancia em tombamento provisório – de natureza declaratória –, necessitando, todavia, de posterior implementação pelo Poder Executivo, mediante notificação posterior ao ente federativo proprietário do bem, nos termos do art. 5º do Decreto-Lei 25/37 ."** (grifei)

Sobre o precedente firmado no julgamento da ADI 1.706/DF, o Ministro Gilmar Mendes consignou o que segue:

“Não desconheço que esta Corte, no julgamento da ADI 1.706/DF, decidiu pela inconstitucionalidade de Lei Distrital 1713/97(...).

Entretanto o principal argumento – acolhido pela Corte – dizia respeito à impossibilidade de subdivisão do território do Distrito Federal em municípios, o que seria vedado pelo art. 32 da CF.

Os demais pontos suscitados pelo relator (violação à necessidade de licitação, o direito à livre associação, em sua acepção negativa, coexistência de tombamentos) foram apreciados de forma supletiva.

(...)

Além disso, a matéria referente ao tombamento ficou limitada à questão do uso comum de bem público (sistema viário do DF) e à coexistência de tombamentos, sendo o primeiro proveniente de ato do Poder Executivo e o segundo, mais restritivo, advindo de ato do Legislativo.

(...)

Os fundamentos utilizados não permitem a generalização de que esta Corte teria vetado a edição de ato legislativo estipulando tombamento sobre determinado bem, tendo em vista que se referiu à julgamento não finalizado na Representação 1312, na qual apenas dois ministros da época haviam se manifestado, além de envolver questão de conflito entre os Poderes Legislativo e Executivo .

Relembre-se que, naquele caso, entendeu-se que o ato legislativo de tombamento teria conflitado com tombamento anteriormente regulamentado pelo Poder Executivo, sendo inconstitucional por ofensa à harmonia entre os poderes .

Ou seja, o que estava em julgamento era a coexistência de dois atos de tombamentos sobre o mesmo bem: 1) o pretérito realizado pelo Poder Executivo; e 2) o posterior e mais restritivo aprovado pelo Poder Legislativo . Na oportunidade, esta Corte concluiu haver ofensa ao postulado da separação dos poderes, em razão de o Legislativo ter alterado as condições de restrição à propriedade impostas pelo Executivo .

Assim, aquele julgado não pode servir de precedente para análise deste caso concreto ou para concluir-se genericamente que haveria impedimento da realização de tombamento através de ato legal .”
(grifei)

Ao comentar o julgado supratranscrito, Francisco Humberto Cunha Filho e Allan Carlos Moreira Magalhães, concluem que a decisão

“[...] confere uma solução que assegura ao proprietário o direito de exercer o contraditório e a ampla defesa não no âmbito do processo

legislativo de confecção da lei que promove o tombamento provisório, pois ela é declaratória do valor cultural que o bem possui, e seu objetivo é promover a proteção cautelar do bem cultural. Assim, o **tombamento legislativo impulsiona o processo administrativo que deve ser instaurado pelo Poder Executivo, assegurando, nesse momento, ao proprietário o exercício de suas garantias constitucionais ao contraditório e à ampla defesa.**” (grifei)

Assim, ainda que não tenha sido proferido em controle concentrado, entendo que não há razões para superar o entendimento firmado na ACO 1.208-AgR/MS, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, já que “os precedentes constitucionais devem ter eficácia obrigatória, não importando se há controle concentrado”, sob pena de debilitar a força normativa da Constituição, a qual está ligada à estabilidade das decisões do STF.

Digo isso porque não se poderá falar em segurança jurídica, previsibilidade e coerência desta Suprema Corte se pudermos, a todo momento, superar os precedentes consolidados pelo Colegiado maior, sobretudo quando, na espécie, passados apenas pouco mais de 3 anos do paradigmático julgamento da ACO 1.208-AgR/MS.

Deve ser levado em consideração que no âmbito do STF não houve discussões recentes a respeito do tema, de modo que não há que se alegar a falta de congruência com outras decisões desta Suprema Corte, assim como o fato de que, de lá até o presente momento, houve mínima alteração na composição da Corte.

Por essa razão, ainda que em sede de controle concentrado, não vejo razões para a superação do mencionado precedente, com o retorno do entendimento segundo o qual apenas o Poder Executivo poderia operacionalizar o tombamento.

Nesse sentido, em manifestação da lavra da então Procuradora-Geral da República Raquel Elias Ferreira Dodge, constou que

“[...] no recente julgamento da ACO 1.208/MS, firmou-se a compreensão de que a instituição de tombamento por meio de lei deve ser entendida como ato declaratório, inserido na fase provisória do processo de tombamento, à qual deve ser dada continuidade pelo Poder Executivo:

[...]

Reconheceu-se, portanto, a competência do Legislativo , com fundamento nos arts. 23-III e IV e 216-§1.º da Constituição, para declarar o tombamento de bens de relevante valor histórico e cultural, com o necessário prosseguimento do processo administrativo para a inscrição no Livro de Tombo . Eis os termos da ementa do julgado:

[...]

A razão adotada deve ser estendida à Lei 312/2016 do Estado do Amazonas , a fim de que a instituição do tombamento dos edifícios indicados seja entendida como o ato declaratório inicial , necessário à instauração do processo administrativo, que culmina com a inscrição dos imóveis no Livro do Tombo.

Esse é o entendimento que confere maior efetividade às normas constitucionais e, em particular, à preocupação do constituinte com a preservação do patrimônio histórico e cultural.

O art. 216-§1.º da Constituição, ao estabelecer ao Poder Público o dever de promover e proteger os bens portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, **não restringiu ao Executivo a atuação a esse respeito, de forma que, aplicando-se o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, deve ser interpretado que esse dever de proteção é não só do Executivo, mas também do Legislativo e do Judiciário .**

A competência dos Estados para legislarem concorrentemente, de maneira suplementar, sobre proteção do patrimônio cultural, prevista no art. 24-VII, **não impede a edição de lei de efeitos concretos com a finalidade de tombamento de determinados bens, uma vez que os arts. 23-III e 216-§1.º conferem competência material aos entes federados para a conservação dos bens com valor histórico e cultural .**

Dessa forma, não procede a alegação do requerente de afronta ao princípio da separação dos poderes. No que se refere à preservação do patrimônio cultural brasileiro, **o constituinte originário não reservou o tema a uma esfera de poder. Ao contrário, conferiu essa tarefa aos três poderes, com a participação da população brasileira, a fim de assegurar o respeito e a promoção dos direitos culturais .**

Tampouco se verifica ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa . Conforme definido no precedente analisado acima, a declaração do tombamento dos edifícios pela lei amazonense deve seguir os trâmites do Decreto-Lei 25 /1937. Assim, caso se trate de bem público (tombamento de ofício), segue-se o rito do art. 5.º, cabendo a notificação da entidade proprietária do bem, para a implementação dos efeitos do ato de intervenção na propriedade. Na hipótese de bem particular (tombamento compulsório), aplicam-se as normas dos arts. 6º e seguintes, com oportunidade do contraditório e da ampla defesa. O

tombamento por lei caracteriza-se como provisório e depende da atuação superveniente do Executivo para sua conformação definitiva, de acordo as regras definidas no Decreto-Lei 25/1937.” (págs. 5-8 do documento eletrônico 17; grifei)

Da simples leitura dos dispositivos legais impugnados, percebe-se que o legislador estadual não invadiu a competência do poder executivo para tratar sobre a matéria, mas exerceu competência própria de iniciar o procedimento para tombam bens imóveis com a finalidade de proteger e promover o patrimônio cultural amazonense.

Dessa maneira, com base no entendimento fixado na deliberação da ACO 1.208-AgR/MS, considera-se a Lei 312/2016, do Estado do Amazonas, de efeitos concretos, como o ato acautelatório de tombamento provisório a provocar o Poder Executivo local, o qual deverá perseguir, posteriormente, o procedimento constante do Decreto-Lei 25/1937, sem descuidar da garantia da ampla defesa e do contraditório, previstas nos arts. 5º ao 9º do referido ato normativo.

Por consectário lógico desse raciocínio, entendo que o Poder Executivo, ainda que esteja compelido a levar adiante procedimento tendente a culminar no tombamento definitivo, não estaria vinculado à declaração de reconhecimento do valor do bem como patrimônio cultural perfectibilizada pelo Poder Legislativo, uma vez que

“[...] assegurar o contraditório e a ampla defesa ao proprietário do bem tombado provisoriamente, pela lei, é **conferir-lhe a possibilidade real de influenciar na decisão administrativa para desconstituir o referido tombamento provisório. E essa possibilidade apenas é real se o Poder Executivo puder tornar sem efeito a lei que promoveu o tombamento provisório** . Caso contrário, notificar o proprietário, no bojo do processo administrativo para se manifestar sobre o tombamento legislativo, é uma **providência inútil**.

Assim, a distinção entre *lei formal* e *lei material* apresenta-se útil para caracterizar a Lei de Efeitos Concretos que, materialmente, se reveste de ato administrativo, podendo, assim, ser revista pelo Poder Executivo no bojo do processo administrativo voltado a efetivar o tombamento definitivo e assegurar ao proprietário o exercício do seu direito a um devido processo legal-substancial.” (grifei)

Assim, após oportunizar a ampla defesa e o contraditório, o órgão ou entidade administrativa a que aludem os arts. 5º e 9º do Decreto-Lei 25/1937, deverá, **motivadamente**, proferir decisão a respeito de eventual impugnação pelo proprietário do bem, a qual poderá ser precedida, também, da manifestação, no prazo de 15 dias, do “[...] órgão de que houver emanado a iniciativa do tombamento, afim de sustentá-la.” (art. 9º, 3 do Decreto-Lei 25/1937)

Observe-se, no âmbito federal, o cabimento de recurso do ato de tombamento definitivo ao Presidente da República, por força do artigo único do Decreto-Lei 3.866/1941, cujo poder de cancelamento, “[...] após a Constituição democrática de 1988, só pode ser exercido motivadamente e na zona de discricionariedade eventualmente existente no caso concreto.”

Outrossim, o tombamento não ocasiona, necessariamente, despesas para o ente federativo, as quais, caso mostrem-se forçosas, poderão ser custeadas pelo orçamento do órgão ou da entidade instituidora.

Por isso, não prosperam as alegações de violação da separação dos Poderes e da autonomia financeira do Estado (arts. 2º e 216, § 1º, ambos da Constituição Federal), bem como por contrariedade aos princípios do contraditório, da ampla defesa e ao devido processo legal, assim como ao direito de propriedade (art. 5º, LIV, LV e XXII, da CF).

Ademais, não vislumbro impeditivo constitucional para que o Poder Legislativo, um dos Poderes do Estado, possa promover o tombamento provisório, por meio de ato normativo de efeitos concretos que reconhece o valor do patrimônio cultural, de modo a resguardar o ato administrativo de tombamento definitivo a ser levado a efeito por órgão ou entidade do Poder Executivo respectivo.

Desse modo, a Lei estadual, ao determinar o tombamento das edificações de projetos do arquiteto Severiano Mário Vieira de Magalhães, exerceu a competência do Poder Público, seja ele Executivo, Legislativo ou Judiciário, prevista no art. 216, § 1º, da Constituição Federal, para promover e proteger o patrimônio cultural local.

Isso posto, voto pela improcedência do pedido formulado na presente ação direta de inconstitucionalidade.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 01/10/2021 00:00